SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE CHRISTINE STIX-HACKL,

predstavljeni 12. aprila 2005[1]

I – Uvodne ugotovitve

1. Obravnavani postopek za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na pomen primarnega prava na področju javnih naročil. Gre zlasti za vprašanje, kakšne obveznosti izhajajo iz temeljnih svoboščin za naročnike. S tem se v tem postopku obenem omogoča podrobnejša konkretizacija sodne prakse Sodišča, zlasti sodbe v zadevi Telaustria.[2]

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

2. V okviru sekundarnega prava Skupnosti na področju oddaje javnih naročil je treba navesti naslednje pravne akte (v nadaljevanju: direktive), ki so jih med tem že nadomestile nove direktive (tako imenovani zakonodajni paket):

— od tako imenovanih klasičnih direktiv Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev[3] (v nadaljevanju: direktiva o storitvah) in

— Direktivo Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju[4] (v nadaljevanju: sektorska direktiva).

1 — Jezik izvirnika: nemščina.

2 — Sodba Sodišča z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745).

3 — UL L 209, str. 1, spremenjena.

4 — UL L 199, str. 84, spremenjena.

B – *Nacionalno pravo*

3. Člen 22(3) zakona št. 142 z dne 8. junija 1990 o organizaciji lokalne samouprave[5] je občinam in pokrajinam omogočal opravljanje lokalnih javnih služb, ki sodijo v njihovo pristojnost, v eni od oblik, določenih v točkah od a do e navedenega člena:

a) v obliki režijskega obrata, če zaradi omejenega obsega ali posebnosti javne službe ni primerno ustanoviti zavoda ali podjetja;

b) s podelitvijo („concessione") tretjim osebam, če za to obstajajo tehnični, gospodarski ali socialni razlogi;

c) v posebnih podjetjih za zagotavljanje večjega števila služb gospodarskega in poslovnega pomena;

d) v zavodih, in sicer za zagotavljanje socialnih služb brez poslovnega interesa;

e) s posredovanjem delniških družb ali družb z omejeno odgovornostjo s pretežno javnim kapitalom, ki ga je ustanovil ali ima v njem delež subjekt, ki zagotavlja javno službo.

III – Dejansko stanje, spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

4. Consorzio Aziende Metano (v nadaljevanju: Co.Na.Me.) je imel z občino Cingia de' Botti za obdobje od 1. januarja 1999 do 31. decembra 2000 sklenjeno „pogodbo o vzdrževanju, vodenju in nadzoru omrežja za plin metan".

5. Občina Cingia de' Botti je z dopisom z dne 30. decembra 1999 Co.Na.Me. obvestila, da je občinski svet s sklepom z dne 21. decembra 1999 odobril „sporazum s Padania Acque SpA o vodenju distribucije in nadzoru naprave za plin". Z navedenim sklepom je bil odobren tudi osnutek pogodbe med Padania Acque SpA (v nadaljevanju: Padania) in občino Cingia de' Botti.

6. Družba Padania je podjetje v pretežno državni lasti, ki je nastalo s prenosom nekdanjega Consorzio per l'acqua potabile

5 — GURI št. 135 z dne 12. junija 1990. Ta zakon je bil povzet v členu 113 zakonske uredbe št. 267 z dne 18. avgusta 2000. Ta določba je bila pozneje spremenjena s členom 35, odstavek 1, zakona št. 448 z dne 28. decembra 2001 (*legge finanziaria* za leto 2002).

(konzorcij za pitno vodo) na občine pokrajine Cremona. V njej so udeležene skoraj vse občine te pokrajine, med njimi tudi Cingia de' Botti z 0,97-odstotno kapitalsko udeležbo in pokrajina Cremona.

7. Ob upoštevanju pravne oblike tega podjetja so mu bile zadevne storitve naložene neposredno na podlagi člena 22(3)(e) zakona št. 142.

8. Co.Na.Me. je pri Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Sezione staccata di Brescia vložil zahtevo za razveljavitev občinskega sklepa. Nacionalno sodišče je Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali so členi 43 ES, 49 ES in 81 ES, ki prepovedujejo omejitve pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice in omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti za državljane držav članic ter trgovinska in podjetniška ravnanja, ki bi lahko preprečevala, omejevala ali izkrivljala konkurenco v Evropski uniji, v nasprotju z neposredno oddajo naročila, to je brez razpisnega postopka, opravljanja javne službe distribucije plina družbi, v kateri ima občina delež v osnovnem kapitalu, kadar je delež v osnovnem kapitalu družbe tak, da ne dopušča neposrednega nadzora nad samim upravljanjem, in ali je zato treba pritrditi temu, da kot v obravnavanem primeru, ko je kapitalski delež 0,97 %, niso izpolnjeni pogoji za opravljanje *in house*?"

IV – O dopustnosti

9. V zvezi z obravnavanim predlogom za sprejetje predhodne odločbe se postavlja več vprašanj glede dopustnosti.

A – *Člen 81 ES*

10. Dvomi o dopustnosti vprašanja za predhodno odločanje se porajajo v povezavi s členom 81 ES.

11. Kot izhaja iz ustaljene sodne prakse Sodišča, mora nacionalno sodišče navesti natančne razloge, zakaj se sprašuje o razlagi prava Skupnosti in zakaj meni, da je treba

predložiti vprašanja za predhodno odločanje.[6] Tako je Sodišče odločilo, da je neobhodno potrebno, da nacionalno sodišče poda vsaj najmanjša pojasnila o razlogih za izbor določb prava Skupnosti, katerih razlago zahteva, in o povezavi med temi določbami in nacionalnimi predpisi, ki se uporabijo v sporu.[7]

12. Poleg tega je Sodišče odločilo, da ni pristojno za odločanje o vprašanjih za predhodno odločanje, če je očitno, da zahteva za razlago prava Skupnosti nima nikakršne zveze z dejanskim stanjem ali s predmetom spora o glavni stvari.[8]

13. Kar zadeva navedene zahteve sodne prakse Sodišča, ki se nanašajo na dopustnost vprašanj za predhodno odločanje, je treba ugotoviti, da se analize člena 81 ES v predložitvenem sklepu, ne glede na njegovo besedilo, nanašajo na to, da je svobodna konkurenca splošno načelo prava Skupnosti in da poseg vanjo pomeni posebno izjemo, ki je dopustna samo pod določenimi pogoji.

14. Vendar predložitveni sklep ne izpolnjuje zahtev, ki izhajajo iz zgoraj navedene sodne prakse v zvezi z utemeljitvijo zahteve za razlago določbe prava Skupnosti.

15. Poleg tega so skladno z ustaljeno sodno prakso vprašanja za prehodno odločanje dopustna samo, če predložitveni sklep vsebuje zadostne navedbe o dejanskem stanju spora o glavni stvari.[9]

16. Pri tem je treba v konkurenčnem pravu, h kateremu sodi tudi člen 81 ES, ki ureja prepoved kartelov, uporabiti posebej stroga merila.[10]

17. V zvezi s členom 81 ES predložitveni sklep prav tako ne izpolnjuje zahtev glede dejanskega okvirja. Tako v predložitvenem sklepu zlasti manjkajo navedbe o udeleženih podjetjih in o ravnanjih, ki po mnenju predložitvenega sodišča spadajo pod člen 81 ES.

6 — Sklepi z dne 12. marca 2004 v zadevi Austroplant-Arzneimittel (C-54/03, neobjavljeno v Recueil, točka 11), z dne 25. junija 1996 v zadevi Italia Testa (C-101/96, Recueil, str. I-3081, točka 6), z dne 30. aprila 1998 v združenih zadevah Testa in Modesti (C-128/97 in C-137/97, Recueil, str. I-2181, točka 15) ter z dne 8. julija 1998 v zadevi Agostini (C-9/98, Recueil, str. I-4261, točka 6).

7 — Sklepi v zadevi C-54/03 (navedena v opombi 6), točka 11, z dne 7. aprila v zadevi Grau Gomis in drugi (C-167/94, Recueil, str. I-1023, točka 9) in z dne 28. junija 2000 v zadevi Laguillaumie (C-116/00, Recueil, str. I-4079, točka 16).

8 — Sklep v zadevi C-54/03 (navedena v opombi 6), točka 12, ter sodbi Sodišča z dne 13. marca 2001 v zadevi PreussenElektra (C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 39) in z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, str. I-607, točka 19).

9 — Sodba Sodišča z dne 26. januarja 1993 v združenih zadevah Telemarsicabruzzo in drugi (C-320/90, C-321/90 in C-322/90, Recueil, str. I-393, točka 6) ter sklepi z dne 19. marca 1993 v zadevi Banchero (C-157/92, Recueil, str. I-1085, točka 4), v zadevah C-128/97 in C-137/97 (navedeni v opombi 6), točka 5, v zadevi C-9/98 (navedena v opombi 6), točka 4, in v zadevi C-54/03 (navedena v opombi 6), točka 10.

10 — Sodba Sodišča z dne 13. aprila 2000 v zadevi Lehtonen in Castors (C-176/96, Recueil, str. I-2681, točka 22) ter sklepi v zadevi C-157/92 (navedena v opombi 9), točka 5, v zadevi C-116/00 (navedena v opombi 7), točka 19, in z dne 11. februarja 2004 v združenih zadevah Antonio Cannito (C-438/03, C-439/03, C-509/03 in C-2/04, Recueil, str. I-1605, točka 6).

18. V zvezi s členom 81 ES predložitveni sklep torej ne izpolnjuje predpostavk za dopustnost vprašanja za predhodno odločanje.

B – *Temeljne svoboščine*

19. Problemi glede dopustnosti vprašanja za predhodno odločanje se pojavljajo tudi v zvezi z omenjenimi temeljnimi svoboščinami (člena 43 ES in 49 ES).

20. Tako je Sodišče predlog za sprejetje predhodne odločbe iz iste države članice, ki se je prav tako nanašal na področje oddaje javnih naročil, zavrnilo kot nedopustnega, ker je imela družba, ki je dvomila o zakonitosti občinske izbire, sedež v Italiji in na italijanskem trgu ni delovala s sklicevanjem na pravico do ustanavljanja ali svobodo opravljanja storitev. Sodišče je razsodilo, da dejansko stanje tako ni povezano z nobenim od položajev, ki jih ureja pravo Skupnosti na področju prostega gibanja oseb in svobode opravljanja storitev. Če neki primer z nobenim od elementov ne presega meja države članice in s tem nima nobene zveze s položaji, ki jih ureja pravo Skupnosti na področju prostega gibanja oseb in svobode opravljanja storitev, se ne uporabijo temeljne svoboščine. Do takšnega sklepa je prišlo Sodišče v zadevi RI.SAN.[11]

21. Vendar je Sodišče predloge za sprejetje predhodnih odločb priznalo tudi kot dopustne in nanje odgovorilo z usmeritvami glede razlage in uporabe primarnega prava, čeprav je prav tako šlo za čisto notranji položaj.[12] Na področju oddaje javnih naročil je v tej zvezi treba omeniti zadevo Teleaustria[13], ki se je nanašala na spor, katerega stranke so bile iz iste države članice. Dalje je treba navesti zadevo Buchhändler-Vereinigung[14], v kateri so bila uporabljena načela iz zadeve Telaustria. Tudi v zadnjenavedenem postopku so bile vse stranke iz iste države članice. Enako velja za zadevo ARGE, v kateri je Sodišče kljub temu odgovorilo na vprašanje za predhodno odločanje glede razlage temeljne svoboščine.[15]

22. Postavlja se torej vprašanje, zakaj je Sodišče kljub podobnosti s primerom RI. SAN. v teh treh predlogih za sprejetje

11 — Sodba Sodišča z dne 9. septembra 1999 v zadevi RI.SAN. (C-108/98, Recueil, str. I-5219, točka 21 in nasl.).

12 — Glej tudi sodbo Sodišča z dne 5. marca 2002 v združenih zadevah Reisch in drugi (C-515/99, od C-519/99 do C-524/99 in od C-526/99 do C-540/99, Recueil, str. I-2157, točka 24 in nasl.), ki se sicer ni nanašala na pravo oddaje javnih naročil.

13 — Sodba Sodišča v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2).

14 — Sklep z dne 30. maja 2002 v zadevi Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, str. I-4685).

15 — Sodba Sodišča z dne 7. decembra 2000 v zadevi ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Recueil, str. I-11037), v zvezi s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje.

predhodne odločbe, ki so se nanašali na oddajo javnih naročil, v zadevi odločilo. Razlog za to bi lahko bilo dejstvo, da so bila vprašanja za predhodno odločanje v zadevah Teleaustria in Buchhändler-Vereinigung sama izrecno usmerjena v razlago direktiv. Za razliko od navedenega se vprašanje za predhodno odločanje v obravnavanem primeru izrecno nanaša na primarno pravo, zlasti na dve temeljni svoboščini.

23. Iz navedenega bi lahko sklepali, da je dopustnost vprašanja za predhodno odločanje odvisna od tega, na kaj se to izrecno nanaša, to je ali se nanaša na primarno pravo ali sekundarno pravo.[16]

24. Za dopustnost vprašanja za predhodno odločanje v obravnavanem postopku v zvezi s spornimi temeljnimi svoboščinami govorita dva razloga: postopkovni in materialni.

25. V postopkovnem smislu je treba opozoriti, da je cilj Sodišča v postopku za sprejetje predhodne odločbe, da predložitvenemu sodišču poda koristen odgovor. Navedeno v določenih primerih privede celo do tega, da Sodišče vprašanja za predhodno odločanje preoblikuje. V obravnavani zadevi to ni mogoče, ker se vprašanje izrecno nanaša na razlago primarnega prava in ne na razlago direktiv in ker je nacionalno sodišče to potrdilo tudi v pisnem odgovoru na vprašanje Sodišča v zvezi s tem.

26. Vprašanje, ali gre pri tem v sporu o glavni stvari za koncesijo ali naročilo v smislu prava Skupnosti, lahko nenazadnje ostane odprto. Za Sodišče namreč zadošča obstoj vprašanj za predhodno odločanje, ki mu „dajejo priložnost za nadaljnja navodila glede razlage, ki bi se *lahko* izkazala kot koristna za razrešitev spora o glavni stvari".[17] *Dejanska* uporaba pri konkretnem dejanskem stanju spora o glavni stvari torej ne bi smela biti merilo.

27. Z materialnega vidika velja svarilo pred dogmatizacijo razlogovanja v zadevi RI.SAN. Zlasti na področju prava oddaje javnih naročil, ki je usmerjeno v odpiranje nacionalnih trgov, namreč ne sme biti pomembno, ali so v konkretnem postopku oddaje javnega naročila in/ali nadaljnjem nacionalnem revizijskem postopku vsi udeleženci iz iste države članice kot naročnik.[18] Navedeno bi namreč lahko upoštevali kot pokazatelj za to, da v postopku oddaje javnega naročila ni bila izpolnjena zahteva po zadostni publiciteti,

16 — Glej v nasprotju z navedenim sodbo Sodišča z dne 5. decembra 2000 v zadevi Guimont (C-448/98, Recueil, str. I-10663). V tej zadevi se je vprašanje za predhodno določanje nanašalo izrecno na razlago primarnega prava.

17 — Sodba Sodišča v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2), točka 59; poudarjeno z moje strani.

18 — Glej npr. tudi okoliščine v sodbi Sodišča v zadevi C-94/99 (navedena v opombi 15).

zaradi česar se postopka ni mogla udeležiti nobena tuja družba. To ne velja samo za direktive s področja javnih naročil, temveč tudi za zadevne temeljne svoboščine. Varstvo morajo zaradi tega uživati ne samo družbe, ki so dejansko udeležene v postopku oddaje javnega naročila, temveč tudi morebitni ponudniki. Morebitna prizadetost družb iz drugih držav članic torej že zadošča za obstoj čezmejnega položaja, s čimer je izpolnjena predpostavka za uporabo temeljnih svoboščin.

28. Navedeni razlogi govorijo za dopustnost vprašanja za predhodno odločanje, kolikor se nanaša na temeljne svoboščine iz členov 43 ES in 49 ES.

V – Utemeljenost

29. V obsegu, v katerem je dopustno, se vprašanje za predhodno odločanje v bistvu nanaša na obseg členov 43 ES in 49 ES, in sicer zlasti na obveznosti ali prepovedi iz teh členov za postopke oddaje javnih naročil.

30. Tako se nanaša na bistven del usmeritev, ki jih je Sodišče označilo kot „temeljna pravila Pogodbe na splošno in posebej načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva“.[19]

A – *Uvodna pojasnila glede uporabljenih pravnih predpisov*

31. Čeprav se vprašanje za predhodno odločanje izrecno nanaša na razlago določenih določb primarnega prava, navedeno *eo ipso* ne pomeni, da je te določbe treba tudi uporabiti.

32. Njihova uporaba je veliko bolj odvisna od tega, ali konkretni postopek oddaje javnega naročila, ki je predmet spora o glavni stvari, izpolnjuje predpostavke za uporabo teh določb primarnega prava.

33. Pri tem ni odločilno, da je nacionalno sodišče postopek oddaje javnega naročila označilo kot „concessione“, ker bi se lahko ta opis nanašal tudi na nacionalno pravo, ki ta pojem pozna. Vendar ni potrebno, da je nacionalni pojem skladen z opredelitvijo v

19 — Sodba Sodišča v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2), točka 60; potrjena z drugim besedilom v sklepu z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard (C-59/00, Recueil, str. I-9505, točka 20).

pravu Skupnosti. Čeprav bi nacionalni sodnik imel v mislih Skupnostni pojem koncesije, to še ne pomeni, da je ta opredelitev upoštevna tudi v sporu o glavni stvari.

34. Čeprav bi bile izpolnjene predpostavke za uporabo sekundarnega prava, ostaja še ena nejasnost, in sicer, katera direktiva velja za konkretno dejansko stanje. V zvezi s tem je namreč treba opomniti, da Sodišču niso znane vse upoštevne podrobnosti konkretnega dejanskega stanja.

35. Ker so občine kot samoupravne lokalne skupnosti javni naročniki v smislu klasičnih direktiv s področja javnega naročanja in tudi v smislu sektorske direktive, bi bilo treba določiti cilj oddaje javnega naročila. Od tega cilja je namreč odvisno, katero direktivo je treba uporabiti.[20]

36. Čeprav bi se izkazalo, da se ne uporabi – v razmerju do drugih direktiv specialna – sektorska direktiva, še vedno ni jasno, katera od klasičnih direktiv s področja javnih naročil velja za oddajo javnega naročila. Za to je odločilno, kakšen je predmet oddaje javnega naročila, torej ali se nanaša na dobavo blaga, na primer dobavo energije, ali na opravljanje storitev, kot na primer oskrbo. Če gre za mešano javno naročilo, katerega predmet je torej oboje, je na podlagi člena 2 direktive o storitvah odločilna vrednost sestavnih delov javnega naročila.

37. Da gre v sporu o glavni stvari za takšno mešano javno naročilo, sicer ni mogoče razbrati iz dokumentacije spisa, vendar to v povezavi s prakso v zadevni državi članici ni izključeno, na kar kaže tudi odločitev, ki jo je Sodišče sprejelo v enem od postopkov za sprejetje predhodne odločbe.[21]

38. Kot v zadevi RI.SAN., Sodišče ne more preizkusiti pravilnosti navedb predložitvenega sodišča, na podlagi katerih se spor o glavni stvari ne nanaša na oddajo javnega naročila storitve.[22]

39. Čeprav konkretna oddaja javnega naročila načeloma izpolnjuje vse predpostavke za uporabo ene od direktiv, bi bila lahko v konkretnem postopku oddaje javnega naročila uporaba zadevne direktive izključena. Tako bi lahko v obravnavani zadevi poleg ene od izrecno navedenih izjem v direktivah, kot npr. člen 13 sektorske direktive, uporabili

20 — Glej v zvezi s tem sodbi Sodišča z dne 10. aprila 2003 v združenih zadevah Komisija proti Nemčiji (C-20/01 in C-28/01, Recueil, str. I-3609) in z dne 18. novembra 2004 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-126/03, ZOdl., str. I-11197).

21 — Sklep z dne 14. novembra 2002 v zadevi Comune di Udine (C-310/01, neobjavljen v ZOdl.).

22 — Sodba Sodišča v zadevi C-108/98 (navedena v opombi 11), točka 20.

tudi katero izmed nepisanih, s strani Sodišča oblikovanih izjem, kot npr. v sodbi v zadevi Stadt Halle[23] navedena izjema Teckal[24] za tako imenovana javna naročila kvazi *in house*. V tem primeru bi se uporabilo primarno pravo.

40. To bi lahko bil tudi razlog, da nacionalno sodišče vprašanje za predhodno odločanje omeji na razlago primarnega prava.

41. Če se ne more uporabiti nobena od direktiv, bi bile namreč lahko za rešitev te zadeve odločilne temeljne svoboščine, ki državam članicam nalagajo obveznosti enakega obravnavanja in zagotavljanja preglednosti v razmerju do udeležencev na trgu iz drugih držav članic.

B – *Temeljne svoboščine in pozitivne obveznosti*

42. Ta postopek, v katerem gre za vprašanje, katere obveznosti nalagajo temeljne svoboščine, določene v členih 43 ES in 49 ES, naročnikom, se nanaša na temeljno vprašanje, ali temeljne svoboščine ne določajo samo prepovedi v obliki omejitev ravnanja držav članic, temveč tudi pozitivne obveznosti, in če, katere.

43. Nekatere iz temeljnih svoboščin izhajajoče prepovedi bi lahko brez težav opredelili kot omejitve, ki so bile sicer tudi predmet številnih postopkov pred Sodiščem. S področja oddaje javnih naročil je treba opozoriti samo na prepoved, ki izhaja iz prostega pretoka blaga, in sicer da „[ima] javni naročnik prepoved v razpisni dokumentaciji zadevnega naročila določiti klavzulo, ki za izvedbo naročila predpisuje uporabo materiala določene blagovne znamke brez pristavka ‚ali ekvivalentne vrste'".[25]

44. Vendar okoliščine te zadeve in njihova obravnava s strani Sodišča nazorno kažejo na to, da lahko prepoved nekega ravnanja, in sicer v tem primeru določenega dodajanja, štejemo tudi kot obveznost nekega ravnanja, in sicer uporabe določenega dodatka.

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

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

25 — Sklep v zadevi C-59/00 (naveden v opombi 19), točka 24.

45. To ob upoštevanju okoliščin spora o glavni stvari v tem postopku za sprejetje predhodne odločbe pomeni, da jih lahko razumemo na najmanj dva načina. Po eni strani bi lahko ugotavljali, ali temeljne svoboščine – v smislu omejitev – določajo prepoved oddaje naročila na podlagi dogovora ali neposredne oddaje. Po drugi strani bi lahko ugotavljali, ali zavezujejo k zagotavljanju določene stopnje javnosti oziroma določene javne objave. Ali pridemo do pozitivne obveznosti ali ne, je odvisno od tega, ali se navezujemo na opustitev ali aktivno ravnanje.

46. Še iz enega razloga je nujno potrebno, da se za odgovor na vprašanje za predhodno odločanje v obravnavanih okoliščinah podrobneje predstavi problematika pozitivnih obveznosti.

47. Obravnavani primer lahko namreč obravnavamo z vidika tako imenovanega protipravnega ravnanja. Ravnanje naročnika ali koncedenta lahko namreč upoštevamo tudi kot poseg v pravico drugega, in sicer kot poseg v pravico udeležbe podjetja v postopku oddaje javnega naročila ali oddaje ponudbe. Države članice, skupaj z javnimi naročniki oziroma koncedenti, morajo zagotavljati spoštovanje te pravice, ki izhaja iz prava Skupnosti.

48. Zaradi celostnega obravnavanja zadeve je treba na koncu opozoriti še, da bi lahko obravnavani primer analizirali tudi z vidika, ali zadevnim samoupravnim lokalnim skupnostim nalaga obveznost varstva ali obveznost jamstva. V vsakem primeru ni sporno, da mora država članica, in s tem v konkretnem primeru tudi zadevna občina, zagotavljati temeljne svoboščine, v konkretnem primeru podjetij, to je potencialnih ponudnikov.

49. Ključno oporno točko za odgovor na vprašanje, ali temeljne svoboščine sploh vsebujejo *pozitivne obveznosti* in kakšna je njihova vsebina, ponuja sodna praksa Sodišča s področja obojestranskega priznavanja.

50. Iz te sodne prakse celo izhaja obveznost držav članic, da morajo določiti in uporabiti poseben postopek. Obveznost aktivnega ravnanja velja tako za zakonodajalca kot tudi za upravo in sodstvo. Iz temeljnih svoboščin izhajajoči cilji se zlasti nanašajo na vsebino postopka, kot na primer zahtevo po izvedbi določenega preizkusa. S procesnega vidika se ta preizkus podrobneje določi tako, da se predpiše njegova ciljna usmeritev in njegova metoda, in sicer izvedba s primerjavo določenih dokumentov. Poleg tega je treba

odločitve utemeljiti in jih je mogoče preizkusiti tudi s pravnimi sredstvi.[26]

51. Ta pravila lahko prenesemo na področje prava oddaje javnih naročil, v katerem gre prav tako za spoštovanje določenih postopkovnih načel. Tako iz dosedanje sodne prakse o medsebojnem priznavanju izhaja, da temeljne svoboščine državam članicam nalagajo določene postopkovne *obveznosti*.

52. Poleg temeljnih svoboščin je primarni pravni vir, iz katerega izhajajo postopkovna pravila, tudi člen 10 ES. V njegovem prvem odstavku je državam članicam nedvomno naloženo ravnanje („Države članice sprejmejo vse potrebne ukrepe [...]“) Iz te splošne in zelo temeljne določbe izhaja vsaj obveznost, da morajo biti postopki in s tem tudi postopki oddaje javnih naročil takšni, da države članice izpolnjujejo svoje materialne obveznosti, ki izhajajo iz prava Skupnosti.

53. V obsegu, v katerem iz prava Skupnosti, v tem postopku torej iz temeljnih svoboščin, izhajajo določene obveznosti, morajo države članice, vključno z občinami, tudi v zvezi z naročili ali koncesijami ustrezno ravnati, na primer spoštovati določene roke ali uresničiti določene javne objave.

54. S členom 10 ES sta poleg tega povezani iz njega izhajajoči načeli Skupnosti, in sicer načeli enakovrednosti in učinkovitosti, ki procesnemu pravu držav članic, skupaj s pravom postopka oddaje javnih naročil, postavljata določene meje. Ti načeli se ne nanašata samo na pravno varstvo, temveč že na fazo pred tem, in sicer na samo izvedbo postopkov oddaje javnih naročil. Pri tem je seveda treba vsak primer preizkusiti „ob upoštevanju pomena te določbe v celotnem postopku, glede na potek postopka in njegove posebnosti.“[27]

55. Ta načela primarnega prava, ki dopolnjujejo obveznosti držav članic, ki izhajajo iz temeljnih svoboščin, imajo velik pomen zlasti zunaj področja uporabe direktiv s področja javnih naročil.

56. Na koncu je treba spomniti še na splošna pravna načela, iz katerih lahko prav tako razberemo načela za nacionalno postop-

26 — Sodba Sodišča z dne 7. maja 1991 v zadevi Vlassopoulou (C-340/89, Recueil, str. I-2357, točka 16 in nasl.)

27 — Sodbi Sodišča z dne 10. aprila 2003 v zadevi Steffensen (C-276/01, Recueil, str. I-3735, točka 66) in z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex (C-327/00, Recueil, str. I-1877, točka 56).

kovno pravo, in ki so lahko prav tako pomembna v postopku oddaje javnih naročil. To velja zlasti za splošno načelo enakosti (načelo enakopravnega obravnavanja), ki presega prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva.

C – Obveznosti iz temeljnih svoboščin na področju oddaje javnih naročil

1. Omejitev veljavnosti temeljnih svoboščin

57. Čeprav je priznana načelna uporaba temeljnih svoboščin za javne naročnike in koncedente, navedeno še ne pomeni, da je sleherni postopek oddaje javnega naročila podvržen temeljnim svoboščinam.

58. Tako ni izključeno, da se naročnik ali koncedent upravičeno sklicuje na enega od številnih razlogov, ki upravičujejo neuporabo temeljnih svoboščin. Pri tem se ne upoštevajo samo razlogi, ki so izrecno urejeni v Pogodbi, kot npr. javna varnost in javno zdravje[28], temveč tudi splošni interesi v smislu sodne prakse v zadevi Cassis-de-Dijon.

59. Načelno uporabnost navedenih razlogov na področju podeljevanja koncesij je priznala tudi Komisija v enem od svojih sporočil.[29] Seveda morajo biti tudi na področju oddaje javnih naročil izpolnjene predpostavke za uporabo teh razlogov, kot npr. sorazmernost nacionalnega ukrepa, ki pa na tem mestu ne bodo podrobneje predstavljene.

60. Poleg navedenih razlogov, ki se nanašajo na temeljne svoboščine, je treba omeniti še v Pogodbi izrecno urejene izjeme. Tudi te se lahko uporabijo pri podeljevanju koncesij s posledico, da koncedenta ne zavezujejo pravila, ki izhajajo iz temeljnih svoboščin.

61. Tukaj se zlasti upoštevajo določbe, ki se nanašajo na različne vidike notranje in zunanje varnosti, ki so bile omenjene tudi na ustni obravnavi. Tako člen 296(1)(b) ES

28 — Na pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev se nanašata člena 45 ES in 55 ES.

29 — Razlagalno sporočilo Komisije o koncesijah v pravu Skupnosti (UL 2000, C 121, št. 3.1).

državam članicam dopušča sprejetje ustreznih ukrepov, ki so potrebni za zagotavljanje njihovih varnostnih interesov. Na področju oddaje javnih naročil se to nanaša na nabavo določenih dobrin za obrambne namene. Sicer ta sektor ni nujno primeren za podeljevanje koncesij, vendar na podlagi prava Skupnosti to ni izključeno.

62. Člen 297 ES državam članicam v primeru določenih kriznih razmer dopušča sprejetje določenih ukrepov. Tudi ta določba se načeloma lahko uporabi za javna naročila.

63. Kot izhaja zlasti iz člena 298 ES, države članice pri uporabi zgoraj navedenih določb Pogodbe nimajo neomejenih pristojnosti in so podvržene zlasti nadzoru Komisije in Sodišča.

64. Na koncu je treba spomniti še na eno določbo primarnega prava, ki se sicer ne nanaša na temeljne svoboščine, vendar lahko vseeno učinkuje kot izjema od temeljnih svoboščin. Člen 86(2) ES namreč določa da „pravila te pogodbe", to je tudi temeljne svoboščine, veljajo, „v kolikor uporaba takšnih pravil pravno ali dejansko ne ovira izvajanja posebnih nalog, ki so jim dodeljene". K temu je treba dodati še eno predpostavko, to je, da razvoj trgovine ni prizadet. Naslovniki te določbe so – v nasprotju s členom 10 ES, ki se uporablja za države članice – samo podjetja, in sicer takšna, ki opravljajo določene storitvene dejavnosti, ali ki so dohodkovni monopoli. Zaradi tega se ta določba uporablja samo za koncedente, ki jih je mogoče opredeliti kot takšna podjetja.

65. Glede na ta postopek za sprejetje predhodne odločbe bi tako bilo treba preizkusiti, ali lahko koncedenta uvrstimo med eno izmed izvzetih kategorij podjetij in ali je bila oblika oziroma način oddaje javnega naročila nujno potreben za to, da se mu je omogočila izpolnitev njegove naloge v javnem interesu pod gospodarsko sprejemljivimi pogoji.[30] Seveda je tudi mogoče, da se prizadeta država članica v opravičilo prenosa pravic na podjetje sklicuje na člen 86 ES.[31]

66. Za konec je treba podrobneje predstaviti še v postopku omenjeno sodno prakso v zadevah Teckal[32] in Stadt Halle[33] ter v členu 13 sektorske direktive urejeno izjemo za določene oddaje javnih naročil povezanim podjetjem.

30 — Sodbi Sodišča z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, str. I-8089, točka 57) in z dne 19. maja 1993 v zadevi Corbeau (C-320/91, Recueil, str. I-2533, točka 16).

31 — Sodba Sodišča z dne 23. oktobra 1997 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-157/94, Recueil, str. I-5699, točka 32).

32 — Sodba Sodišča v zadevi C-107/98 (navedena v opombi 24).

33 — Sodba Sodišča v zadevi C-26/03 (navedena v opombi 23).

67. Navedena sodna praksa oziroma določba pod določenimi pogoji dopušča neuporabo klasičnih direktiv s področja oddaje javnih naročil oziroma direktive. Javna naročila, ki sodijo v eno izmed teh izjem, torej niso podvržena predpisom sekundarnega prava s področja oddaje javnih naročil. Tako pride samodejno do uporabe primarnega prava, skupaj s temeljnimi svoboščinami, ki so predmet tega postopka.

68. Vendar niti navedena sodna praksa niti izrecna ureditev v sektorski direktivi ne vodita v neuporabo primarnega prava. Za tako široko izjemo od prava Skupnosti namreč ne najdemo oporne točke niti v primarnem pravu niti v sodni praksi. Če je torej za oddajo javnega naročila v sporu o glavni stvari treba uporabiti primarno pravo, se ne postavlja vprašanje več o pomenu navedene sodne prakse oziroma ureditve sektorske direktive, ker gre pri tem za izjeme od uporabe sekundarnega prava.

2. Stopnjevanja znotraj primarnega prava ali enotna ureditev oddaje javnih naročil?

69. Čeprav je uporaba primarnega prava, na primer temeljnih svoboščin, za konkretno oddajo javnega naročila gotova, je v naslednjem koraku treba ugotoviti, katere obveznosti nastopijo za naročnika ali koncedenta. Gre torej za ugotavljanje ureditve oddaje javnih naročil, ki morda utegne izhajati iz temeljnih svoboščin.

70. Pri tem se pojavlja vprašanje, ali temeljne svoboščine sploh določajo neko ureditev, posebej enotno ureditev, to je ali veljajo za vsa javna naročila, ki jih zajemajo, enaka pravila. Na višji abstraktni ravni bi lahko navedeno sicer veljalo. Tako morajo naročniki in koncedenti iz posameznih držav članic spoštovati prepoved diskriminacije in omejevanja pravice do ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

71. Že dejstvo, da iz temeljnih svoboščin ne izhajajo niti približno tako konkretna pravila kot iz direktiv, nasprotuje temu, da bi za vse oddaje javnih naročil veljala enaka postopkovna pravila, npr. za vrsto in vsebino javne objave.

72. Zaradi zagotavljanja preglednosti in pravne varnosti bi bilo tako za naročnike in koncedente kakor tudi za podjetja kot potencialne ponudnike primerneje, če bi bila oddaja javnih naročil urejena v primarnem pravu ali če bi obstajalo vsaj nekaj takšnih

ureditev: tako bi se lahko preprečile težave, ki se pojavljajo v praksi zaradi tega, ker se v postopku podelitve koncesije šele med pogajanji ta podelitev prekvalificira v javno naročilo.[34]

73. Na drugi strani je pri oddajah javnih naročil primerno, če imajo udeleženci na razpolago določen manevrski prostor. Različne možnosti predvidevajo že direktive. Podobno bi moralo veljati zlasti na področju primarnega prava.

74. Težava nastopi pri določanju kategorij javnih naročil, za katere bo veljala določena ureditev. Vendar niti iz besedila Pogodbe niti iz sodne prakse na področju temeljnih svoboščin, zlasti glede javnih naročil, ne izhajajo merila, ki bi omogočala razmejitev med različnimi skupinami (kategorijami) javnih naročil. Nujnost stopnjevanja pa izhaja že iz načela sorazmernosti.

75. V zvezi s tem bi bilo mogoče poseči tudi po izjemah, navedenih v sodni praksi v zadevah Teckal in Stadt Halle ter v členu 13 direktive, tako da bi se za javna naročila, ki se na njih nanašajo, uporabila manj stroga ureditev. Analogni uporabi teh izjem kot omejitvenega merila pa nasprotuje dejstvo, da ne obstaja enotna primarno pravna ureditev oddaje javnih naročil, od katere bi lahko odstopili.

76. Zaradi navedenega bi bilo primerno upoštevati merila, ki jih predvidevajo tudi direktive za določanje kategorij javnih naročil.

77. Odločilen vidik je po eni strani ocenjena vrednost javnega naročila.[35] Poleg tega je pomemben tudi predmet, pri čemer lahko gre za storitve, dobave ali gradnje. Znotraj storitev bi lahko podobno kot direktive, ki razlikujejo med prednostnimi storitvami in storitvami, ki to niso, razlikovali glede na podrobnejšo vsebino. Poleg tega bi se lahko upoštevala tudi stopnja kompleksnosti javnega naročila, torej ali gre za standardizirano blago ali za kompleksne infrastrukturne projekte, katerih tehničnih, pravnih ali finančnih pogojev na začetku postopka oddaje javnega naročila še ni mogoče določiti.

34 — Zelena knjiga o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij, COM(2004)327 konč., točka 34 in nasl.

35 — Normodajalec Skupnosti je glede tega menil, da postopki, določeni v direktivah, niso primerni za javna naročila majhnih vrednosti (sklep v zadevi C-59/00, naveden v opombi 19, točka 19).

78. Vzpostavitev kategorij, na katere naletimo v direktivah, ima za podlago splošno veljavno misel, ki velja za področje oddaje javnih naročil, da so določena javna naročila bolj pomembna za delovanje notranjega trga kot druga, to je da so v interesu širšega kroga gospodarskih subjektov, med njimi tudi za podjetja iz drugih držav članic. Ta vidik naj bi bil pomemben zlasti za uporabo temeljnih svoboščin, saj te zahtevajo obstoj čezmejnega elementa.

79. Dalje bi lahko zaradi medsebojne razmejitve kategorij, to je uvrstitve določenega javnega naročila v določeno kategorijo in s tem tudi pod določeno ureditev, kot v direktivah, upoštevali tudi določene okoliščine, kot npr. obstoj izključnih pravic ali nujnosti. Tako bi lahko bile določene oddaje javnih naročil, ki sodijo na področje uporabe temeljnih svoboščin, celo v celoti oproščene obveznosti javne objave ali seznanitve z njihovo oddajo.

80. Sistem na vrhu, ki vključuje vsa javna naročila – in ki je sestavljen iz več kategorij, za katere velja posebna ureditev –, se nazadnje vseeno opira na večplastno primarno pravno ureditev oddaje javnih naročil, ki je povzeta v direktivah, ali natančneje, v več ureditvah. V postopku predhodnega odločanja omenjena preglednost pomeni samo eno izmed številnih področij ureditve.

81. Na koncu je treba spomniti še na načelo učinkovitosti, ki se prav tako lahko uporabi v postopku oddaje javnih naročil. V skladu z navedenim načelom je treba upoštevati celoten konkretni postopek, potek postopka in njegove posebnosti.[36]

3. Načela primarnega prava

82. Kot izhodišče lahko ugotovimo, da se v okviru primarnega prava nikakor ne more uporabiti enaka ureditev oddaje javnih naročil kot na področju direktiv. Proti takšnemu obsežnemu prenosu govorita v glavnem dva razloga.

83. Prvič, tako bi – brez izvedbe v primarnem pravu predvidenega postopka – tudi brez direktiv veljala ureditev, ki velja samo za javna naročila iz teh direktiv. S tem bi se zaobšel zakonodajni postopek Skupnosti. Drugič, zaobšle bi se tudi direktive same, ki vsebujejo izrecno pravila za določena javna naročila.

36 — Sodbi Sodišča z dne 10. aprila 2003 v zadevi Steffensen (C-276/01, Recueil, str. I-3735, točka 66) in – posebej za pravo oddaje javnih naročil – z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex (C-327/00, Recueil, str. I-1877, točka 56).

84. Najprej je treba spomniti na okoliščino, da pravila, ki izhajajo iz temeljnih svoboščin, načeloma veljajo za vse vidike javnih naročil, to je po eni strani za materialni vidik, kot npr. opis predmeta storitve (npr. s tehničnimi specifikacijami ali trajanjem koncesije) ali merila za primernost (zlasti kvalifikacij) in za oddajo naročila, pri čemer je tukaj zlasti treba upoštevati načelo medsebojnega priznavanja. Po drugi strani veljajo ta pravila tudi za postopkovni vidik, torej za postopek v ožjem smislu, kot na primer izbiro oblike postopka, kamor sodijo tudi objava javnega naročila in roki (npr. za vložitev vloge za udeležbo ali ponudbe).

85. Poleg zahteve po preglednosti, ki je predmet tega postopka, lahko kot pravila navedemo še s tem povezano načelo enakega obravnavanja[37], načelo konkurence in načelo sorazmernosti, ki bi jih bilo mogoče uporabiti tudi v okviru primarnega prava.

86. Iz zahteve po enakem obravnavanju izhaja, da mora izbira koncesionarja temeljiti na objektivni podlagi. Navedeno pomeni tudi, da je treba spoštovati zahteve, ki so bile določene na začetku postopka oddaje javnih naročil, in da za vse ponudnike veljajo enako.

87. Ker gre v tem postopku za sprejetje predhodne odločbe samo za vprašanje zahteve po preglednosti, se bodo nadaljnja izvajanja omejila na ta vidik.

a) Preglednost

88. Na začetku je treba pojasniti, da se preglednost na podlagi direktiv nanaša na več kot le na s publiciteto konkretnih postopkov oddaje javnih naročil povezane vidike. K tem sodijo na primer različne oblike obvestil o razpisu, bodisi povabilo k udeležbi v postopku oddaje javnega naročila bodisi razpis, to je vabilo k oddaji ponudbe.

89. Poleg tega direktive določajo tudi druge obveznosti objave, kot na primer seznanitev z odločitvijo v postopku oddaje javnega naročila. Dalje predvidevajo direktive tudi zahteve po notranjem zapisovanju, na primer

37 — Sodbi Sodišča z dne 18. novembra 1999 v zadevi Unitron Scandinavia in 3-S (C-275/98, Recueil, str. I-8291, točka 31) in v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2), točka 61.

v obliki pisnih poročil o oddaji javnega naročila ali hrambe določenih podatkov.[38] Te obveznosti bi bilo mogoče prenesti tudi na primarno pravo.

90. Načelo preglednosti poleg tega pomeni temeljno načelo za celoten postopek oddaje javnega naročila. K temu poleg tega sodi tudi možnost nadzora sprejetih odločitev naročnikov in v splošnem objektivno ravnanje v postopku oddaje javnega naročila.

91. V obravnavanem postopku je Sodišče pozvano k podrobnejši konkretizaciji sodne prakse s področja obveznosti objave. V zadevi Teleaustria je namreč načeloma določilo, da „[mora] naročnik v korist potencialnih ponudnikov zagotavljati *primerno stopnjo* javnosti, ki zagotavlja konkurenco na storitvenem trgu in možnost preizkusa, ali so bili postopki oddaj javnih naročil izvedeni nepristransko“.[39]

92. Izhodišče pri ugotavljanju „primerne stopnje javnosti“ je ciljna usmeritev zahteve po preglednosti, katere razlaga se zahteva. Tako kot velja za direktive, velja tudi na področju uporabe primarnega prava, da mora preglednost zagotavljati neizkrivljeno konkurenco in da mora prispevati k odpiranju nacionalnih trgov.

93. „Primerna stopnja javnosti“ oddaje javnega naročila zadeva najprej vprašanje, ali je sploh treba zagotavljati javno objavo. Tako ni izključeno, da lahko obstajajo tudi primeri, v katerih se bo izvedla oddaja naročila na podlagi dogovora, to je postopek oddaje javnega naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu. Kar namreč dopuščajo direktive, mora biti zlasti dopustno na področju primarnega prava. Da se ne bi zabrisala razlika med direktivami in primarnim pravom, bi bilo prestrogo, če bi se lahko postopki oddaje javnih naročil brez predhodne objave obvestila o naročilu izvajali samo pod pogoji, ki jih določajo direktive, to je pod tam takstativno naštetimi razlogi. Prav tako bi bilo prestrogo, če bi bila dopustnost takšnega postopka odvisna od tega, ali se je seznanilo vse potencialne ponudnike. Če bi naročnik ali koncedent navedeno vseeno storil, bi bilo v vsakem primeru zadoščeno zahtevi po preglednosti.[40]

94. Seveda je nasprotno treba preprečiti, da bi naročniki ali koncedenti zlorabili svoj manevrski prostor. Zaradi tega bi lahko izhajali iz načelne primarno pravne zahteve

38 — Glej k temu člen 12 storitvene direktive in člen 41 sektorske direktive.

39 — Sodba Sodišča v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2), točka 62; moj poudarek.

40 — Navedeno sprejema generalni pravobranilec Fennelly v sklepnih predlogih št. 43 za spor o glavni stvari v zadevi Telaustria, če niso vsi oziroma večina ponudnikov iz iste države kot naročnik.

po objavi z več možnostmi izjem. Skladno z navedenim bi moral naročnik ali koncedent v posameznem primeru pojasniti, zakaj se je izognil pravilu objave.

95. Tudi če izhajamo iz načelne obveznosti objave, ostajajo številne podrobnosti še vedno odprte.

96. Tako se po eni strani postavlja vprašanje sredstva objave. Po eni strani gre za vidik geografske razširjenosti, to je za lokalno, regionalno, nacionalno ali evropsko raven. Po drugi strani se navedeno nanaša na vrsto medija. Poleg klasičnih tiskanih medijev, kot na primer uradnih listov, dnevnih časopisov ali publikacij gospodarskega sektorja, se upoštevajo tudi elektronski, kot na primer internet. Pod določenimi pogoji se lahko uporabi tudi arhaična oblika razglasa.[41]

97. Oblika objave pa je samo en vidik. Poleg tega je za naročnika ali koncedenta pomembno vedeti, kateri cilji v zvezi z minimalno vsebino seznanitve izhajajo iz temeljnih svoboščin. V splošnem velja kot merilo, da je treba dati toliko podatkov, kot jih podjetja potrebujejo za odločitev o udeležbi v postopku oddaje javnega naročila ali za oddajo ponudbe. V nobenem primeru pa ni mogoče iz temeljnih svoboščin razbrati toliko in za vse primere veljavnih podrobnosti, ki bi kot celota pomenile vzorec obvestila o naročilu, kot so predvidene v direktivah. Tudi v zvezi z minimalno vsebino obvestila o naročilu torej velja načelo: temeljne svoboščine ne zavezujejo v vseh primerih k posredovanju podatkov, ki jih predpisujejo vzorci obvestila o naročilu v sekundarnem pravu.

98. Tako oblika kot tudi vsebina obvestila o naročilu pa se zgledujeta po merilih, ki so navedena znotraj primarnega prava za oblikovanje kategorij javnih naročil in iz tega izhajajočega stopnjevanja.

99. Ob upoštevanju okoliščine, da iz dokumentov, zlasti iz predložitvenega sklepa, ni mogoče razbrati potrebnih podrobnosti za določitev primerne stopnje objave v sporu o glavni stvari, in ob upoštevanju načela, da v postopku za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES ni naloga Sodišča, da določbe prava Skupnosti uporabi pri kon-

41 — Navedeno šteje kot dopustno tudi Komisija v svojem obvestilu (navedenem v opombi 29).

kretnem dejanskem stanj, bo moralo nacionalno sodišče odločiti o tem, ali je bila v sporu o glavni stvari spoštovana zahteva po preglednosti.[42]

100. Pri tem mora nacionalno sodišče v smislu analize trga upoštevati, v interesu katerih gospodarskih subjektov je načrtovana oddaja naročila glede na potencialno konkurenco, pri čemer sta vrednost in predmet javnega naročila odločilna.

b) Izjema za določena javna naročila kvazi *in house*

101. Kot je že navedeno, ne more niti izjema sekundarnega prava iz sodne prakse v zadevah Teckal in Stadt Halle niti izjema v členu 13 sektorske direktive voditi v neuporabo primarnega prava, to je tudi tukaj upoštevnih temeljnih svoboščin.

42 — Za takšno rešitev glej sodbo Sodišča v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2), točka 63.

102. Če je oddajo javnega naročila v sporu o glavni stvari dejansko mogoče opredeliti kot koncesijo storitve, zaradi česar se zanjo ne uporabljajo direktive, se postavlja vprašanje, ali se direktive za konkretno oddajo javnega naročila ne uporabijo na podlagi druge okoliščine, na primer zato, ker pride v poštev izjema iz sodne prakse oziroma sektorske direktive. V tem primeru namreč pride do uporabe primarnega prava že iz nekega drugega razloga.

103. Poleg tega v okviru predloga za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES ni naloga Sodišča, da predpise prava Skupnosti uporabi pri konkretnem dejanskem stanju. Navedeno je Sodišče večkrat izpostavilo zlasti v primerih s področja oddaje javnih naročil.[43] Tako bi bila naloga nacionalnega sodišča preizkusiti, ali so v sporu o glavni stvari izpolnjena merila, ki jih je razvilo Sodišče, oziroma ali so izpolnjene predpostavke sektorske direktive. Ob tem pa bi bilo treba najprej ugotoviti, ali se sploh uporabi katera izmed direktiv.

104. Če gre za koncesijo storitev, zaradi česar se direktive ne uporabijo, je v vsakem primeru izključena uporaba obeh izjem kvazi *in house*.

43 — Glej k temu sodbe Sodišča v zadevi C-324/98 (navedena v opombi 2), točka 63, z dne 22. maja 2003 v zadevi Korhonen (C-18/01, Recueil, str. I-5321), z dne 4. decembra 2003 v zadevi EVN AG in Wien-Strom (C-448/01, Recueil, str. I-14527); sklep v zadevi C-310/01 (navedena v opombi 21).

VI – Predlog

105. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori:

Člena 43 ES in 49 ES je treba razlagati tako, da načeloma določata obveznost zagotavljanja preglednosti. Člena 43 ES in 49 ES ne nasprotujeta vedno neposredni oddaji naročila, to je oddaji brez predhodne objave obvestila o naročilu oziroma brez poziva h konkurenci. Pri presoji vprašanja, ali je v postopku, kot je v glavni stvari, neposredna oddaja naročila dopustna, mora nacionalno sodišče v smislu analize trga upoštevati, v interesu katerih gospodarskih subjektov je načrtovana oddaja naročila glede na potencialno konkurenco, pri čemer sta vrednost in predmet javnega naročila odločilna.