SODBA SODIŠČA (prvi senat)
z dne 11. januarja 2005*

V zadevi C-26/03,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Naumburg (Nemčija) z odločbo z dne 8. januarja 2003, ki je prispela na Sodišče 23. januarja 2003, v postopku

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

proti

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Jezik postopka: nemščina.

SODIŠČE (prvi senat),

v sestavi P. Jann, predsednik senata, J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (poročevalec), M. Ilešič in E. Levits, sodniki,

generalna pravobranilka: C. Stix-Hackl,
sodni tajnik: R. Grass,

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju pisnih stališč, ki so jih predložili:

— za Stadt Halle U. Jasper, Rechtsanwältin,

— za Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna K. Heuvels, Rechtsanwalt,

— za francosko vlado G. de Bergues in D. Petrausch, zastopnika,

— za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

— za finsko vlado T. Pynnä, zastopnik,

— za Komisijo Evropskih skupnosti K. Wiedner, zastopnik,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 23. septembra 2004

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 1(1) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL L 395, str. 33), spremenjene z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1), spremenjene z Direktivo 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997 (UL L 328, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 89/665). Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša tudi na razlago členov 1, točka 2, in 13(1) Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84), spremenjene z Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998 (UL L 101, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 93/38).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Stadt Halle (mesto Halle, Nemčija) in podjetjem RPL Recyclingpark Lochau GmbH (v nadaljevanju: RPL Lochau) ter podjetjem Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (v nadaljevanju: TREA Leuna) glede pravilnosti, s stališča predpisov Skupnosti, oddaje javnega naročila storitev obdelave odpadkov Stadt Halle RPL Lochau, katere večinski delež kapitala je v lasti Stadt Halle, manjšinski delež pa v lasti zasebne družbe, brez javnega razpisa.

Pravni okvir

Predpisi Skupnosti

3 Na podlagi člena 1(a) Direktive 92/50, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52 (v nadaljevanju: Direktiva 92/52), so „javna naročila storitev" „pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom". V skladu s členom 1(b) te direktive so „naročniki" „država, regionalne ali lokalne oblasti, telesa, za katera velja javno pravo, združenja, ki jih ustanovi ena ali več takšnih oblasti ali teles, za katere velja javno pravo". Nazadnje člen 1(c) te direktive opredeljuje „ponudnika storitve" kot „vsako fizično ali pravno osebo, vključno z javnim telesom, ki nudi storitve".

4 Na podlagi člena 8 Direktive 92/50 se „naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I A, oddajajo v skladu z določbami iz Naslovov III do VI". Te določbe vsebujejo v glavnem pravila glede razpisa natečaja in oglaševanja. Člen 11(1) te direktive določa, da pri oddaji javnih naročil storitev „naročniki uporabljajo

postopke iz člena 1(d), (e) in (f), prilagojene za namene te direktive". Postopki, na katere se nanaša ta določba, so „odprti postopki", „omejeni postopki" in „postopki s pogajanji".

5 V kategorijo št. 16 Priloge I A k navedeni direktivi spadajo „storitve pri ravnanju z odpadnimi vodami in odpadki; sanitarne in podobne storitve".

6 Člen 7(1)(a) Direktive 92/50 določa, da se direktiva uporablja za javna naročila storitev, katerih ocenjena neto vrednost brez davka na dodano vrednost „ni nižja kakor 200.000 ECU".

7 Iz druge in tretje uvodne izjave Direktive 89/665 izhaja, da je njen namen zagotoviti uporabo predpisov Skupnosti na področju javnih naročil z učinkovitimi in hitrimi pravnimi sredstvi, zlasti v fazi, ko se kršitve lahko popravijo, ker je treba za odpiranje javnih naročil za konkurenco v Skupnosti znatno povečati jamstva za preglednost in prepoved razlikovanja.

8 V ta namen člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 določa:

„1. Države članice sprejmejo ukrepe, potrebne, da bi zagotovili v zvezi s postopki oddaje javnih naročil s področja direktiv [...], učinkovito in zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki skladno s pogoji, določenimi v naslednjih členih ter zlasti v členu 2(7) na podlagi obrazložitve, da so takšne

odločitve kršile pravo Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalne predpise o izvajanju tega prava.

[...]

3. Države članice zagotovijo, da so na voljo revizijski postopki v skladu s podrobnimi predpisi, ki jih države članice lahko sprejmejo, vsaj za vsako osebo, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo [...] in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve. Države članice lahko zlasti zahtevajo, da mora oseba, ki zahteva revizijo, naročnika predhodno obvestiti o domnevni kršitvi in svoji nameri, da bo zahtevala revizijo."

9 Člen 2(1) Direktive 89/665 se glasi:

„1. Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določenimi v členu 1, vključujejo določbo, ki omogoča, da:

a) se ob prvi priložnosti in z začasnimi postopki sprejmejo začasni ukrepi, katerih cilj je, da se popravijo domnevne kršitve ali prepreči nadaljnja škoda zainteresiranim ponudnikom, vključno z ukrepi, s katerimi se začasno prekine ali zagotovi začasna prekinitev postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

b) se razveljavi ali zagotovi, da se razveljavijo nezakonito sprejete odločitve, vključno z odpravo diskriminacijskih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila;

c) se povrne škoda osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

[...]"

10 Člen 1 Direktive 93/38 določa:

„V tej direktivi:

[...]

2. „javno podjetje" pomeni vsako podjetje, na katero ima lahko javna oblast posredno ali neposredno prevladujoč vpliv, in to na podlagi njegovega lastništva, finančne udeležbe v njem ali pravil, ki urejajo njegovo delovanje. Pojmuje se, da ima javna oblast prevladujoč vpliv takrat, ko te oblasti v zvezi z nekim podjetjem posredno ali neposredno:

— imajo večinski delež vpisanega kapitala podjetja

ali

— nadzorujejo večino glasov, povezanih z delnicami, ki jih je izdalo podjetje

ali

— lahko imenujejo več kakor polovico članov upravnega, vodstvenega ali nadzornega odbora podjetja;

3. „povezano podjetje“ pomeni [...] vsako podjetje, na katero ima naročnik lahko posredno ali neposredno prevladujoč vpliv v smislu odstavka 2 [...]

[...]“

11 Člen 13 Direktive 93/38 določa:

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

a) jih naročnik odda povezanemu podjetju;

[...]

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.

[...]"

Nacionalni predpisi

12 Iz predložitvene odločbe izhaja, da revizijske postopke na področju javnih naročil v nemškem pravu ureja Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence). V skladu s členom 102 tega zakona je „oddaja javnega naročila" lahko predmet revizije. Ponudnik ali kandidat ima pravico zahtevati, da se zagotovi spoštovanje „določb, ki urejajo postopek oddaje javnega naročila", kar mu omogoča uveljavljanje pravic, ki jih ima na podlagi člena 97(7) tega istega zakona „glede izvedbe ali opustitve dejanja v okviru postopka oddaje naročil [...]" proti naročniku.

13 Predložitvena odločba navaja, da je na podlagi teh določb, v skladu z mnenjem, ki ga zagovarjata del sodne prakse in teorije v Nemčiji, uvedba revizijskega postopka glede postopka za oddajo naročila mogoča le, če namerava ponudnik naročnika prisiliti, da v okviru formalnega postopka oddaje zadevnega naročila ravna na določen način, kar torej pomeni, da uvedba revizijskega postopka ni mogoča, če se naročnik ni odločil za razpis javnega natečaja in formalni začetek postopka oddaje naročila. Navedenemu mnenju drugi del sodne prakse in teorije nasprotuje.

Postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

14 Iz predložitvene odločbe izhaja, da je Stadt Halle s sklepom občinskega sveta z dne 12. decembra 2001 RPL Lochau dodelil pripravo projekta za predhodno obdelavo, predelavo in odstranjevanje odpadkov, ne da bi formalno začel postopek za oddajo javnega naročila. Hkrati je Stadt Halle odločil, da začne, prav tako brez razpisa natečaja, pogajanja z RPL Lochau z namenom sklenitve pogodbe za odvoz ostankov mestnih odpadkov od 1. junija 2005. Ta družba naj bi bila investitor za izgradnjo termične instalacije za odstranjevanje in predelavo odpadkov.

15 RPL Lochau je družba z omejeno odgovornostjo, ustanovljena leta 1996. Njen kapital je v višini 75, 1 % v lasti Statwerke Halle GmbH, katere edini družbenik Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH je v 100 % lasti Stadt Halle, medtem ko je kapital v višini 24, 9 % v lasti neke zasebne družbe z omejeno odgovornostjo. Predložitveno sodišče opredeljuje RPL Lochau kot „družbo z udeležbo javnega kapitala" in poudarja, da je bila delitev kapitala te družbe dogovorjena z družbeno pogodbo šele konec leta 2001, ko je bila predvidena oddaja izvedbe zadevnega projekta.

16 Predložitveno sodišče tudi opozarja, da je dejavnost RPL Lochau izkoriščanje naprav za recikliranje in odstranjevanje odpadkov. Sklepi skupščine družbenikov se sprejemajo bodisi z navadno večino bodisi s tričetrtinsko večino glasov. Vodenje prodajnega in tehničnega sektorja te družbe je trenutno zaupano tretjemu podjetju, Stadt Halle pa je predvsem poblaščena za preverjanje računovodskih izkazov.

17 Ko je TREA Leuna, ki je bila prav tako zainteresirana za opravljanje teh storitev, izvedela za oddajo naročila zunaj okvirov postopka, določenega s predpisi Skupnosti, je ugovarjala odločitvi Stadt Halle in vložila zahtevek za revizijo na komisijo za javna naročila Regierungspräsidium Halle, s katerim je zahtevala, naj se Stadt Halle naloži razpis javnega natečaja.

18 Stadt Halle navaja v svojo obrambo, da v skladu z nacionalno ureditvijo, navedno v točkah 12 in 13 te sodbe, zahtevek za revizijo ni dopusten, ker kot naročnik formalno ni začel postopka za oddajo javnega naročila. Sicer pa naj bi bilo podjetje RPL Lochau pojavna oblika Stadt Halle, saj ga ta obvladuje. Šlo naj bi torej za „notranji posel", za katerega predpisi Skupnosti glede javnih naročil ne veljajo.

19 Komisija za javna naročila je ugodila zahtevku TREA Leuna z utemeljitvijo, da je treba, kljub temu da ne gre za postopek za oddajo javnega naročila, zagotoviti, da so odločitve naročnikov lahko predmet revizijskega postopka. Prav tako je ocenila, da v obravnavanem primeru ne gre za „notranji posel", ker je manjšinski zasebni delež večji od 10 %, kar v skladu z nemško ureditvijo družb z omejeno odgovornostjo pomeni, da gre za manjšinske delničarje, ki imajo določene pravice. Poleg tega je menila, da je mogoče z zadostno verjetnostjo oceniti, da RPL Lochau z delom, ki ga opravi za Stadt Halle, izkoristi do 61, 25 % svojih kapacitet, tako da mora podjetje zato, da izkoristi preostale preostale kapacitete, pridobivati naročila na trgu, na katerem deluje.

20 Stadt Halle se je pritožil na Oberlandesgericht Naumburg, to pa je prekinilo odločanje in na Sodišče naslovilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

„1. a) Ali člen 1(1) Direktive [89/665] državam članicam nalaga, naj zagotovijo možnost učinkovitega in kolikor je mogoče hitrega pravnega sredstva zoper odločitev naročnika, da javnega naročila ne odda v okviru postopka, ki je v skladu z določbami direktiv o oddaji javnih naročil?

b) Ali člen 1(1) Direktive [89/665] državam članicam nalaga tudi, naj zagotovijo možnost učinkovitega in kolikor je mogoče hitrega pravnega sredstva zoper odločitve naročnikov, sprejete pred formalnim razpisom natečaja, zlasti zoper odločitev glede predhodnih vprašanj o tem, ali na splošno za določen postopek nakupa osebno in stvarno veljajo direktive o oddaji javnih naročil ali če izjemoma zanj ne veljajo predpisi o javnih naročilih?

c) V primeru pritrdilnega odgovora na [prvo] vprašanje, [pod a),] in nikalnega odgovora na [prvo] vprašanje, [pod b),]:

Ali država članica zadosti svoji obveznosti, zagotoviti možnost učinkovitega in kolikor je mogoče hitrega pravnega sredstva zoper odločitev naročnika, da javnega naročila ne odda v okviru postopka, ki je v skladu z določbami direktiv o oddaji javnih naročil, če uvedba revizijskega postopka ni mogoča, dokler postopek ni v določeni formalni fazi, na primer ob začetku pisnih ali ustnih pogajanj s tretjo stranko?

2) a) Pod predpostavko, da ima, prvič, naročnik, kot na primer regionalna ali lokalna oblast, namen skleniti s subjektom, ki je od nje formalno ločen – v nadaljevanju: sopogodbenik –, pisno pogodbo z denarnim interesom glede storitev iz Direktive [92/50] in drugič, da ta pogodba izjemoma ni javno naročilo storitev v smislu člena 1(a) Direktive [92/50], ker se sopogodbenik šteje za del javne uprave ali služb naročnika – v nadaljevanju: notranji posel, za katerega ni potrebna oddaja naročila –, ali je opredelitev take pogodbe kot notranjega posla, za katerega ni potrebna oddaja naročila, vedno izključena zgolj na podlagi dejstva, da ima zasebno podjetje delež v družbi sopogodbenika?

b) V primeru nikalnega odgovora na [drugo] vprašanje, [pod a)]:

Pod kakšnimi pogoji je treba sopogodbenika, v katerem ima delež zasebno podjetje – v nadaljevanju: družba z udeležbo javnega kapitala –, šteti za del javne uprave ali služb naročnika?

Zlasti:

— ali zadostuje za to, da se družba z udeležbo javnega kapitala obravnava kot del služb naročnika s stališča ureditve in intezivnosti nadzora, da jo naročnik „obvladuje“, na primer v smislu člena 1(1), točki 2 in 13, Direktive 93/38 [...], spremenjene z aktom [o pogojih pristopa Republike Avstrije, Republike Finske in Kraljevine Švedske ter prilagoditvah pogodb, na katerih temelji Evropska Unija (UL 1994, C 241, str. 21, in UL 1995, L 1, str. 1)], kot tudi Direktive 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z

dne 16. februarja 1998, s katero je bila spremenjena Direktiva 93/38 (UL L 101, str. 1)]?

— ali vsaka pravna možnost prevzema vpliva s strani zasebnega družbenika družbe z udeležbo javnega kapitala glede strateških ciljev sopogodbenika in/ali glede posamezne odločitve, sprejete v okviru upravljanja podjetja, izključuje, da se to podjetje šteje za del služb naročnika?

— ali za to, da se družba z udeležbo javnega kapitala šteje kot del služb naročnika, s stališča ureditve in intezivnosti nadzora, zadoščajo široka pooblastila pri vodenju izključno glede odločitev o sklepanju pogodbe in izvajanja storitev v zvezi z obravnavanim postopkom naročila?

— ali za to, da se družba z udeležbo javnega kapitala šteje kot del služb naročnika s stališča, da bistveni del svoje dejavnosti realizira z njim, zadostuje, da najmanj 80 % povprečnega prometa, ki ga je to podjetje doseglo v Skupnosti v poprejšnjih treh letih v storitvenem sektorju, izhaja iz opravljanja teh storitev za naročnika ali za podjetja, ki so z njim povezana, ali od njega odvisna – če podjetje z udeležbo javnega kapitala teh dejavnosti še ne opravlja tri leta –, če je mogoče predvideti, da bo dosežen prag 80 %?“

Vprašanja za predhodno odločanje

21 Z namenom, da se predložitvenem sodišču da koristen in dosleden odgovor, je treba zastavljena vprašanja ločiti in jih preučiti v dveh skupinah, glede na njihovo vsebino in predmet.

Prvo vprašanje, a), b) in c)

22 V prvi seriji vprašanj predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba člen 1(1) 89/665 razlagati tako, da obveznost držav članic, da zagotovijo možnost učinkovitih in hitrih pravnih sredstev zoper odločitve naročnikov obsega tudi odločitve, sprejete zunaj formalnega postopka oddaje javnega naročila in zoper odločitve, sprejete pred javnim razpisom, med drugim tudi zoper odločitev o tem, ali za določeno naročilo osebno in stvarno velja Direktiva 92/50, in od katerega trenutka, v okviru postopka nakupa, morajo države članice ponudniku, kandidatu ali zainteresirani stranki dati možnost dostopa do revizijskega postopka.

23 Glede tega velja najprej poudariti, da je bila Direktiva 92/50, po prvi in drugi uvodni izjavi, sprejeta v okviru ukrepov, potrebnih za realizacijo notranjega trga, to je območja brez notranjih meja, v katerem je zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala. Iz četrte in pete uvodne izjave te direktive izhaja, da je njen namen uresničevanje odprtja javnih naročil storitev pod pogoji enakega obravnavanja in preglednosti in da morajo direktivo uporabljati vsi naročniki.

24 Dalje je treba poudariti, da določbe Direktive 92/50 jasno določajo pogoje, pod katerimi je obvezna uporaba pravil iz naslovov od III do VI za vse naročnike, saj so izjeme od uporabe teh pravil taksativno naštete v sami direktivi.

25 Posledično, če so ti pogoji izpolnjeni, ali drugače povedano, če za transakcijo osebno in stvarno velja Direktiva 92/50, morajo zadevna javna naročila na podlagi člena 8 v povezavi s členom 11(1) te direktive potekati v skladu določbami iz njenih naslovov od III do VI, torej se mora zanje razpisati natečaj, ki ga je treba ustrezno javno objaviti.

26 Ta obveznost zavezuje naročnike ne glede na vrsto javnih naročil, ki so jih ti oddali, bodisi pri izpolnjevanju svojih nalog, to je zadovoljevanju potreb v splošnem interesu, bodisi tistih, ki s temi nalogami niso povezana (glej v tem smislu tudi sodbo z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi, C-44/96, Recueil, str. I-73, točka 32).

27 Da bi lahko odgovorili predložitvenemu sodišču, je treba preučiti izraz „odločitve, ki jih sprejmejo naročniki" iz člena 1(1) Direktive 89/665. Ker direktiva tega izraza izrecno ne opredeljuje, je treba njegov obseg določiti na podlagi besedila ustreznih določb te direktive in na podlagi cilja, ki ga ta direktiva zasleduje, to je učinkovitega in hitrega pravnega varstva.

28 Besedilo člena 1(1) Direktive 89/665 z uporabo besedne zveze v zvezi s postopki določa, da je vsaka odločitev naročnika na podlagi predpisov Skupnosti na področju javnih naročil, ki bi jih odločitev lahko kršila, podrejena sodnemu nadzoru iz člena 2(1)(a) in (b) te direktive (glej, v tem smislu, sodbi z dne 18. junija 2002 v

zadevi HI, C-92/00, Recueil, str. I-5553, točka 37, in z dne 23. januarja 2003 v zadevi Makedoniko Metro et Michaniki, C-57/01, Recueil, str. I-1091, točka 68). Na splošno se torej nanaša na odločitve naročnika, brez razlikovanja glede njihove vsebine ali trenutka sprejetja.

29 Člen 2(1)(b) Direktive 89/665 sicer predpisuje možnost razveljavitve nezakonitih odločitev naročnikov, ki niso v skladu s tehničnimi in drugimi specifikacijami, ne le v razpisni dokumentaciji, ampak tudi v vseh preostalih dokumentih, ki se nanašajo na postopek za oddajo zadevnega naročila. Posledično se lahko ta določba nanaša tudi na dokumente, ki vsebujejo odločitve, ki so bile sprejete pred razpisom natečaja.

30 To široko pojmovanje izraza odločitve naročnika je potrdila sodna praksa Sodišča. To je že razsodilo, da določba člena 1(1) Direktive 89/665 ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions y visées (sodba z dne oktobra 1999, Alcatel Austria in drugi, C-81/98, Recueil, str. I-7671, točka 35). Takšne omejitve pa prav tako ni mogoče razbrati iz člena 2(1)(b) te direktive (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Alcatel Austria in drugi, točka 32). Sicer pa restriktivna razlaga izraza odločitev, glede katerih so mogoči postopki revizije, ne bi bila v skladu z določbo člena 2(1)(a) te direktive, ki nalaga državam članicam, naj previdijo začasne postopke glede vsake odločitve, ki jo sprejmejo naročniki (zgoraj navedena sodba HI, točka 49).

31 V duhu široke razlage izraza odločitve, glede katere je mogoče vložiti zahtevek za revizijo, je Sodišče razsodilo, da mora biti glede odločitve naročnika, do katere je prišlo pred sklenitvijo pogodbe, o izbiri ponudnika, ki mu bo oddal naročilo, v vsakem primeru mogoče vložiti zahtevek za revizijo, neodvisno od možnosti povrnitve škode, v primeru sklenitve pogodbe (zgoraj omenjena sodba Alcatel Austria in drugi, točka 43).

32 Sklicujoč se na cilj odstranjevanja ovir za prost pretok storitev, ki ga zasleduje Direktiva 92/50, kot tudi na cilje, sistematiko in besedilo Direktive 89/665, je Sodišče razsodilo, da je odločitev naročnika, s katero se umakne razpis javnega natečaja, lahko predmet revizijskega postopka v skladu s členom 1(1) Direktive 89/665 (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo HI, točka 55).

33 S tega stališča, kot je poudarila generalna pravobranilka v točki 23 sklepnih predlogov, lahko odločitev naročnika, da ne bo začel postopka za oddajo naročila, štejemo za odločitev o koncu tega postopka. Če se naročnik odloči, da ne bo začel postopka za oddajo, ker za zadevni trg po njegovem mnenju ne veljajo ustrezna pravila Skupnosti, takšna odločitev pomeni čisto prvo odločitev, ki je lahko predmet sodnega nadzora.

34 Glede na to sodno prakso, kot tudi na cilje, sistematiko in besedilo, lahko pravne učinke, neodvisno od vprašanja, ali je ta akt sprejet zunaj ali v okviru formalnega postopka za oddajo naročila.

35 Glede dejanj, ki so zgolj predhodna faza naročila ali so čisto pripravljalna in spadajo v okvir notranjih priprav naročnika glede oddaje javnega naročila, zahtevek za revizijo ni mogoč.

36 Na podlagi zgoraj navedenega ni mogoče sprejeti stališč Stadt Halle, da Direktiva 89/665 ne zahteva pravnega varstva zunaj formalnega postopka za oddajo naročila in da odločitev naročnika, da ne začne tega postopka, ne more biti predmet zahtevka za revizijo, kar naj bi veljalo tudi za odločitev o tem, ali za javno naročilo veljajo ustrezna pravila Skupnosti.

37 Rezultat takšnega pristopa bi bil dejansko v tem, da bi postala uporaba ustreznih pravil Skupnosti odvisna od vsakega naročnika in s tem fakultativna, čeprav je njihova uporaba, kadar so izpolnjeni pogoji iz teh pravil, zavezujoča. Takšna možnost bi lahko vodila k najpomembnejši kršitvi prava Skupnosti glede javnih naročil s strani naročnika. Očitno bi zmanjšala učinkovito in hitro pravno varstvo, ki ga želela doseči Direktiva 89/665, in ogrozila cilje Direktive 92/50, to je prosti pretok storitev ter prosto in neizkrivljeno konkurenco na tem področju v vseh državah članicah.

38 Treba je poudariti, da trenutek, od katerega naprej je mogoče vložiti zahtevek za revizijo, z Direktivo 89/665 ni formalno predpisan. Vendar je treba glede na cilj učinkovitega in hitrega pravnega varstva, zlasti z začasnimi ukrepi iz te direktive, sklepati, da člen 1(1) državam članicam ne dopušča, da možnost vložitve zahtevka za revizijo podredijo dejstvu, da je postopek javnega naročila formalno dosegel določeno fazo.

39 Na podlagi ugotovitve, da je treba v skladu z drugo uvodno izjavo navedene direktive zagotoviti spoštovanje pravil Skupnosti zlasti v fazi, ko se kršitve še lahko popravijo, lahko sklepamo, da je mogoč zahtevek za revizijo zoper izraženo voljo naročnika

glede naročila, za katerega so na kakršenkoli način izvedele zainteresirane osebe, ker je izražena volja prekoračila fazo iz točke 35 te sodbe in ima lahko pravne učinke. Začetek dejanskih pogodbenih pogajanj z zainteresirano stranko pomeni tako izraženo voljo. Glede tega je treba izpostaviti še obveznost preglednosti, ki jo ima naročnik, katere namen je omogočiti, da se lahko preveri spoštovanje pravil Skupnosti (zgoraj navedena sodba HI, točka 45).

40 Glede oseb, ki so upravičene za vložitev zahtevka za revizijo, zadostuje ugotovitev, da morajo v skladu s členom 1(3) Direktive 89/665 države članice zagotoviti dostop do revizijskih postopkov vsaj vsaki osebi, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve (glej v tem smislu sodbo z dne 24. junija 2004 v zadevi Komisija proti Avstriji, C-212/02, točka 24, neobjavljena v ZOdl.). Torej se ne zahteva formalni status ponudnika ali kandidata.

41 Glede na zgoraj navedeno je treba na prvo vprašanje, pod a), b) in c), odgovoriti, da je treba člen 1(1) Direktive 89/665 razlagati tako, da se obveznost držav članic, da zagotovijo učinkovita in hitra pravna sredstva zoper odločitve, ki jih sprejmejo naročniki, nanaša tudi na odločitve, sprejete zunaj formalnih postopkov za oddajo naročila in še pred formalnim razpisom javnega natečaja, zlasti na odločitev glede vprašanja, ali za določeno naročilo osebno in stvarno velja Direktiva 92/50. Možnost vložitve pravnega sredstva je na voljo vsaki osebi, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve od trenutka, ko naročnik izrazi voljo, ki ima lahko pravne učinke. Torej državam članicam ni dovoljeno, da podredijo možnost pravnega sredstva dejstvu, da je postopek za oddajo zadevnega javnega naročila formalno dosegel določeno fazo.

Drugo vprašanje, a) in b)

42 V drugi vrsti vprašanj, ki ju obravnavamo skupaj, predložitveno sodišča v bistvu sprašuje, ali je treba v primeru, ko naročnik namerava skleniti pogodbo z denarnim interesom glede storitev, za katere stvarno velja Direktiva 92/50, z zasebno družbo, ki je od njega pravno ločena, v kateri ima večinski delež in nad katero izvaja določen nadzor, vedno uporabiti postopke za javne razpise iz te direktive samo zato, ker je zasebno podjetje udeleženo, čeprav manjšinsko, v kapitalu te družbe sopogodbenice. V primeru nikalnega odgovora na to vprašanje predložitveno sodišče sprašuje, na podlagi katerih meril se lahko šteje, da naročnik nima te obveznosti.

43 To vprašanje zadeva poseben položaj t.i. „družbe z udeležbo javnega kapitala", ki je ustanovljena in deluje v skladu s pravili zasebnega prava, glede obveznosti naročnika, da uporabi pravila Skupnosti na področju javnih naročil, če so izpolnjeni predpisani pogoji.

44 Glede tega je treba najprej spomniti, da je glavni namen pravil Skupnosti na področju javnih naročil, kot to izhaja iz odgovora na prvo vprašanje, prosti pretok storitev in prosta in neizkrivljena konkurenca v vseh državah članicah. To pomeni obveznost za vsakega naročnika, da uporabi ustrezna pravila Skupnosti, če so izpolnjeni za to predpisani pogoji.

45 V takšnem primeru obveznost uporabe pravil Skupnosti potrjuje dejstvo, da v členu 1(c) Direktive 92/50 izraz ponudnik storitve, torej ponudnik za namen

uporabe te direktive, vključuje tudi „javno telo, ki nudi storitve“ (glej sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi ARGE, C-94/99, Recueil, str. I-11037, točka 28).

46 Posledično je treba vsako izjemo od te obveznosti razlagati ozko. Tako je Sodišče razodilo, da je uporaba postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu iz člena 11(3) Direktive 92/50, ki predpisuje ta postopek in pomeni izjemo od pravil za zagotavljajnje učinkovitosti pravic, priznanih s Pogodbo ES v sektorju javnih naročil storitev, treba razlagati ozko, in da nosi breme dokazovanja resničnega obstoja posebnih okoliščin, ki izjemo utemeljujejo, tisti, ki želi ta postopek uporabiti (sodba z dne 10. aprila 2003 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-20/01 in C-28/01, Recueil, str. I-3609, točka 58).

47 V duhu odpiranja javnih naročil za največjo možno konkurenco, ki jo želijo doseči pravila Skupnosti, je Sodišče glede Direktive Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1) razsodilo, da se slednja uporablja, če naročnik predvidi, da bo sklenil s pravno osebo, ki je od njega pravno ločena, odplačno pogodbo, pa naj bo ali ne, ta pravna oseba tudi sama naročnik (sodba z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal, C-107/98, Recueil, str. I-8121, točki 50 in 51). Treba je tudi navesti, da je bil sopogodbenik v tej zadevi skupina več naročnikov, v kateri je sodeloval tudi zadevni naročnik.

48 Javni organ, ki je naročnik, lahko izpolni naloge v javnem interesu, ki so mu naložene, z lastnimi upravnimi, tehničnimi in drugimi sredstvi, in se ni dolžan obrniti na zunanje subjekte, ki niso del njegovih služb. V tem primeru ne gre za

odplačno pogodbo, sklenjeno s pravno osebo, ki je pravno ločena od naročnika. V takem primeru se pravila Skupnosti za javna naročila ne uporabljajo.

49 V skladu s sodno prakso Sodišča ni izključeno, da lahko obstajajo druge okoliščine, v katerih javni razpis ni obvezen, čeprav je sopogodbenik pravna oseba, ki je pravno ločena od naročnika. To velja v primeru, da javni organ, ki je naročnik, izvaja nad zadevno ločenim subjektom podoben nadzor, kot je ta, ki ga izvaja nad svojimi službami, in kjer ta subjekt realizira pretežni del svoje dejavnosti z enim ali več javnimi organi, ki imajo nadzor (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Teckal, točka 50). Naj spomnimo, da je bila v zgoraj navedenem primeru ločena pravna oseba v celoti v lasti javnih organov. Nasprotno pa manjšinska udeležba zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, v vsakem primeru izključuje možnost, da bi ta naročnik lahko nad to družbo izvrševal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami.

50 Glede tega je treba najprej poudariti, da je razmerje med javnim organom, ki je naročnik, in njegovimi službami urejeno na način in na podlagi zahtev, ki so lastne uresničevanju ciljev v javnem interesu. Nasprotno pa se kakršnokoli vlaganje zasebnega kapitala v kako podjetje pokori zasebnim interesom in zasleduje drugačne cilje.

51 Drugič, oddaja javnega naročila podjetju z udeležbo javnega kapitala brez razpisa natečaja bi ogrozila cilj proste in neizkrivljene konkurence in načelo enakega obravnavanja zainteresiranih strank iz Direktive 92/50, zlasti če bi tak postopek zasebnemu podjetju, ki je udeležen v kapitalu tega podjetja, dajal prednost pred njegovimi tekmeci.

52 Zato je treba na drugo vprašanje, pod a) in b), odgovoriti, da je v primeru, da ima naročnik namen skleniti pogodbo z denarnim interesom za storitve, za katere stvarno velja Direktiva 92/50, z družbo, ki je pravno ločena od njega, v kapitalu katere je udeležen skupaj z enim ali več zasebnimi podjetji, vedno treba uporabiti postopke za oddajo javnih naročil iz te direktive.

53 Glede na ta odgovor na druga vprašanja nacionalnega sodišča ni treba odgovoriti.

Stroški

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

Iz teh razlogov je Sodišče (prvi senat) razsodilo:

1. Člen 1(1) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih

naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, spremenjene z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, spremenjene z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 97/52/ES z dne 13. oktobra 1997, je treba razlagati tako, da se obveznost držav članic, da zagotovijo učinkovita in hitra pravna sredstva zoper odločitve, ki jih sprejmejo naročniki, nanaša tudi na odločitve, sprejete zunaj formalnih postopkov za oddajo naročila in brez javnega razpisa, zlasti na odločitve glede vprašanja, ali za določeno naročilo osebno in stvarno velja Direktiva 92/50, kot je bila spremenjena. Ta možnost pravnih sredstev je na voljo vsaki osebi, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve v trenutku, ko naročnik izrazi voljo, ki ima lahko pravne učinke. Torej državam članicam ni dovoljeno, da podredijo možnost pravnega sredstva dejstvu, da je postopek za oddajo zadevnega javnega naročila formalno dosegel določeno fazo.

2. **V primeru, da ima naročnik namen skleniti odplačno pogodbo za storitve, za katere stvarno velja Direktiva 92/50, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52, z družbo, ki je pravno ločena od njega, v kapitalu katere je udeležen skupaj z enim ali več zasebnimi podjetji, je vedno treba uporabiti postopke za oddajo javnih naročil iz te direktive.**

Podpisi