SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE CHRISTINE STIX-HACKL,

predstavljeni 12. januarja 2006 [1]

I – Uvod

1. Obravnavani postopek za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na vprašanje, pod katerimi pogoji se oddaja javnega naročila šteje za t. i. kvazi- in houseoddajo, zaradi česar zanjo ne velja Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga [2] (v nadaljevanju: Direktiva 93/36). Gre torej za še en postopek za razlago in uporabo meril iz sodbe Teckal [3], ki so bila vsaj delno podrobneje opredeljena v sodbi Stadt Halle [4],

2. Poleg tega se obravnavani postopek umešča med več delno rešenih [5] postopkov, ki se nanašajo na oddaje javnih naročil na področju oskrbe z energijo ali odstranjevanja odpadkov s strani italijanskih občin.

II – Pravni okvir: Skupnostna ureditev

3. *Direktiva 93/36* v členu 1 vsebuje temeljne določbe o svojem področju uporabe.

4. Člen 1(a), začetek, določa:

„Za namene te direktive

a) ‚javna naročila blaga' pomenijo v pisni obliki sklenjene pogodbe s plačilom,

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

2 – UL L 199, str. 1.

3 – Sodba Sodišča z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121).

4 – Sodba Sodišča z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle (C-26/03, ZOdl., str. I-1).

5 – Glej sklep Sodišča z dne 14. novembra 2002 v zadevi Comune di Udine (C-310/01, UL 2003, C 55, str. 20) in sodbo Sodišča z dne 9. septembra 1999 v zadevi RI.SAN. (C-108/98, Recueil, str. I-5219).

ki vključujejo nakup, zakupni najem ali zakup, z ali brez možnosti nakupa, blaga med ponudnikom (fizično ali pravno osebo) in enim od naročnikov, ki so opredeljene v (b) spodaj. Dobava takšnega blaga lahko dodatno vključuje tudi gradnje na sami lokaciji in izvajanje instalacijskih gradenj;[…]“

5. V točkah 49 in 50 sodbe Teckal je Sodišče določilo načela za izvzetje določenih postopkov s področja uporabe direktiv:

„49 Za odgovor na vprašanje, ali gre za pogodbo, mora predložitveno sodišče preizkusiti, ali je med dvema različnima osebama obstajal sporazum.

50 Za to v skladu s členom 1(a) Direktive 93/36 načeloma zadošča, da je bilo naročilo sklenjeno med teritorialno skupnostjo in osebo, ki je od nje pravno ločena. Kaj drugega lahko velja le, če teritorialna skupnost nad zadevno osebo izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, in če ta oseba opravlja pretežni del svoje dejavnosti z eno ali več teritorialnimi skupnostmi, ki imajo v njej delež.“

6. Prvega od navedenih pogojev je Sodišče podrobneje opredelilo v sodbah Stadt Halle [6] in Parking Brixen. [7]

7. Direktiva Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju [8] (v nadaljevanju: Direktiva 93/38) vsebuje določbo, ki je bila spremenjena z Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev [9], o oddaji naročil podjetjem, ki so z naročnikom v določenem razmerju.

8. Člen 13(1) Direktive 93/38 določa:

„(1) Ta direktiva se ne uporablja za javna naročila storitev, ki:

a) jih naročnik odda povezanemu podjetju;

6 – Navedena v opombi 4.

7 – Sodba Sodišča z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585).

8 – UL L 199, str. 84.

9 – UL L 134, str. 1.

b) jih mešano podjetje, ki ga je ustanovilo več naročnikov za opravljanje ene od ustreznih dejavnosti v smislu člena 2(2), odda enemu od tistih naročnikov ali enemu od podjetij, ki je povezano z enim od teh naročnikov,

pod pogojem, da vsaj 80 % povprečnega prometa v zvezi s storitvami, ki ga je to podjetje realiziralo v Skupnosti v poprejšnjih treh letih, izhaja iz zagotavljanja teh storitev podjetjem, s katerimi je povezano.

Kadar isto storitev ali podobne storitve opravlja več kakor eno podjetje, ki je povezano z naročnikom, se upošteva skupni promet, ki ga ta podjetja ustvarijo z zagotavljanjem storitev."

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

9. Občina Busto Arsizio je 22. septembra 2003 objavila javni razpis za dobavo energije ter za vzdrževanje, tehnično obnovo in nadgradnjo grelnih naprav občinskih stavb (naročilo, ki je znašalo 8.450.000 EUR in davek na dodano vrednost, je obsegalo dobavo goriva, od katerega je 4/5 kurilnega olja in 1/5 metana v znesku 5.700.000 EUR, vzdrževanje grelnih naprav v znesku 1.000.000 EUR ter tehnično obnovo in nadgradnjo navedenih naprav v znesku 1.750.000 EUR).

10. Občina Busto Arsizio (v nadaljevanju: občina) je s sklepom št. 804 z dne 21. novembra 2003 prekinila postopek javnega razpisa do 10. decembra 2003 v pričakovanju morebitne odločitve o neposredni oddaji naročila. Tožeča stranka Carbotermo SpA (v nadaljevanju: Carbotermo) je svojo ponudbo oddala 22. novembra 2003. Podjetje Consorzio Alisei (v nadaljevanju: Alisei) je sicer pripravilo tehnično ponudbo, vendar je ni predložilo v prvotno predpisanem roku, to je do 24. novembra 2003, ker je 21. novembra 2003 prejelo obvestilo občine, da je bil postopek javnega razpisa prekinjen do 10. decembra 2003, kasneje pa napoved razveljavitve javnega razpisa.

11. S sklepom št. 857 z dne 10. decembra 2003 je občina razveljavila javni razpis in si pridržala možnost, da naročilo pozneje neposredno odda AGESP SpA (v nadaljevanju: AGESP).

12. AGESP je v stoodstotni lasti AGESP Holding SpA [10], ki je prav tako delniška družba, katere osnovni kapital je v 99,98-odstotni lasti občine. [11] Preostale delnice imajo nekatere mejne občine iste province.

13. Zadevno naročilo je bilo 18. decembra 2003 neposredno oddano AGESP.

14. Carbotermo in Alisei sta zoper te sklepe vložili tožbo pri Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. To je oba postopka združilo in Sodišču s sklepom z dne 27. maja 2004, v vpisnik Sodišča vpisan 9. avgusta 2004, v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je v skladu z Direktivo 93/36 neposredna oddaja naročila za dobavo goriva za grelne naprave stavb, ki so v lasti ali v pristojnosti občine, ki se nanaša na njihovo upravljanje in vzdrževanje (s pretežnim delom vrednosti dobave) delniški družbi, katere kapital je trenutno v popolni lasti druge delniške družbe, katere večinska (99,98-odstotna) delničarka je občina, ki je oddala naročilo, oziroma družba (AGESP), ki ni v neposredni lasti teritorialne skupnosti, temveč neke druge družbe (AGESP Holding), katere kapital je trenutno v 99,98-odstotni lasti teritorialne skupnosti?

2. Ali je treba uporabiti člen 13 Direktive 93/38, da bi preverili pogoj, da mora podjetje, ki mu je bilo neposredno oddano naročilo dobave, opravljati pretežni del svoje dejavnosti s teritorialno skupnostjo, ki je lastnica podjetja, in ali je navedeni pogoj mogoče šteti za izpolnjen, če zadevno podjetje ustvari pretežni del svojega prometa s teritorialno skupnostjo, ki je lastnica podjetja, ali, alternativno, na ozemlju navedene skupnosti?“

10 – Na podlagi člena 7 statuta AGESP „noben družbenik, razen obvladujoče družbe AGESP Holding SpA, ne sme imeti več kot desetino celotnega osnovnega kapitala družbe“.

11 – Na podlagi člena 6 statuta AGESP Holding SpA je večina delnic pridržana občini.Na podlagi člena 7 statuta AGESP Holding SpA ne sme „noben zasebni družbenik […] imeti več kot 10 % celotnega osnovnega kapitala družbe“.

IV – Vprašanji za predhodno odločanje

15. V bistvu se vprašanji za predhodno odločanje nanašata na kumulativna pogoja, pod katerima določene kvazi- in houseoddaje ne spadajo v Direktivo 93/36 (t. i. izjema iz sodbe Teckal ali merila Teckal): nadzor, kot se izvaja nad lastnimi službami, in pretežni del dejavnosti z imetnikom deležev. Če bi bila pogoja izpolnjena, se tudi ne bi uporabile določbe Direktive, kot je spoštovanje določenih postopkovnih določb.

16. Za pojasnitev je treba poudariti, da je v obravnavanem postopku merodajen prejšnji pravni položaj, torej ne novi, ki izhaja iz t. i. zakonodajnega svežnja.

V – Uvodna pojasnila

17. Obravnavani postopek je tako kot prejšnji postopki pokazal, da je za merili Teckal značilnih več nedoločenih pojmov, ki so prinesli več pravnih vprašanj in razmejitvenih težav. V okviru teh spoznanj se postavlja vprašanje, kako lahko Sodišče čim prej vzpostavi pravno jasnost in s tem pravno varnost za prizadete: ena možnost bi bila, da bi svojo sodno prakso konkretiziralo ne samo v okviru posameznega primera, temveč splošneje kot doslej. Druga možnost bi bila, da bi se negotovosti, ki jih je povzročila izjema iz sodbe Teckal, odpravile z obsežno revizijo sodne prakse. Sodišče je novembra 1999 s sodbo Teckal odprlo vrata za izjeme od Direktive. Kako široka je ta reža, pa še vedno ni jasno.

18. Obravnavan primer zlasti kaže, da ta okoliščina vpliva tudi na nacionalna vrhovna sodišča, kot je italijansko Consiglio di Stato. Tako imajo v skladu s predložitvenim sklepom smernice, ki jih je Consiglio di Stato postavilo za kvazi- in houseoddaje, podlago v odločbi Sodišča.[12] Ali je ta judikatura skladna s sodno prakso Sodišča, naj tukaj ostane odprto. Na vsak način postopek v glavni stvari in tudi drugi postopki v drugih državah članicah kažejo, da sodna praksa Sodišča očitno ne vsebuje jasnih pogojev za prizadete gospodarske kroge in sodišča držav članic.

12 – V opombi 5 navedeni sklep Comune di Udine.

19. Da bi Sodišče imelo možnost izbire med različnimi možnostmi, bom v nadaljevanju, kljub predstavljenim pomislekom, izjemo iz sodbe Teckal konkretizirala v splošni obliki. Sodišču v tem primeru še vedno ostaja odprta druga možnost.

A – *Pravna presoja posrednih udeležb*

22. Prva značilnost dejanskega stanja, ki ga je treba obravnavati v tem postopku, je, podobno kot v zadevi Stadt Halle, okoliščina, da naročilo ni bilo neposredno oddano družbi, v kateri je teritorialna skupnost neposredno udeležena.

VI – Prvo merilo: nadzor, ki se izvaja nad lastnimi službami

20. Obravnavani postopek izkazuje več posebnosti, zaradi katerih se v celoti loči od drugih postopkov, ki še potekajo ali so že končani in se nanašajo na t. i. javno zasebno partnerstvo (Public-Private-Partnerships, v nadaljevanju: PPP).

23. V zvezi s tem se postavlja vprašanje, ali se lahko merila Teckal načeloma uporabijo tudi za primere posredne udeležbe, tj. ali se direktive s področja javnih naročil ne uporabljajo tudi za postopke, pri katerih je javna oblast, za katero se opravlja storitev, v zadevni družbi udeležena samo prek druge družbe.

21. V nasprotju z dejanskim stanjem v zadevi Stadt Halle iz dokumentov iz spisa izhaja, da ni podana udeležba zasebnih podjetij. V obravnavnem primeru gre poleg tega za drugačno statusnopravno obliko kot v zadevi Stadt Halle, in sicer za delniško družbo. V nasprotju z zadevama Parking Brixen [13] ali Teckal pa v obravnavanem postopku naročilo ni bilo oddano hčerinski družbi, temveč družbi „vnukinji“ teritorialne skupnosti.

24. Komisija in poljska vlada takšno razlago iz načelnih razmislekov strogo zavračata.

25. Iz sodne prakse Sodišča glede tega ne izhaja jasna opredelitev. To velja tudi po sodbi Parking Brixen.

13 – Navedena v opombi 7.

26. Načelno dopustnost uporabe meril Teckal tudi pri posrednih udeležbah potrjuje dejstvo, da je Sodišče v zadevi Stadt Halle sploh izvedlo ustrezen preizkus izpolnjevanja pogojev za uporabo obeh meril Teckal. Iz tega bi lahko sklepali o tihem načelnem priznanju.

27. Iz besedila sodbe Stadt Halle pa se zdi, da izhaja drugačna usmeritev. Tako točka 49 določa, da se „[…] realizira pretežni del lastne dejavnosti z enim ali več javnimi organi, ki imajo nadzor“. Iz tega bi lahko izhajalo, da mora izmenjava storitev potekati neposredno med javnim naročnikom kot imetnikom deležev in družbo, v kateri ima javni naročnik delež.

28. Ker se ta opredelitev izrecno nanaša na drugo merilo, tj. pretežni del dejavnosti, bi lahko seveda sklepali, da sodba Teckal ne vsebuje izrecne izjave o možnosti, ali lahko tudi posredne udeležbe izpolnjujejo prvo merilo.

29. Okoliščina, da se je zadeva Teckal nanašala na mešano javno družbo in da je Sodišče takšne položaje z uvedbo t. i. meril Teckal implicitno priznalo, nasprotuje temu, da so lahko načeloma zajete tudi posredne udeležbe. Domneva za to je, da je merilo nadzora izpolnjeno na vseh stopnjah udeležbe.

30. Glede na to merilo je v skladu s sodbo Parking Brixen odločilno, da obstaja možnost „odločilno vplivati na strateške cilje in na bistvene odločitve“. Pri tej presoji je treba upoštevati vse zakonske predpise in upoštevne okoliščine.[14] Da se mora ta vpliv tudi dejansko izvajati, pa iz te sodbe ne izhaja.

B – *Pravna presoja mešanih javnih podjetij*

1. Osnove

31. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari ima še eno posebnost, zaradi katere se

14 – Navedena v opombi 7, točka 65.

razlikuje od dejanskega stanja v zadevi Stadt Halle. V obravnavanem primeru namreč ne gre za mešano gospodarsko družbo, temveč za družbo, natančneje njeno družbo mater, v kateri zasebna podjetja nimajo deleža. To sicer ne izhaja iz predložitvenega sklepa, temveč iz drugih dokumentov v spisu. Poleg tega udeležba drugih znaša samo 0,02 %. Ker so imetniki tega preostalega deleža druge občine, torej teritorialne skupnosti, gre za mešano javno podjetje ali za t. i. „javno javno partnerstvo (Public-Public-Partnership)“.

32. Če umestimo dejansko stanje, ki je predmet tega postopka, v dosedanjo sodno prakso Sodišča, ugotovimo, da se bistveno razlikuje od zadeve Stadt Halle, v kateri je šlo za mešano gospodarsko družbo, hkrati pa so podane vzporednice z zadevo Teckal, ki je zadevala mešano teritorialno skupnost. Družba, ki bi morala v zadnjenavedeni zadevi izvesti dobavno pogodbo, družba AGAC, je sicer imela svojo pravno osebnost, vendar je bila ustanovljena na pobudo večjega števila občin.

33. Uporabo izjeme iz sodbe Teckal za mešane javne subjekte poleg sodbe Teckal, kot je že bilo predstavljeno, potrjuje tudi okoliščina, da je bilo za Sodišče v sodbi Stadt Halle [15] odločilno, da zasebna podjetja zasledujejo drugačne cilje kot teritorialne skupnosti.

34. V obravnavanem postopku pa gre samo za udeležbo občin in ne za interese zasebnikov. Ker občine zasledujejo cilje, ki so v javnem interesu, bi lahko zaradi tega vsaj na prvi pogled izhajali iz tega, da je merilo nadzora izpolnjeno celo v svoji strogi razlagi. To velja v vsakem primeru, če se domneva harmonije interesov [16] razume tako, da je ta podana že pri neobstoju zasebnih interesov. Seveda ni izključeno, kar potrjuje tudi ravnanje občin kot gospodarskih udeležencev, da lahko občine zastopajo tudi različne interese. V takšnem primeru ni podana skladnost interesov.

35. Pri tem tudi ne smemo spregledati, da je v zadevi Teckal šlo za t. i. „azienda municipalizzata“ in ne, kot v obravnavanem primeru, za delniško družbo. O pomenu statusnopravne oblike bom govorila v nadaljevanju.

15 – Navedena v opombi 4, točka 50.

16 – Glej pristop generalne pravobranilke Kokott v sklepnih predlogih v zgoraj navedeni zadevi Parking Brixen, predstavljenih 1. marca 2005, točka 74 in nasl.

36. Odgovor na vprašanje, kako je treba obravnavati mešane javne subjekte, pa je treba podati tudi ob upoštevanju načela razlage, ki je bilo izrecno potrjeno v sodbi Stadt Halle, po katerem je treba vsako izjemo od obveznosti uporabe pravil Skupnosti razlagati ozko. [17]

37. Celo v sodbi Stadt Halle, v kateri ni šlo za udeležbo večjega števila imetnikov deležev, je Sodišče potrdilo načelno uporabo izjeme iz sodbe Teckal za družbe z večjim številom imetnikov deležev. To je posledica tega, da Sodišče [18] ni samo dobesedno prevzelo izjeme iz sodbe Teckal, temveč je spomnilo tudi na to, da je bil v zadevi Teckal zadevni subjekt v lasti „javnih organov“. Tukaj torej Sodišče množine ni uporabilo samo v zvezi z drugim merilom iz sodbe Teckal.

38. Iz tega torej izhaja, da bi lahko celo osebe, v katerih ima deleže več oseb, načeloma spadale pod izjemo.

39. Za uporabo izjeme iz sodbe Teckal v obravnavnem primeru pa bi morali iti še korak naprej, ker gre poleg tega tej zadevi za posredno udeležbo. Po mojem mnenju uporaba izjeme iz sodbe Teckal tudi za takšen primer ne more biti vnaprej splošno in abstraktno izključena.

40. Prav tako je treba tudi tukaj konkretno preizkusiti, ali je izpolnjeno merilo nadzora. Pri tem je treba spomniti na merilo, ki ga je Sodišče postavilo v zadevi Parking Brixen. V skladu s tem merilom je pomembno, da ima odvisna družba določeno samostojnost [19] v razmerju do svojih družbenikov [20].

41. Ker v tej zadevi, in sicer na podlagi statuta, obstaja možnost udeležbe zasebnikov, je treba v zvezi z merilom nadzora preizkusiti, ali ima morebitno odprtje družbenega kapitala za zasebnike pravni pomen.

42. V zvezi z odprtjem družbenega kapitala za zasebnike bi lahko razlikovali med primeri, v katerih je udeležba zasebnikov samo pravno mogoča, in primeri, v katerih je pravno zavezujoča. Glede prve skupine

17 – Navedena v opombi 4, točka 46.
18 – Navedena v opombi 4, točka 49.
19 – Navedena v opombi 7, točka 70.
20 – Navedena v opombi 7, točka 68.

primerov bi lahko nadalje razlikovali med primeri, v katerih se je ta možnost kasneje tudi dejansko izkoristila – skupina, v kateri je do odprtja že prišlo, torej primer v zadevi Stadt Halle, je torej iz tega izvzet – ali pa se ni izkoristila.

43. V zvezi s tem je Komisija zagovarjala stališče, da celo potencialna udeležba zasebnikov, ki na primer izhaja iz statuta kapitalske družbe, potrjuje, da merilo nadzora ni izpolnjeno.

44. Temu ekstremnemu stališču, ki ga zagovarja Komisija, nasprotujejo načelni preudarki. Tako bi bila pravna opredelitev PPP načrtov odvisna le od *mogočega* prihodnjega razvoja. Ali do tega *dejansko* pride, ni pomembno. Takšen pristop je v okviru sistema direktiv s področja javnih naročil nekaj novega. Poleg tega bi lahko bilo po pravu zadevne države članice celo prepovedano, da se v statutu določi prepoved prenosa deležev zasebnikom.

45. Seveda nasprotno načelo preprečevanja izigravanj, ki je značilno za direktive s področja javnih naročil, zahteva, da je treba vseeno upoštevati določene dogodke, ki se pojavijo po prenosu nalog, tj. po oddaji javnega naročila. To se nanaša zlasti na skupino primerov, v kateri do odprtja v trenutku oddaje še ni prišlo, vendar je konkreten načrt za to že obstajal.

46. Dvomljivo je, ali sodba Parking Brixen to presojo spreminja. Temu nasprotuje dejstvo, da je v tej zadevi – v nasprotju z obravnavanim primerom – odprtje družbe za tuji kapital predpisano in da je pomenilo le eno od petih meril, ki so bistvena za presojo.[21] Vendar navedeno še vedno ne izključuje, da lahko celo možnost odprtja – čeprav samo skupaj z drugimi posebnostmi, ki so značilne za dejansko stanje v postopku v glavni stvari – privede do tega, da v tem položaju ni izpolnjen minimalni nadzor. Te druge posebnosti in njihov pomen v zvezi z nadzorom bom predstavila v nadaljevanju.

47. V zvezi s tem je namreč treba opozoriti tudi na položaj, ki je razlog za postopek zaradi neizpolnitve obveznosti, ki se vodi zoper Republiko Avstrijo[22], in na nedavno pravno presojo, ki jo je Sodišče sprejelo v zvezi s tem.

21 – Navedena v opombi 7, točka 67.

22 – Sodba Sodišča z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-29/04, ZOdl., str. I-9705).

48. V zadevi Komisija proti Avstriji je šlo za prenos odstranjevanja odpadkov s strani mestne občine Mödling na družbo z omejeno odgovornostjo, torej s strani občine na hčerinsko družbo v stoodstotni lasti. Približno dva tedna po prenosu nalog je mestna občina sklenila, da bo 49 % deležev odsvojila zasebnemu podjetju. Ta odsvojitev se je prav tako izvedla približno dva tedna kasneje. Prenesena dejavnost se je pričela izvajati še nekaj tednov kasneje.

49. V sodbi v tej zvezi z dne 10. novembra 2005 je Sodišče poudarilo, da je treba preučiti vse faze in njihove cilje.[23] Ta okoliščina potrjuje, da je treba upoštevati tudi dogodke, ki nastopijo po prenosu nalog, kot izrecno poudarja tudi Sodišče v tem postopku.[24] V tem postopku pa je v nasprotju z obravnavanim šlo za dogodke, do katerih je *dejansko prišlo*. V tem postopku se je namreč družba že odprla za zasebno udeležbo. Med presojo vse zadeve se je odprtje že izvedlo.

50. V nasprotju z navedenim iz dokumentov iz spisa v obravnavani zadevi ne izhaja, ali, in če je odgovor pritrdilen, kdaj je prišlo do prenosa deležev na zasebnike ter ali so takšni načrti obstajali. S tega vidika niti sodba Parking Brixen niti sodba Komisija proti Avstriji ne daje jasnega indica za to, da zadošča že *možnost* odprtja družbe za zasebnike.

51. Tako lahko izhajamo iz tega, da dosedanja sodna praksa oddaje naročil mešanim javnim subjektom načelno ne izključuje uporabe izjeme iz sodbe Teckal. Zaradi tega je treba v nadaljevanju predstaviti pogoje, ki jih morajo izpolnjevati takšne transakcije.

2. Posamični pogoji

52. Pogoji, pod katerimi lahko oddaje naročil mešanim javnim subjektom spadajo pod izjemo iz sodbe Teckal, se nanašajo na razmerje med zadevno skupnostjo in javnimi organi, ki imajo v njej neposredne ali posredne deleže.

23 – Navedena v opombi 22, točka 41.

24 – Navedena v opombi 22, točka 38.

53. Najprej je treba spomniti na utemeljitev, podano v postopku, da izjema iz sodbe Teckal vključuje samo t. i. „delegacije med organi ali organizacijami“ ali razčlenitve organizacijskega aparata teritorialne skupnosti. Navezovanje na takšne kategorije nima podlage v sodni praksi Sodišča.

54. Na splošno Sodišče v zvezi s tem, zlasti tudi v sodbi Parking Brixen, izhaja iz materialnega in ne iz formalnega razumevanja. Tako je, kot bo še natančneje predstavljeno, pomembna struktura razmerij med udeleženci. Natančneje, za to pridejo v poštev splošni abstraktni predpisi, kot je nacionalno pravo družb, in konkretna struktura, kot na primer statut zadevne družbe. [25]

55. V obravnavani zadevi družba, ki naj bi opravljala storitev, v nasprotju z zadevo Stadt Halle ni družba z omejeno odgovornostjo po nemškem pravu, temveč delniška družba po italijanskem pravu (SpA).

56. V tej zadevi se uporabljajo upoštevne določbe Codice civile (v nadaljevanju: C. C.).

57. Razlikuje se tudi od družbe, ki je bila predmet preizkusa v zadevi Teckal. Medtem ko je bila predmet tega postopka pravna oblika t. i. „azienda municipalizzata“, se obravnavana zadeva nanaša na družbo, in sicer AGESP, ki je sicer sprva delovala v navedeni pravni obliki, vendar se je s sklepom št. 148 z dne 24. septembra 1997 preoblikovala v delniško družbo.

58. Delniške družbe imajo tudi po italijanskem pravu načeloma na voljo večjo avtonomijo kot družbe z omejeno odgovornostjo.

59. Po mojem mnenju abstrakten preizkus možnosti vplivanja imetnikov delnic na delniške družbe in njihov mogoč vpliv na njihove hčerinske družbe na podlagi C. C. ne zadošča. Kot sem navedla že prej, je veliko pomembneje konkretno razmerje med družbo babico in matično družbo ter tudi med matično in hčerinsko družbo. [26]

25 – Tako v zgoraj v opombi 7 navedeni sodbi, točka 66 in nasl.

26 – Glej moje sklepne predloge k zgoraj v opombi 4 navedeni zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, točka 65.

60. Pravna oblika delniške družbe, npr. po italijanskem pravu, torej *per se* ne „škoduje“. To izhaja tudi iz sodbe Parking Brixen, v kateri je prav tako šlo za delniško družbo po italijanskem pravu. Že iz tega, da Sodišče te okoliščine ni štelo za zadosten razlog za sklepanje o obstoju samostojnosti družbe in s tem pomanjkanje nadzora, izhaja, da pravna oblika italijanske delniške družbe ne izključuje zadostnega nadzora.

61. Vendar je preoblikovanje obrata javnega organa v delniško družbo vsaj ena od več okoliščin, ki jih je treba upoštevati pri presoji samostojnosti. [27]

62. V zvezi s preizkusom konkretne strukture so pomembna konkretna pooblastila vsakokratnih imetnikov deležev in ne njihovo dejansko izvrševanje v praksi. [28] To stališče je Sodišče potrdilo v zadevi Parking Brixen, v kateri je preizkusilo statut zadevne delniške družbe. [29]

63. Poleg tega ne zadošča, da se nadzorne pravice imetnika deleža oziroma imetnikov deležev nanašajo samo na odločitve o oddaji naročil na splošno ali celo na konkretno odločitev o oddaji naročila [30], temveč tudi na vodenje poslov v celoti.

64. V zvezi s sredstvi nadzora praviloma pridejo v poštev pravice dajanja navodil, upravičenja nadzora in tudi pravice imenovanja. Pri tem je treba izhajati iz načela, po katerem je pomembna tudi možnost vplivanja in s tem ne samo zakonski predpisi. [31]

65. Končno je treba predstaviti še utemeljitev, navedeno v postopku, da je presoja postopka javnega naročanja in uporaba izjeme iz sodbe Teckal pri konkretni oddaji naročila odvisna od ravnanja udeležencev, torej obvladujoče in odvisne družbe.

66. Tako bi lahko iz ravnanja udeležencev v postopku oddaje javnega naročila primarno

27 – V opombi 7 navedena sodba Parking Brixen, točka 67.

28 – Glej sklepne predloge k zgoraj v opombi 4 navedeni zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, točka 76.

29 – Navedena v opombi 7, točka 66 in nasl.

30 – Glej moje sklepne predloge k zgoraj v opombi 4 navedeni zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, točka 77.

31 – V opombi 7 navedena sodba Parking Brixen, točka 65.

mešanega javnega subjekta sklepali o njeni samostojnosti v razmerju do naročnika.

67. V obravnavanem postopku se je glede tega posebej sklicevalo na vsebino pogodbe. Zlasti naj bi pogodbena kazen za neizpolnitev določenih ciljev, določena v njej, veljala za indic, ki kaže na avtonomijo AGESP.

68. Ker se merilo nadzora v celoti nanaša na vpliv na vodenje poslov, ravnanje ustanove, ki je predmet preizkusa v konkretnem postopku oddaje javnega naročila, ne more biti odločilno. To bi lahko namreč pomenilo, da bi ista ustanova v enem postopku nabave spadala pod izjemo iz sodbe Teckal, v drugem pa ne. Iz sodne prakse Sodišča tak konkretizirani vidik ne izhaja. Nasprotno, opredelitev razmerja in s tem obstoj merila nadzora Sodišče povezuje z obstojem okoliščin, ki jih pripisuje udeleženim osebam.

69. Konkreten preizkus, ali splošni abstraktni predpisi nacionalnega prava in konkretna opredelitev v statutu zadevne družbe, v obravnavanem primeru zlasti člen 19, zagotavljajo zadosten nadzor, se nanaša na presojo konkretnega dejanskega stanja. To in razlaga nacionalnega prava pa skladno z delitvijo pristojnosti na podlagi člena 234 ES ni naloga Sodišča, temveč nacionalnega sodišča.

C – *Vmesni sklep*

70. Merilo nadzora nad lastnimi službami je lahko načeloma izpolnjeno tudi pri mešanih javnih podjetjih. Presoja dejanskega stanja, ki je predmet postopka v glavni stvari, je v pristojnosti nacionalnega sodišča. To mora v obravnavanem položaju upoštevati te okoliščine:

– interese delničarjev;

– preoblikovanje „azienda municipalizzata“ v delniško družbo;

– nezavezujoče in neizvedeno odprtje družbe za tuji kapital;

– možnost, da AGESP ustanavlja podružnice celo v tujini;

– obseg možnosti vplivanja na imenovanje upravnega odbora in vodenje poslov;

– pooblastila upravnega odbora AGESP ter

– okoliščino, da je občina v AGESP udeležena posredno prek AGESP Holding.

71. Sodišče bi v obravnavnem postopku, enako kot v zadevah Stadt Halle in Parking Brixen, lahko samo izvedlo dokončno presojo položaja, kot je podana v postopku v glavni stvari. Ker se zgoraj navedene okoliščine v veliki meri ujemajo s položajem v zadevi Parking Brixen [32], k čemur je treba dodati še posredno udeležbo, navedeno dopušča sklep, ki izhaja iz dosedanje, s številnih strani kot prestrogo kvalificirane sodne prakse, da v položaju, kot je postopek v glavni stvari, prvo merilo, tj. zadosten nadzor nad lastnimi službami, ni izpolnjeno.

72. Če bi Sodišče nasprotno izkoristilo priložnost in bi svojo dosedanjo sodno prakso pojasniti v tej smeri, da lahko vsaj določena mešana javna partnerstva izpolnjujejo merilo nadzora, ter če bi prišlo do rezultata, da je to podano tudi v postopku v glavni stvari, bi imelo Sodišče nadaljnjo priložnost, da drugo merilo Teckal, torej merilo pretežnosti, prvič podrobneje konkretizira.

VII – Drugo merilo: dejavnost pretežno z imetnikom deležev

73. V nasprotju s prvim merilom Teckal glede drugega merila Teckal po tej sodbi ne obstaja sodna praksa Sodišča, ki bi to merilo podrobneje razložila. Obravnavani postopek tako daje Sodišču priložnost, da to stori.

74. Postopek v glavni stvari se sicer nanaša na položaj, v katerem na prvi ravni, tj. med

32 – Navedena v opombi 7, točka 67.

občino in AGESP Holding, pri čemer ima prva drugo v skoraj stoodstotni lasti, ter na drugi ravni, tj. med AGESP Holding in AGESP 100 %, pri čemer ima prva drugo v stoodstotni lasti.

75. Kot že v zadevi Stadt Halle gre tudi v obravnavanem postopku za posredno udeležbo. Raziskati je torej treba, ali lahko tudi dejavnost „družbe vnukinje“ z družbo „babico“ načeloma izpolnjuje drugo merilo Teckal.

A – *Izhodiščna teza*

76. Ker Sodišče v sodbi Stadt Halle zaradi izbrane razlage prvega merila ni prešlo na razlago drugega merila, je samo dosledno, če na tem mestu ponovim stališče, ki sem ga v tej zvezi zagovarjala v sklepnih predlogih v zadevi Stadt Halle.

77. Drugo merilo, postavljeno v sodbi Teckal glede pretežnosti, se nanaša na določen minimalni delež celotnih dejavnostih, ki jih opravlja odvisna družba. Gre torej za ugotavljanje obsega celotnih in za imetnika deleža v širokem smislu opravljenih dejavnosti.

78. V zvezi s tem je treba opozoriti, da iz okoliščine, da se pojem imetnika deleža ne sme razlagati preozko, ne izhaja, da so s tem zajete tudi dejavnosti s tretjimi osebami, ki bi jih imetnik deleža sicer moral opraviti sam. V praksi se to najprej nanaša na skrb za obstoj in občine (komune), ki v razmerju do določenih oseb nosijo odgovornost za izvajanje določenih storitev.

79. Razčistiti je nadalje treba, da so pomembne dejavnosti, ki se dejansko opravljajo, in ne dejavnosti, ki jih je mogoče izvajati na podlagi zakona ali statuta družbe, oziroma celo dejavnosti, ki jih odvisna družba mora opravljati. [33]

80. Osrednje vprašanje je tako, pri kateri udeležbi je dosežen prag drugega merila Teckal. V zvezi s tem se pojavlja več stališč. Te udeležbe segajo od več kot 50 % do „v pomembnem obsegu“, „pretežno“, „skoraj izključno“ do „izključno“.

33 – Upoštevajoč moje sklepne predloge generalna pravobranilka Kokott v zgoraj navedenih sklepnih predlogih v zadevi Parking Brixen, točka 81.

81. V zvezi s pragom se ne zastopa samo pozitiven pristop, v smislu, da je treba določiti obseg storitev, opravljenih za imetnika deležev, temveč tudi negativen pristop. Po negativnem pristopu bi morali upoštevati velikost deleža storitev, ki se ne opravljajo za imetnika deležev. To zadnje stališče najdemo v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca Légerja v zadevi ARGE. Po njem „se direktiva uporabi, če ta družba pretežno opravlja dejavnosti *za druge* gospodarske udeležence ali druge družbe in ne tistih, ki sestavljajo javnega naročnika“. [34] V zvezi s pozitivnim stališčem, ki se uporablja za drugo merilo Teckal, naj se negativno stališče v obravnavanem primeru ne bi uporabljalo.

82. V navedenem delu sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja pa pride do izraza drug pomemben vidik, ki ga je treba upoštevati pri določanju deleža.

83. Tako se postavlja vprašanje, ali drugo merilo Teckal dopušča le količinsko opazovanje ali pa je treba upoštevati tudi kakovostne okoliščine. Slednje potrjuje besedilo in pomen izjeme, ki tudi ne vsebuje napotka, kako je treba ocenjevati dejavnosti. Tudi izvirna različica ustreznega dela iz sodbe Teckal, tj. italijanska različica, ne izključuje dodatnega ali alternativnega kakovostnega vidika („la parte più importante della propria attività“).

84. Sicer sodba Teckal tudi ne vsebuje napotka v zvezi z metodo izračunavanja deleža. Tako torej ni samoumevno, da je pomemben samo prihodek.

85. Nacionalno sodišče mora torej po mojem mnenju „pretežnost dejavnosti“ ugotoviti na podlagi količinskih in kakovostnih okoliščin.

86. Glede tega je treba spomniti, da so sklepni predlogi v jeziku, ki ga je generalni pravobranilec izbral kot jezik izvirnika, avtentični. Pri tem iz sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja izhaja naslednje: po eni strani se sklicuje na „quasi-exclusivité“ izvedenih storitev, pri čemer gre v nemški različici za „sämtliche Dienstleistungen“ (vse storitve). [35] Po drugi strani se opira na besedilo drugega merila Teckal, pri katerem je

34 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja, predstavljeni 15. junija 2000 v zadevi ARGE Gewässerschutz (sodba Sodišča z dne 7. decembra 2000, C-94/99, Recueil, str. I-11037, točka 93, moj poudarek).

35 – V opombi 34 navedeni sklepni predlogi, točka 74.

jezik postopka italijanščina, in govori o „en grande partie“, ki se v nemški različici označuje s „Wesentlichen“ (pretežno) [36] ali o „la plus grande partie de leur activité“ („največji delež njene dejavnosti“) [37].

87. Za podrobnejšo opredelitev se v literaturi in tudi v postopku pred Sodiščem omenja merilo 80 % iz člena 13 Direktive 93/38. Kot utemeljitev za to se navaja, da je to merilo „objektivno“ ali „primerno“.

88. V zvezi s tem je treba pripomniti, da bi bil lahko objektiven ali primeren tudi drugačen fiksni odstotek. Kot so poudarili nekateri udeleženci v tem postopku za sprejetje predhodne odločbe, sem že v sklepnih predlogih v zadevi Stadt Halle opozorila, da lahko togost fiksnega odstotka pomeni tudi oviro za primerno rešitev. Poleg tega ne omogoča upoštevanja drugih elementov, ki so samo količinski.

89. Prenosu merila 80 % iz člena 13 Direktive 93/38 nasprotuje prvič okoliščina, da gre za izjemo v direktivi, ki velja le za določene sektorje. Tam določena vrednost se po volji zakonodajalca Skupnosti omejuje na to direktivo. Čeprav bi se ta temeljna misel lahko praktično uporabljala tudi zunaj sektorjev, je še vedno odločilno, da takšno pravilo v direktivo, ki se uporablja v obravnavnem primeru, ni bilo vključeno.

90. Drugič, pri zagovarjanju prenosa 80-odstotnega praga se ne upošteva, da velja člen 13 Direktive 93/38 samo za storitve. Kot pravilo, ki pomeni izjemo, se prepoveduje celo podobna uporaba za dobave znotraj sektorjev. Šele sprememba v okviru zakonodajnega svežnja je v zvezi s tem prinesla razširitev na dobave. [38]

91. Tretjič, zakonodajalec Skupnosti je celo pri noveliranju direktiv v okviru t. i. zakonodajnega svežnja 80-odstotni prag obdržal samo za sektorje in opustil prenos v t. i. klasično direktivo. Med noveliranjem je bilo drugo merilo Teckal že znano in tudi

36 – V opombi 34 navedeni sklepni predlogi, točka 81.

37 – V opombi 34 navedeni sklepni predlogi, točka 83.

38 – Člen 23 Direktive 2004/17, navedene v opombi 9.

predmet razprav v okviru zakonodajnega postopka.

92. Uporabi člena 13 Direktive 93/38, četrtič, nasprotuje še en razlog. Člen 13(2) te direktive namreč zavezuje naročnike, da Komisiji na njeno zahtevo posredujejo določene podatke. Ta določba učinkuje kot procesnopravna izravnava za izjemo, določeno v členu 13. Pri izjemi iz sodbe Teckal pa je Sodišče sledilo drugačni poti.

93. Petič, že okoliščina, da Sodišče drugega merila Teckal ni definiralo ob upoštevanju Direktive 93/38, ki jo je prav gotovo poznalo, nasprotuje analogiji. Sodišče se je namreč zadovoljilo z vsebinskima pogojema, ki odstopata od člena 13, in sicer z meriloma Teckal. Ta pogoja je treba zaradi pomanjkanja primerljive postopkovne ureditve, kot je podana v členu 13, razlagati ozko.

94. Gledano v celoti lahko vztrajamo pri stališču, da 80-odstotni prag, ki izhaja iz Direktive 93/38, ni merilo za presojo pretežnosti dejavnosti. [39]

B – *Nadaljnji razvoj teze ob upoštevanju novejše sodne prakse*

95. Kot domneva za uporabo izjeme se mora merilo pretežnosti razlagati ozko. To je Sodišče potrdilo, ko je v točki 63 sodbe Parking Brixen navedlo:

„Glede na to, da gre za izjemo od splošnih predpisov prava Skupnosti, je treba oba pogoja, ki sta navedena v prejšnji točki,

39 – Literatura v tej zvezi, ki je medtem postala prevladujoče mnenje: Meinrad Dreher, „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater“, *NZBau* 2002, str. 245 (253); Wolfram Krohn, „‚Aus' für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen“, *NZBau* 2005, str. 92 (95); Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, str. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, „Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte“, *NJW* 2005, str. 2264 (2265 in nasl.); Wolfgang Jaeger, „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht“, v: Büdenbender/Kühne/Baur (izd.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, str. 455 (464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel, „Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?“, *Vergaberecht* 2005, str. 590 (601); Kurt Weltzien, „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector“, *Public Procurement Law Review* 2005, str. 237 (249), ki pravilno navaja, da velja Direktiva 93/38 tudi za zasebna podjetja; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand“, *Vergaberecht* 2005, str. 145 (148), ki dvomita v združljivost pravila 80 % s pravom Skupnosti.

razlagati ozko in mora tisti, ki se želi nanjo sklicevati, dokazati, da dejansko obstajajo neobičajne okoliščine, ki upravičujejo izjemo od teh predpisov."

96. Te cilje je treba upoštevati tudi v obravnavanem postopku.

97. Še naprej zagovarjam enako stališče kot v sklepnih predlogih v zadevi Stadt Halle, da je treba „pretežnost dejavnosti" ugotavljati [40] ne samo na podlagi količinskih meril, temveč tudi na podlagi kakovostnih okoliščin [41].

98. V zvezi s *kakovostnimi* okoliščinami bi bilo treba ugotoviti, kako in za koga zadevna odvisna družba izvaja svoje dejavnosti. Pri tem je pomembno, ali za dejavnost družbe sploh obstaja trg in ali družba na trgu ponuja del storitev za druge osebe in ne za obvladujoči subjekt. [42]

99. Vendar se to ne sme razmeti tako, da morajo po storitvah, ki jih je opravila zadevna družba, povpraševati poleg javnih podjetij tudi druge družbe. Čeprav po blagu ali storitvah povprašujejo le javni *povpraševalci*, to še ne pomeni, da trg ne obstaja. Obstajajo lahko namreč tudi drugi *ponudniki*. Tako presoja kakovostnih okoliščin ne bi bila odvisna samo od razmerja družbe ponudnice do obvladujoče družbe, temveč v smislu konkurenčno pravnih ciljev prava oddaje javnih naročil tudi od njenega gospodarskega položaja na trgu. S tem bi se približali skupini primerov, za katero je v skladu z direktivami dopusten postopek s pogajanji brez predhodne objave, kadar javno naročilo lahko izvede en gospodarski subjekt. [43]

40 – Pritrdilno: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht* 2005, str. 103 in nasl.; Holger Schröder, „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", *NZBau* 2005, str. 127 in nasl.; Kurt Weltzien, „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, str. 237 (248).

41 – Upoštevajoč moje sklepne predloge generalna pravobranilka Kokott v zgoraj v opombi 7 navedenih sklepnih predlogih v zadevi Parking Brixen, točka 83.

42 – V tej zvezi je treba opozoriti na zakonsko definicijo v členu 1(8)(1) Direktive 2004/18 (navedena v opombi 38) in členu 1(7)(1) Direktive 2004/17 (navedena v opombi 9).V direktivi, ki se uporablja v obravnavanem primeru, manjka ustrezna definicija, ki bi se izrecno nanašala na trg.

43 – Glej člen 31(1)(b) Direktive 2004/18 in člen 40(3)(c) Direktive 2004/17.

100. Poleg tega je treba načeloma razjasniti, ali je pri tem pomembna samo dejanska dejavnost, ali pa je treba upoštevati tudi cilj družbe, na primer cilj družbe na podlagi statuta, torej vse dejavnosti, ki jih družba lahko izvaja. Če se pravo oddaje javnih naročil sklicuje tudi na cilje družbe, bi takšen pristop presojo pretežnosti še dodatno otežil, ker se o potencialnih, v prihodnje negotovih dejavnostih, ne bi mogli dajati zanesljivi aktualni podatki.

101. Nadalje je vprašljivo, ali je treba upoštevati samo določene ali vse dejavnosti družbe. Tako bi se lahko merilo pretežnosti razumelo tudi tako, da je treba upoštevati samo tiste vrste dejavnosti, ki se bodo opravljale tudi za obvladujočo družbo, torej dobava energije, pri čemer se druge dejavnosti družbe, na primer odstranjevanje odpadkov, ne bi upoštevale, tako da bi bil odločilen samo relativni delež, ki je značilen za to področje dejavnosti.

102. Po mojem mnenju pa že okoliščina, da gre za izjemo od režima direktive, nasprotuje takšni razlagi drugega merila Teckal. To bi lahko namreč pripeljalo do primerov razširitve postopkov, zajetih z izjemo, v katerih je merilo pretežnosti sicer izpolnjeno v zvezi z določeno vrsto dejavnosti, ne pa tudi v zvezi z vsemi dejavnostmi družbe.

103. Kot izhaja iz formulacije sodbe Teckal in dejanskega stanja, ki je predmet postopka, merilo pretežnosti poleg tega ne more biti izpolnjeno samo, če dejavnost z imetnikom deleža preseže prag pretežnosti, temveč je treba upoštevati tudi vse dejavnosti z vsemi imetniki deležev in ta rezultat povezati s celotno opravljeno dejavnostjo.

104. V točki 50 sodbe Teckal je Sodišče v zvezi z drugim merilom uporabilo tudi množino in navedlo:

„[…] Kaj drugega lahko velja le, če teritorialna skupnost nad zadevno osebo izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, in če ta oseba opravlja pretežni del

svoje dejavnost za eno ali več *teritorialnih skupnosti*, ki imajo v njej delež.“ [44]

105. Če to opredelitev uporabimo dosledno, niso pomembne samo storitve, ki se opravljajo za obvladujočo družbo, tj. občino Busto Arsizio. Upoštevale bi se namreč lahko tudi storitve za druge imetnike deležev.

106. V zvezi s *količinskimi* okoliščinami ne more biti pomemben samo promet. Upoštevati je treba tudi druge kazalce gospodarskega poslovanja. Tako se lahko, kot je že bilo navedeno v drugem vprašanju za predhodno odločanje, načelno upošteva tudi delež prihodkov, ki izhaja iz dejavnosti za imetnike deležev, v celotnih prihodkih. Vendar se tudi za delež v celotnih prihodkih uporablja načelo, ki velja za delež v celotnih prometu, da le prevladovanje v razmerju do drugih prihodkov ne zadošča. Oboje se seveda nanaša samo na količinski vidik.

44 – Moj poudarek.

107. Končno Sodišče v zvezi z merilom pretežnosti ni podrobneje opredelilo, v katerem trenutku mora biti ta domneva izpolnjena oziroma katero časovno obdobje je pomembno za presojo.

108. Skladno s sistemom direktiv s področja oddaje javnih naročil bi bil to trenutek, v katerem je naročnik dejaven, tj. takrat, ko v konkretnem primeru prenese nalogo. Vendar to pomeni trenutni položaj, če ne sprejmemo daljšega časovnega obdobja, kot izhaja iz člena 13 Direktive 93/38.

109. Ker AGESP storitev ne opravlja samo neposredno za občino, temveč nekatere storitve opravlja neposredno za tretje osebe v občini – za podjetja in zasebna gospodinjstva – se nadalje postavlja vprašanje, ali in pod katerimi domnevami se tudi storitve, ki se ne opravljajo neposredno za občino, štejejo za storitve za občino, tj. za obvladujočo družbo v smislu drugega merila Teckal.

110. V tej točki ponovno prihajata do izraza nedoločnost drugega merila Teckal in s tem povezana pravna negotovost za zadevne

družbe. Zaradi pravne varnosti je torej treba izvesti konkretizacijo.

111. Glede tega se je namreč zastavilo vprašanje, ali je pomembno, na katerem ozemlju se opravljajo storitve. Če bi sledili tej tezi, bi se v postopku v glavni stvari upoštevale samo storitve na ozemlju občine Busto Arsizio. Zadostna teritorialna zveza je vsaj primerno merilo za odgovornost. To je povezano, s tem da je takšna zveza posebej pomembna tudi pri določitvi pristojnosti teritorialnih skupnosti, zlasti občin. Stališče, po katerem bi se upoštevale samo storitve za osebe z bivališčem v občini, bi bilo preozko. Nasprotno pa bi se lahko upoštevale tudi takšne storitve, ki se sicer opravljajo zunaj občine, vendar so v korist prebivalcem občine, ker na primer občina te storitve, npr. zaradi stroškov, ne ponuja sama, temveč jo ponuja telo, v katerem ima deleže več občin in/ali ena ali več regij.

112. Nadalje je treba poudariti, da dejstvo, na koga glasi račun za storitev ali kdo izvede plačilo storitve, za vprašanje odgovornosti ni pomembno. Tako je na primer za naloge v okviru skrbi za obstoj, ki se opravljajo v obliki koncesij, značilno, da vsaj en del nadomestila zagotavljajo uporabniki storitve. Pri tem imam v mislih zlasti koncesije, ki so zajete z direktivami, ki se nanašajo na gradnjo avtocest, za katere se pobira cestnina. Za občinsko prakso so zelo pomembne zlasti prevozne storitve, dobave energije, odstranjevanje odpadkov, tudi gradnja in morda upravljanje izobraževalnih oziroma počitniških ustanov ali parkirnih mest. V teh primerih bi bilo treba najprej preizkusiti, ali ne gre za koncesije storitev, za katere se že iz tega razloga direktive ne uporabljajo.

113. Sodišče bi moralo drugo merilo Teckal razjasniti tako, da bi določalo pogoje, pod katerimi bi bile zajete tudi storitve za tretje osebe. V poštev pride najprej vrsta razmerja med tretjimi osebami in obvladujočo družbo, torej v konkretnem primeru občino. Pripis občini je zlasti podan, če je občina dolžna opraviti storitev za tretje osebe. Pri tem ni nujno, da gre za obveznost oskrbe, ki izhaja iz javnega prava, na primer ustreznih regionalnih zakonov. Mogoča bi bila tudi vključitev zasebnopravnih obveznosti, ki izhajajo na primer iz pogodbe, sklenjene med osebami zasebnega prava in občino. Prav tako bi bilo treba razčistiti, ali so dodatno pomembna še

pogodbena razmerja med tretjimi osebami in družbo, ki opravlja storitev. Tudi v tej zvezi bi moralo biti pomembno, da je poleg dejanskega opravljanja storitev dodatno podano še pravno razmerje med občino in družbo, ki opravlja storitev.

115. V celoti je torej treba ugotoviti, da ni pomemben samo status tretje osebe, ki povprašuje, temveč je treba upoštevati tudi vsebino posla.

C – *Vmesni sklep*

116. Merilo, po katerem mora odvisni subjekt opravljati pretežni del svoje dejavnosti z eno ali več teritorialnimi skupnostmi, ki imajo v njej delež, je lahko izpolnjeno tudi pri mešanih javnih podjetjih in posredni udeležbi. Zaradi tega je treba obvladujoči družbi pripisati tudi določene storitve, ki jih opravlja za tretje osebe.

114. V vsakem primeru je treba zavrniti stališče, po katerem je treba upoštevati vsako storitev za prebivalce zadevne teritorialne skupnosti, v obravnavanem primeru občine Busto Arsizio. Na ta način bi namreč bile zajete tudi vse druge storitve za zasebnike, ne da bi pri tem bila podana zveza z občino. V tem primeru vrsta poslovne dejavnosti namreč ne bi bila pomembna. Če določena družba na primer ne dobavlja samo energije oziroma odstranjuje odpadkov, temveč prodaja tudi določeno blago, kot so grelne naprave ali zaboji za smeti, bi bili zajeti tudi ti prihodki, čeprav gre za blago, ki ga lahko vsak potrošnik dobi tudi iz drugih virov. Razlaga, ki upošteva le status tretje osebe, ki povprašuje, bi pripeljala do tega, da bi bila zajeta vsaka storitev za potrošnike, in sicer samo zato, ker imajo ti svoje prebivališče v občini.

117. V obravnavnem postopku mora nacionalno sodišče pri tem upoštevati več okoliščin, k čemur je treba dodati tudi prihodke, ki izhajajo iz dejavnosti za imetnike deležev, ne pa tudi merila 80 % iz člena 13 Direktive 93/38.

VIII – Predlog

118. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje odgovori:

Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga ne nasprotuje neposredni oddaji naročila v postopku, kot je ta, ki je obravnavan v sporu o glavni stvari, če so izpolnjeni ti pogoji.

Prvič; teritorialna skupnost nad subjektom izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami. Nacionalno sodišče mora pri tem preizkusiti te okoliščine:

– interese delničarjev;

– preoblikovanje „azienda municipalizzata“ v delniško družbo;

– nezavezujoče in neizvedeno odprtje družbe za tuji kapital;

– možnost, da AGESP ustanavlja podružnice celo v tujini;

– obseg možnosti vplivanja na imenovanje upravnega odbora in vodenje poslov;

– pooblastila upravnega odbora AGESP ter

– okoliščino, da je občina v AGESP udeležena posredno prek AGESP Holding.

Drugič, da ta družba hkrati opravlja pretežni del svoje dejavnost z eno ali več teritorialnimi skupnostmi, ki imajo njene delnice. Nacionalno sodišče mora pri tem upoštevati okoliščine, navedene v točkah od 76 do 115, pri čemer je treba upoštevati tudi prihodke, ki izhajajo iz dejavnosti za delničarje, ne pa tudi merila 80 % v smislu člena 13 Direktive 93/38/EGS.