SODBA SODIŠČA (tretji senat)

z dne 15. oktobra 2009 *

V zadevi C-196/08,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italija) z odločbo z dne 13. marca 2008, ki je prispela na Sodišče 14. maja 2008, v postopku

Acoset SpA

proti

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Jezik postopka: italijanščina.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

ob udeležbi

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi J. N. Cunha Rodrigues (poročevalec), predsednik drugega senata v funkciji predsednika tretjega senata, P. Lindh, sodnica, A. Rosas, U. Lõhmus in A. Ó Caoimh, sodniki,

generalni pravobranilec: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
sodna tajnica: M. Ferreira, glavna administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 2. aprila 2009,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Acoset SpA A. Scuderi in G. Bonaventura, odvetnika,

– za Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa in druge N. Gentile, odvetnik,

– za Comune di Vittoria (RG) A. Bruno in C. Giurdanella, odvetnika,

– za italijansko vlado R. Adam, zastopnik, skupaj z G. Fiengom, avvocato dello Stato,

– za avstijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

– za poljsko vlado M. Dowgielewicz, zastopnik,

– za Komisijo Evropskih skupnosti C. Zadra in D. Kukovec, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 2. junija 2009

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 43 ES, 49 ES in 86 ES.

2 Ta predlog je bil vložen v sporu med družbo Acoset SpA (v nadaljevanju: Acoset) ter Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (skupščina županov in predsednika pokrajine Ragusa, v nadaljevanju: Conferenza) in drugimi glede razveljavitve postopka javnega razpisa za izbiro zasebnega manjšinskega družbenika v družbi z mešanim kapitalom, ki ji je neposredno dodeljena storitev celostne oskrbe z vodo („servizio idrico integrato“) v pokrajini Ragusa.

Pravni okvir

Skupnostna ureditev

Direktiva 2004/18

3 Člen 1 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114) določa:

„[…]

2. (a) ‚Javna naročila' so proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev v skladu s pomenom iz te direktive.

[…]

(d) ‚Javna naročila storitev' so javna naročila, katerih predmet je opravljanje storitev iz Priloge II, razen javnih naročil gradenj ali naročil blaga.

[…]

4. ‚Koncesija za storitve' je naročilo enake vrste kakor javno naročilo storitev, z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje storitev bodisi samo pravica do koriščenja storitve ali ta pravica skupaj s plačilom.

[…]"

4 Člen 3 Direktive 2004/18 določa:

„Če naročnik podeli posebne ali izključne pravice za opravljanje javne storitve osebi, ki ni naročnik, mora akt, v katerem se ta pravica dodeli, določiti, da mora ta oseba v zvezi z oddajo javnih naročil za dobavo blaga, ki jih odda tretjim osebam kot del svojih dejavnosti, upoštevati načelo nediskriminacije na podlagi državljanstva."

5 Člen 7 navedene direktive določa:

„Ta direktiva se mora uporabljati za javna naročila, […] katerih vrednost je brez davka na dodano vrednost (DDV) enaka ali večja od naslednjih pragov:

[…]

(b) 249 000 eurov

– za javna naročila blaga in storitev, ki jih oddajo naročniki, ki niso na seznamu v Prilogi IV [centralni državni organi],

[…]“

6 Z Uredbo Komisije (ES) št. 2083/2005 z dne 19. decembra 2005 o spremembah direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede njunih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil (UL L 333, str. 28) se je spremenil člen 7(b) različice Direktive 2004/18 iz Uredbe Komisije (ES) št. 1874/2004 z dne 28. oktobra 2004 (UL L 326, str. 17), tako da je bil znesek 236.000 EUR za obdobje od 1. januarja 2006 do 1. januarja 2007 nadomeščen z zneskom 211.000 EUR.

7 V sladu s členom 2 Uredbe Komisije (ES) št. 1422/2007 z dne 4. decembra 2007 o spremembi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede njunih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil (UL L 317, str. 34) se je navedeni znesek zmanjšal na 206.000 EUR od 1. januarja 2008.

8 Člen 17 Direktive 2004/18 določa:

„Brez poseganja v veljavnost člena 3 se ta direktiva ne uporablja za koncesije za javne storitve iz člena 1(4).“

9 Člen 21 Direktive 2004/18 določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve s seznama v Prilogi II B, se morajo oddati samo v skladu s členom 23 in členom 35(4).“

10 V Prilogo II B, kategorijo 27, te direktive spadajo „ostale storitve“, z izjemo pogodb o uporabi, pridobitvi, razvoju, produkciji ali koprodukciji radijskega in televizijskega programa in pogodb o času oddajanja.

Direktiva 2004/17

11 Člen 1(2) in (3) Direktive 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 (UL L 134, str. 1) določa:

„2. […]

(b) ‚Javna naročila gradenj' so javna naročila, katerih predmet je bodisi izvedba bodisi projektiranje in izvedba gradenj, povezanih z eno od dejavnosti v skladu s pomenom iz Priloge XII, ali gradnja ali izvedba gradnje s katerimi koli sredstvi, ki ustreza zahtevam naročnika. ‚Gradnja' pomeni rezultat dejavnosti na področju visokih ali nizkih gradenj kot celote, ki sam po sebi izpolnjuje gospodarsko in tehnično funkcijo.

(c) ‚Javna naročila blaga' so javna naročila, razen tistih iz točke (b), katerih predmet je nakup, zakup, najem ali nakup na kredit z nakupno pravico ali brez nje.

Javno naročilo, katerega predmet je nabava proizvodov in dodatno namestitvena in inštalacijska dela, se obravnava kot ‚javno naročilo blaga'.

(d) ‚Javna naročila storitev' so javna naročila, katerih predmet je opravljanje storitev iz Priloge XVII, razen javnih naročil gradenj ali naročil blaga.

Javno naročilo, katerega predmet so proizvodi in storitve v smislu Priloge XVII, velja za ‚javno naročilo storitev', če je vrednost storitev večja od vrednosti proizvodov, ki so vključeni v naročilo.

Javno naročilo, katerega predmet so storitve v smislu Priloge XVII in vključujejo dejavnosti v smislu Priloge XII, ki so samo dodatek glavnemu predmetu naročila, velja za javno naročilo storitev.

3. (a) ‚Koncesija za javne gradnje' je naročilo enake vrste kot javno naročilo gradenj, razen da je plačilo za opravljanje gradenj bodisi samo pravica do izkoriščanja gradenj ali ta pravica skupaj s plačilom.

(b) ‚Koncesija za storitve' je naročilo enake vrste kot naročilo storitev, razen da je plačilo za opravljanje storitev bodisi samo pravica do izkoriščanja storitev ali ta pravica skupaj s plačilom."

12 Člen 4 Direktive 2004/17 določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za naslednje dejavnosti:

(a) zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo pitne vode; ali

(b) dobavo pitne vode takšnim omrežjem.

[…]“

13 Člen 9(1) iste direktive določa:

„Za naročilo, ki naj bi zajemalo več dejavnosti, veljajo pravila za dejavnost, za katero je pretežno namenjeno.

Vendar se odločitev o oddaji enega naročila ali več ločenih naročil sme sprejeti z namenom izključitve takega naročila iz področja uporabe te direktive ali, kjer je to primerno, Direktive 2004/18/ES.“

14 Člen 18 Direktive 2004/17 določa:

„Ta direktiva se ne uporablja za koncesije za gradnje in storitve, ki jih oddajo naročniki, ki opravljajo eno ali več dejavnosti iz členov 3 do 7, če se te koncesije podelijo za izvajanje takih dejavnosti.“

Nacionalna ureditev

15 Zakonska uredba št. 267 o enotnem besedilu zakonov o organizaciji lokalnih skupnosti (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) z dne 18. avgusta 2000 (redni

dodatek h GURI št. 227 z dne 28. septembra 2000), kakor je bila spremenjena z uredbo-zakonom št. 269, ki vsebuje nujne določbe za spodbujanje razvoja in izboljšanje javnih financ (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), z dne 30. septembra 2003 (redni dodatek h GURI št. 229 z dne 2. oktobra 2003), in ki je bila po spremembah z zakonom št. 326 z dne 24. novembra 2003 (redni dodatek h GURI št. 274 z dne 25. novembra 2003) preoblikovana v zakon (v nadaljevanju: zakonska uredba št. 267/2000), v členu 113(5) določa:

„Opravljanje storitev [lokalne javne službe, ki jo opravlja lokalna skupnost] se izvaja v skladu z ureditvijo, ki velja za sektor, in ob spoštovanju ureditve Evropske unije, kadar se storitev odda:

(a) kapitalskim družbam, ki so izbrane v postopku javnega razpisa;

(b) družbam z mešanim javnim in zasebnim kapitalom, v katerih se zasebni družbenik izbere na podlagi postopka javnega razpisa, ki zagotavlja spoštovanje nacionalne ureditve in ureditve Skupnosti na področju konkurence v skladu s smernicami, ki jih sprejmejo pristojni organi s posebnimi akti in okrožnicami;

(c) družbam z izključno javnim kapitalom pod pogojem, da javni organ oziroma javni organi, ki so lastniki družbenega kapitala, nadzorujejo družbo podobno kot svoje službe in če ta družba pretežni del svoje dejavnosti opravlja z javnim organom ali javnimi organi, ki jo nadzorujejo."

Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

16 Provincia Regionale di Ragusa in tamkajšnje občine so 10. julija 2002 sklenile sporazum o sodelovanju, s katerim je bil ustanovljen Ambito Territoriale Ottimale (optimalno območje, v nadaljevanju: ATO) Idrico di Ragusa (za oskrbo z vodo v Ragusi), lokalni organ, ki mu je bila zaupana celostna oskrba z vodo v Ragusi.

17 Conferenza, upravni organ ATO, je 26. marca 2004 za obliko upravljanja zadevne javne službe izbrala „mešano družbo s pretežno javnim kapitalom“ iz člena 113(5)(b) zakonske uredbe št. 267/2000.

18 Conferenza je 7. junija 2005 odobrila osnutek ustanovitvenega akta delniške družbe in osnutek statuta ter osnutek pogodbe o upravljanju navedene javne službe, katere člen 1 določa, da bo opravljanje javne storitve dodeljeno neposredno in izključno družbi z mešanim kapitalom, ki se ustanovi (upravljavec javne službe celostne oskrbe z vodo).

19 Za tem je bilo v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* z dne 8. oktobra 2005 (UL S 195) objavljeno obvestilo o razpisu za izbiro podjetja, zasebnega manjšinskega delničarja, ki mu bo zaupana operativna dejavnost javne službe celostne oskrbe z vodo in izvajanje del, povezanih z izključnim upravljanjem te javne službe, in sicer zlasti del, predvidenih s triletnim operativnim planom, ki ga je potrdila skupščina županov 15. decembra 2003.

20 V smislu člena 1(8) razpisnih pogojev „je treba izvesti gradnje, ki so razvidne iz triletnega operativnega načrta, kakor je bil spremenjen in/ali dopolnjen z razpisom, ter iz načrta o dodatnih informacijah, ki je določen v razvojnem načrtu […]“ in „je treba za

oddajo gradenj, ki jih ne izvede neposredno zasebni delničar, izvesti razpisne postopke, ki so določeni z zakonom."

21 Tri začasna združenja podjetij, ki so jih vodile pooblaščene družbe Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset in Aqualia SpA, so sodelovala v postopku javnega razpisa. Komisija, pristojna za oddajo naročila, je izključila družbo Aqualia SpA in dopustila drugi dve. Odgovorni za postopek javnega naročila je ti družbi pozval, naj se izjasnita, ali ju sodelovanje še zanima. Družba Acoset je edina pritrdilno odgovorila na ta poziv.

22 Iz predložitvene odločbe je še razvidno, da se je Conferenza zaradi bojazni, da je izvedeni postopek nezakonit z vidika prava Skupnosti, namesto da bi zabeležila oddajo naročila in nadaljevala z ustanovitvijo upravljavske družbe z mešanim kapitalom – da bi se začela zadevna storitev opravljati ter bi se črpala skupnostna sredstva – na seji 26. februarja 2007 odločila sprejeti ukrepe za razveljavitev postopka izbire družbe Acoset. Zato je operativni tehnični sekretariat ATO z dopisom z dne 28. februarja 2007 družbo Acoset obvestil o začetku postopka za razveljavitev, družba Acoset pa je v zvezi s tem predložila pripombe z dopisom z dne 26. marca 2007.

23 Conferenza je 2. oktobra 2007 podprla razveljavitev zadevnega postopka javnega razpisa in kot obliko upravljanja javne službe celostne oskrbe z vodo v Ragusi izbrala „konzorcij". Z dopisom z dne 9. oktobra istega leta je bila družba Acoset obveščena o razveljavitvi postopka javnega razpisa.

24 Družba Acoset s tožbo v postopku v glavni stvari zoper odločbo z dne 2. oktobra 2007 in zoper akte, na katere se ta odločba nanaša, predlaga, naj se ji priznata pravica do odškodnine v obliki dodelitve naročila in odškodnina za škodo, ki ji je nastala zaradi izpodbijanih aktov. Družba Acoset predlaga tudi začasno zadržanje izvrševanja teh aktov.

25 Po mnenju družbe Acoset je neposredna oddaja upravljanja lokalnih javnih služb v skladu s členom 113(5)(b) zakonske uredbe št. 267/2000 družbam z mešanim kapitalom, v katerih je bil zasebni družbenik izbran s postopkom javnega razpisa, s katerim so bile spoštovane skupnostne določbe s področja konkurence, združljiva s pravom Skupnosti.

26 Tožene stranke v glavni stvari nasprotno menijo, da pravo Skupnosti dopušča tako neposredno oddajo brez javnega razpisa gradenj in storitev le za družbe, ki so v celoti v javni lasti in ki pretežni del svoje dejavnosti opravljajo z javnim organom ali javnimi organi, ki jih nadzorujejo in nad katerimi ti organi izvajajo podoben nadzor, kot ga izvajajo nad svojimi službami. Lastniški delež, četudi manjšinski, zasebnega podjetja v družbi, katere solastnik je tudi zadevni naročnik, vsekakor izključuje možnost, da ta naročnik nad to družbo izvaja podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami (glej zlasti sodbo z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, C-26/03, ZOdl., str. I-1).

27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia meni, da je vprašanje združljivosti neposredne oddaje zadevnega naročila s pravom Skupnosti, ki ga je sprožila družba Acoset, pomembno in da odgovor nanj ni jasno razviden iz sodne prakse Sodišča.

28 V teh okoliščinah je Tribunale amministrativo regionale della Sicilia prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je oblika družbe z mešanim kapitalom – ki je ustanovljena posebej za opravljanje določene javne storitve z gospodarskim značajem in ima samo eno poslovno dejavnost – ki ji je zadevna storitev neposredno oddana ter v kateri se zasebni ‚gospodarski' in ‚operativni' družbenik izbere na podlagi razpisnega postopka po predhodnem preverjanju finančnih in tehničnih zahtev ter tudi operativnih in upravljavskih zahtev, ki se nanašajo na javno storitev, ki jo je treba zagotoviti, in na posebne storitve,

ki jih je treba opraviti, v skladu s pravom Skupnosti, zlasti z zahtevama po preglednosti in svobodni konkurenci iz členov 43 ES, 49 ES in 86 ES?“

Dopustnost

29 Avstrijska vlada meni, da je treba ugotoviti, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe nedopusten, ker predložitvena odločba ne vsebuje dovolj informacij o dejanskem in pravnem okviru postopka v glavni stvari, da bi lahko Sodišče koristno odgovorilo na vprašanje za predhodno odločanje. Manjkale naj bi zlasti informacije o posebnosti zadevne storitve ali storitev, o vsebini javnega razpisa in o postopku oddaje naročila ter o nekaterih pojmih, ki so bili uporabljeni v predloženem vprašanju.

30 Glede informacij, ki jih je treba predložiti Sodišču v okviru predložitvene odločbe, je treba spomniti, da te niso namenjene samo Sodišču, da bi lahko podalo koristne odgovore, ampak da morajo tudi vladam držav članic in drugim zainteresiranim strankam omogočiti predložitev stališč v skladu s členom 23 Statuta Sodišča. Iz ustaljene sodne prakse na eni strani izhaja, da je nujno, da nacionalno sodišče opredeli dejanski položaj in pravni okvir, v katerem se postavljajo vprašanja, ki jih predlaga, ali da vsaj razloži dejanske primere, na katerih so temeljijo ta vprašanja. Na drugi strani pa morajo biti v predložitveni odločbi navedeni jasni razlogi, ki so nacionalnemu sodišču vzbudili vprašanja glede razlage prava Skupnosti in zaradi katerih meni, da je treba na Sodišče nasloviti vprašanja za predhodno odločanje. V teh okoliščinah je nujno, da nacionalno sodišče vsaj minimalno obrazloži razloge, zakaj je izbralo določbe Skupnosti, katerih razlago predlaga, in povezavo, ki jo je ugotovilo med temi določbami in nacionalno zakonodajo, ki se uporablja v sporu o glavni stvari (glej zlasti sodbo z dne 6. marca 2007 v združenih zadevah Placanica in drugi, C-338/04, C-359/04 in C-360/04, ZOdl., str. I-1891, točka 34).

31 Predložitvena odločba Tribunale amministrativo regionale della Sicilia izpolnjuje te zahteve.

32 Nacionalno sodišče namreč omenja nacionalne določbe, ki se uporabljajo, in predložitvena odločba vsebuje opis dejanskega stanja, ki, čeprav je kratek, zadošča za razsojo Sodišča. Poleg tega navedeno sodišče navaja razloge, zakaj je menilo, da je treba Sodišču predložiti vprašanje za predhodno odločanje, glede na to, da vsebuje podroben opis nasprotujočih si stališč strank v postopku v glavni stvari glede razlage določb Skupnosti, ki so predmet vprašanja za predhodno odločanje, in glede na to, da po mnenju predložitvenega sodišča odgovor na navedeno vprašanje ni jasno razviden iz sodne prakse Sodišča.

33 Conferenza poleg tega meni, da družba Acoset nima nobenega pravnega interesa za pridobitev odgovora na zastavljeno vprašanje, ker je bil postopek za izbiro zasebnega družbenika v postopku v glavni stvari razveljavljen.

34 V zvezi s tem zadošča poudariti, da je člen 234 ES vzpostavil neposredno sodelovanje med Sodiščem in nacionalnimi sodišči v okviru postopka, ki ne poteka na predlog strank in med katerim so te le vabljene, da dajo izjave v zvezi z vprašanji, ki jih predlaga le nacionalno sodišče (glej v tem smislu zlasti sodbo z dne 9. decembra 1965 v zadevi Singer, 44/65, Recueil, str. 1191).

35 V teh okoliščinah je treba preučiti vprašanje predložitvenega sodišča.

Vprašanje za predhodno odločanje

36 Predložitveno sodišče želi z vprašanjem v bistvu izvedeti, ali členi 43 ES, 49 ES in 86 ES nasprotujejo neposredni oddaji javne storitve, ki vključuje predhodno izvedbo nekaterih gradenj, kakršna je v postopku v glavni stvari, družbi z mešanim, javnim in zasebnim, kapitalom, ki je bila ustanovljena posebej za opravljanje te storitve in ki ima eno samo poslovno dejavnost, v kateri je zasebni družbenik izbran na podlagi javnega razpisa in po predhodnem preverjanju finančnih in tehničnih zahtev ter tudi operativnih in upravljavskih zahtev, ki se nanašajo na javno storitev, ki jo je treba zagotoviti, in na posebnosti ponudbe glede storitev, ki jih je treba opraviti.

37 Najprej je treba poudariti, da bi lahko oddaja javne lokalne storitve celostne oskrbe z vodo, kakršna je v postopku v glavni stvari, glede na posebnosti protidajatve za to storitev spadala v opredelitev „javnih naročil storitev“ ali „koncesije za storitve“ v smislu členov 1(2)(d) in 4 Direktive 2004/18 ali, če je tak primer, členov 1(2)(d) in 3(b) Direktive 2004/17, katere člen 4(1)(a) določa, da se ta direktiva uporablja za zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo pitne vode ali dobavo pitne vode takšnim omrežjem.

38 Vprašanje, ali je treba neko dejavnost opredeliti kot „koncesijo za storitve“ ali kot „javno naročilo storitev“, je treba presojati izključno na podlagi prava Skupnosti (glej zlasti sodbo z dne 18. julija 2007 v zadevi Komisija proti Italiji, C-382/05, ZOdl., str. I-6657, točka 31).

39 Razlika med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve je v protidajatvi za opravljanje storitev (glej zlasti sodbo z dne 10. septembra 2009 v zadevi WAZV Gotha, C-206/08, ZOdl., str. I-8377, točka 51). Pri „javnem naročilu storitev“ v smislu direktiv 2004/18 in 2004/17 naročnik plača neposredno ponudniku storitev (glej zlasti sodbo z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 39).

Za koncesijo za storitve gre, če je dogovorjen način plačila pravica do izkoriščanja storitev in če ponudnik prevzame vsa tveganja, povezana z izkoriščanjem zadevne storitve (glej zlasti sodbo z dne 13. novembra 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-437/07, točki 29 in 31, in zgoraj navedeno sodbo WAZV Gotha, točki 59 in 68).

40 Predložitveno sodišče se na družbo z mešanim kapitalom sklicuje kot na „koncesionarja“ za upravljanje javne službe celostne oskrbe z vodo. Iz spisa je razvidno, da je določeno trajanje službe trideset let.

41 Tudi italijanska vlada meni, da gre očitno za oddajo javne storitve na podlagi tridesetletne koncesije, za katero je glavna protidajatev možnost zahtevati plačilo od uporabnikov oskrbe z vodo po ceniku, ki je naveden v javnem razpisu, v zameno za opravljeno storitev.

42 Sodišče torej izhaja iz predpostavke, da gre za koncesijo.

43 Sodišče je med drugim že priznalo obstoj koncesije za storitve v primerih, ko je plačilo ponudnika financirano s plačili uporabnikov javnega parkirišča, uporabnikov storitev javnega prevoza in omrežja kabelske televizije (glej zgoraj navedeno sodbo Parking Brixen, točka 40; sodbi z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV, C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 16, in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant, C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 24).

44 Člen 17 Direktive 2004/18 določa, da se brez poseganja v veljavnost člena 3 ta direktiva ne uporablja za koncesije za storitve. Člen 18 Direktive 2004/17 prav tako izključuje uporabo te direktive za koncesije za storitve, ki jih oddajo naročniki, ki opravljajo eno ali

več dejavnosti iz členov od 3 do 7, če se te koncesije podelijo za izvajanje takih dejavnosti.

45 Sicer pa ni sporno, da je izvedba gradenj, ki so povezane z izključnim upravljanjem javne službe celostne oskrbe z vodo iz postopka v glavni stvari, le pomožna v razmerju do glavnega predmeta koncesije, ki je opravljanje storitve, tako da je ni mogoče opredeliti kot „koncesijo za javne gradnje“ (glej v tem smislu zlasti sodbo z dne 19. aprila 1994 v zadevi Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Recueil, str. I-1329, točke od 26 do 28, in člen 9(1) Direktive 2004/17).

46 Čeprav so koncesijske pogodbe za opravljanje javnih storitev izvzete s področja uporabe direktiv 2004/18 in 2004/17, morajo javni organi, ki jih sklepajo, na splošno spoštovati temeljna pravila Pogodbe ES in zlasti načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ANAV, točka 18).

47 Določbe Pogodbe, ki se posebej uporabljajo za koncesije za javne storitve, vsebujeta zlasti člena 43 ES in 49 ES (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ANAV, točka 19).

48 Poleg načela prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva se za koncesije za javne storitve uporablja tudi načelo enakega obravnavanja ponudnikov, in to tudi kadar ne obstaja diskriminacija na podlagi državljanstva (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ANAV, točka 20).

49 Načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva vključujeta zlasti zahtevo po preglednosti, ki javnemu organu, ki podeljuje koncesijo, omogoča ugotoviti, ali sta bili ti dve načeli upoštevani. Zaradi te zahteve po preglednosti mora navedeni organ v dobro vseh potencialnih ponudnikov zagotoviti ustrezno

stopnjo obveščenosti javnosti, ki omogoča odprtje koncesije za storitve konkurenci in nadzor nad nepristranskostjo postopkov oddaje (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ANAV, točka 21).

50 Poleg tega je iz člena 86(1) ES razvidno, da države članice ne smejo ohraniti v veljavi nacionalne zakonodaje, ki omogoča oddajo koncesij za javne storitve brez razpisa, saj je ta v nasprotju s členoma 43 ES in 49 ES ter z načeli enakega obravnavanja, nediskriminacije in preglednosti (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ANAV, točka 23).

51 Pravila iz členov 12 ES, 43 ES in 49 ES ter iz splošnih načel, katerih poseben izraz so, naj na področju koncesij za izvajanje javne storitve ne bi veljala, kadar javni organ, ki podeljuje koncesijo, nadzoruje koncesionarja tako kot svoje službe in kadar ta subjekt sočasno opravlja dejavnost predvsem za organ, ki je njegov lastnik (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ANAV, točka 24). V takem primeru izvedba razpisa ni obvezna, čeprav sta sopogodbenik in naročnik pravno različna subjekta (glej zlasti sodbo z dne 10. septembra 2009 v zadevi Sea, C-573/07, ZOdl., str. I-8127, točka 36).

52 Ta sodna praksa je upoštevna za razlago direktiv 2004/18 in 2004/17 ter členov 43 ES in 49 ES kot tudi za razlago splošnih načel, katerih poseben izraz so (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Sea, točka 37).

53 Udeležba, čeprav manjšinska, zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, izključuje možnost, da bi lahko ta naročnik nad to družbo izvajal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Sea, točka 46).

54 Tak je primer koncesije v postopku v glavni stvari, saj mora zasebni družbenik vpisati 49 % kapitala družbe z mešanim kapitalom, ki se ji podeli zadevna koncesija.

55 V teh okoliščinah je treba natančneje opredeliti, ali je oddaja zadevne javne storitve družbi z mešanim kapitalom brez posebnega razpisa združljiva s pravom Skupnosti, če je bil javni razpis za izbiro zasebnega družbenika, ki prevzame celotno upravljanje službe oskrbe z vodo izpeljan v skladu s členoma 43 ES in 49 ES ter v skladu z načeloma enakega obravnavanja in nediskriminacije na podlagi državljanstva kot tudi obveznosti preglednosti, ki iz tega izhaja.

56 Iz sodne prakse je razvidno, da bi oddaja javnega naročila podjetju z mešanim kapitalom brez razpisnega postopka ogrozila cilj proste in neizkrivljene konkurence in načelo enakega obravnavanja, ker bi tak postopek zasebnemu podjetju, ki je udeleženo v kapitalu tega podjetja, dajal prednost pred njegovimi tekmeci (zgoraj navedena sodba Stadt Halle in RPL Lochau, točka 51, in sodba z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji, C-29/04, ZOdl., str. I-9705, točka 48).

57 Sicer pa, kot je razvidno iz točke 2.1 Razlagalnega sporočila Komisije o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva (UL 2008, C 91, str. 4), dejstvo, da zasebno podjetje in naročnik sodelujeta v okviru podjetja z mešanim kapitalom, ne upravičuje neupoštevanja določb o javnih naročilih in koncesijah pri oddaji javnih naročil ali koncesij temu zasebnemu podjetju ali podjetju z mešanim kapitalom.

58 Vendar, kot je generalni pravobranilec poudaril v točki 85 sklepnih predlogov, naj bi bila uporaba dvojnega postopka javnega razpisa težko združljiva s splošno shemo postopka, ki velja za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva, kakršno je to v postopku v glavni stvari, ki v enem samem postopku združuje izbiro zasebnega gospodarskega

partnerja in oddajo koncesije subjektu z mešanim kapitalom, ki se ga ustanovi samo s tem namenom.

59 Čeprav se zdi neizvedba javnega razpisa pri oddaji javne storitve nezdružljiva s členoma 43 ES in 49 ES ter z načeloma enakega obravnavanja in nediskriminacije, izbira zasebnega družbenika ob spoštovanju zahtev, na katere je bilo opozorjeno v točkah od 46 do 49 te sodbe, in izbor meril za izbiro zasebnega družbenika omogočata popravo tega položaja, saj morajo kandidati poleg sposobnosti postati družbenik dokazati predvsem tehnične sposobnosti za dobavo storitve in ekonomske ter druge prednosti svoje ponudbe.

60 Ker merila za izbiro zasebnega družbenika ne temeljijo le na vloženem kapitalu, temveč tudi na tehnični sposobnosti tega družbenika in značilnostih njegove ponudbe glede posebnih storitev, ki jih je treba opraviti, in ker se zasebnemu družbeniku, tako kot v postopku v glavni stvari, zaupa operativna dejavnost zadevne službe, je mogoče šteti, da izbor koncesionarja posredno izhaja iz izbire navedenega družbenika, ki je bila opravljena na koncu postopka, v katerem so bila spoštovana načela prava Skupnosti, tako da drugi razpisni postopek za izbiro koncesionarja ne bi bil utemeljen.

61 Tako bi uporaba dvojnega postopka, sprva izbire zasebnega partnerja v družbi z mešanim kapitalom in nato oddaje koncesije navedeni družbi, lahko zasebne subjekte in javne organe odvračala od ustanavljanja institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev, kakršno je v postopku v glavni stvari, zaradi dolgotrajnosti, ki je značilna za take postopke, in pravne negotovosti glede oddaje koncesije predhodno izbranemu zasebnemu partnerju.

62 Pojasniti je treba, da mora družba z mešanim – javnim in zasebnim – kapitalom, kakršna je v postopku v glavni stvari, ves čas trajanja koncesije ohraniti isto poslovno

dejavnost in da vsaka bistvena sprememba pogodbe povzroči obveznost izvedbe razpisa (glej v tem smislu sodbo z dne 19. junija 2008 v zadevi pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ZOdl., str. I-4401, točka 34).

63 Upoštevajoč zgornje ugotovitve je treba na predloženo vprašanje odgovoriti, da členi 43 ES, 49 ES in 86 ES ne nasprotujejo neposredni oddaji javne storitve, ki vključuje predhodno izvedbo nekaterih gradenj, kakršna je v postopku v glavni stvari, družbi z mešanim – javnim in zasebnim – kapitalom, ki je bila ustanovljena posebej za opravljanje te storitve in ki ima eno samo poslovno dejavnost, v kateri je zasebni družbenik izbran na podlagi javnega razpisa in po predhodnem preverjanju finančnih, tehničnih, operativnih in upravljavskih zahtev, ki se nanašajo na javno storitev, ki jo je treba zagotoviti, in na posebnosti ponudbe glede storitev, ki jih je treba opraviti, pod pogojem, da je zadevni javni razpis v skladu z načeli svobodne konkurence, preglednosti in enakega obravnavanja, ki jih Pogodba določa za koncesije.

Stroški

64 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (tretji senat) razsodilo:

Členi 43 ES, 49 ES in 86 ES ne nasprotujejo neposredni oddaji javne storitve, ki vključuje predhodno izvedbo nekaterih gradenj, kakršna je v postopku v glavni stvari, družbi z mešanim – javnim in zasebnim – kapitalom, ki je bila ustanovljena posebej za opravljanje te storitve in ki ima eno samo poslovno dejavnost, v kateri je zasebni družbenik izbran na podlagi javnega razpisa in po predhodnem

preverjanju finančnih, tehničnih, operativnih in upravljavskih zahtev, ki se nanašajo na javno storitev, ki jo je treba zagotoviti, in na posebnosti ponudbe glede storitev, ki jih je treba opraviti, pod pogojem, da je zadevni javni razpis v skladu z načeli svobodne konkurence, preglednosti in enakega obravnavanja, ki jih Pogodba določa za koncesije.

Podpisi