SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE JULIANE KOKOTT, predstavljeni 15. junija 2006[1]

I – Uvod

1. V obravnavanem primeru francosko sodišče Tribunal administratif de Lyon [2] postavlja Sodišču več vprašanj glede razlage evropske zakonodaje o javnih naročilih. Ta vprašanja se zastavljajo ob sporu o razvedrilnem centru v francoskem mestu Roanne, katerega naročilo za projektiranje in gradnjo tega centra je bilo brez predhodnega javnega razpisa oddano družbi z mešanim kapitalom za razvoj mesta. Ta projekt je zaznamovan predvsem s tem, da so bili le posamezni deli načrtovanega razvedrilnega centra po koncu gradnje namenjeni mestu, medtem ko je bilo predvideno, da družba za razvoj mesta druge dele tega centra neposredno prenese na tretje osebe, pri tem pa naj bi mesto te dele sofinanciralo in prevzelo dele, ki se do zaključka projekta ne prenesejo, ter v celoti prevzela tveganje izgub.

2. V teh okoliščinah želi predložitveno sodišče najprej izvedeti, katere določbe evropske zakonodaje o javnih naročilih se sploh lahko uporabijo pri takem projektu in zlasti kako je treba razlagati pojem javnega naročila za gradnje. Poleg tega se zastavlja vprašanje, ali je treba pri določitvi vrednosti naročila upoštevati celotni obseg projekta ali se pri izračunu upošteva le tista cena, ki jo javni naročnik plača za njemu namenjene dele centra, skupaj s prevzetim skupnim prispevkom financiranja, kolikor je to potrebno. Na koncu je treba razjasniti, ali se sme opustiti postopek oddaje javnih naročil, če je v skladu z nacionalnim pravom dovoljeno skleniti obravnavano pogodbo le z določenimi pravnimi osebami, ki bodo morale v primeru oddaje morebitnih nadaljnjih naročil izpeljati ustrezne postopke.

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

2 – Upravno sodišče Lyon; v nadaljevanju tudi: predložitveno sodišče.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

3. Člen 1 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje [3] (v nadaljevanju: Direktiva 93/37) v odlomkih določa:

„V tej direktivi

(a) so ‚*javna naročila gradenj*' za plačilo pisno sklenjene pogodbe med izvajalcem in naročnikom, kakor je opredeljen v (b), katerih predmet je izvedba ali oboje – izvedba in projektiranje gradenj, povezanih z eno od dejavnosti iz Priloge II, ali gradnja, opredeljena v (c) spodaj, ali izvedba neke gradnje ne glede na način, ki ustreza zahtevam naročnika;

(b) ‚*naročnik*' je država, regionalni ali lokalni organi, subjekti javnega prava, združenja, ki jih oblikujejo en ali več takšnih organov ali subjekti javnega prava.

‚*Subjekt javnega prava*' pomeni vsak subjekt, ki:

– je ustanovljen samo zato, da zadovoljuje splošne interese, ki po naravi niso industrijski ali tržni, in

– ima pravno osebnost ter

– ga večji del financira država ali regionalni ali lokalni organi, ali drugi subjekti javnega prava, ali pa je njihovo upravljanje pod nadzorom teh subjektov, ali pa ima upravni,

3 – UL L 199, str. 54. Ta direktiva je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 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; v nadaljevanju: Direktiva 2004/18). Ta pravna sprememba pa velja šele z učinkom od 31. januarja 2006 in zato ni pomembna za dejansko stanje iz postopka v glavni stvari.

vodstveni ali nadzorni odbor, v katerega imenuje več kakor polovico članov država, regionalni ali lokalni organi ali drugi subjekti javnega prava.

[…]

(c) ‚*gradnja*' pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo, gradnjo kot celoto, ki je samozadostna, da izpolnjuje svojo gospodarsko in tehnično funkcijo;

[…]"

4. Člen 6 Direktive 93/37, kakor je bil spremenjen z Direktivo 97/52/ES [4], določa:

„(1) Ta direktiva se uporablja za:

(a) javna naročila gradenj, katerih ocenjena neto vrednost brez davka na dodano vrednost (DDV) ni nižja kakor enakovreden znesek v ekujih za 5.000.000 posebnih pravic črpanja (SDR),

[…]

(3) Če je gradnja nadalje razdeljena na več sklopov in je vsak sklop predmet naročila, je treba upoštevati vrednost vsakega sklopa pri izračunu zneskov iz odstavka 1. Če skupna vrednost sklopov ni manjša od zneska iz odstavka 1, se določbe tega odstavka uporabljajo za vse sklope. Naročniki lahko odstopijo od te določbe za sklope, katerih ocenjena neto vrednost brez DDV je nižja od 1.000.000 ekujev pod pogojem, da celotna ocenjena vrednost vseh izvzetih sklopov ne presega 20 % celotne vrednosti vseh sklopov.

(4) Nobena gradnja ali naročilo se ne sme nadalje razdeliti z namenom, da bi se izognili uporabi te direktive.

(5) Pri izračunavanju zneskov iz odstavka 1 in iz člena 7 je treba upoštevati ne le znesek naročila gradenj, temveč tudi ocenjeno vrednost

4 – Direktiva 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997 o spremembah direktiv 92/50/EGS, 93/36/EGS in 93/37/EGS o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, blaga in gradenj (UL L 328, str. 1).

dobav blaga, potrebnih za izvajanje gradenj, ki jih naročniki zagotovijo gradbeniku.

„Država, lokalni organi ali njihove javne ustanove lahko študijo in izvedbo del v okviru prostorskih ureditev, določenih v tem naslovu, zaupajo vsaki osebi javnega ali zasebnega prava, ki je za to usposobljena.

(6) Naročniki zagotovijo, da med različnimi gradbeniki ni diskriminacije."

Kadar je pogodba sklenjena z javno ustanovo, lokalno družbo z mešanim kapitalom, opredeljeno z zakonom št. 83-597 z dne 7. julija 1983, ali z družbo z mešanim kapitalom, katere več kot polovična lastnica je ena ali več oseb javnega prava, kot so država, regije, departmaji, občine ali njihova združenja, ima lahko obliko javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve. V tem primeru se lahko sopogodbeniku zaupa naloga, da pridobi zemljišče z razlastitvijo ali nakupom na podlagi predkupne pravice, in izvedba vseh dejanj in vseh ukrepov v zvezi z izvedbo prostorske ureditve in opremo, ki prispevajo k celotni gradnji, ki je predmet javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve.

5. V obdobju, upoštevnem za obravnavani primer, je vrednost praga 5.000.000 SDR ustrezala znesku 6.242.028 EUR. [5]

B – *Nacionalno pravo*

Pravnim subjektom, navedenim v prejšnjem odstavku, se lahko zaupa priprava predhodnih študij, potrebnih za opredelitev značilnosti projekta, v okviru pogodbe o naročilu, ki od njih zahteva, naj pogodbe o študijah sklenejo v imenu in za račun organov ali njihovih združenj.

6. V različici, veljavni v času dejanskega stanja v sporu o glavni stvari, [6] je člen L. 300-4 francoskega Code de l'urbanisme [7] (v nadaljevanju: nekdanji člen L. 300-4 zakona o urbanističnem načrtovanju) določal:

[…]"

5 – Glej objavljene enakovredne zneske, veljavne od 1. januarja 2002, za prage, navedene v direktivah o javnih naročilih (Sporočilo Komisije, UL 2001, C 332, str. 21, točka 2, tretji stolpec).

6 – Ta različica temelji na zakonu št. 2000-1208 z dne 13. decembra 2000 (JORF z dne 14. decembra 2000, str. 19777).

7 – Zakon o urbanističnem načrtovanju.

7. Po tem, ko je Komisija zoper Francijo sprožila postopek zaradi neizpolnitve obveznosti, je bil člen L. 300-4 zakona o urbanističnem načrtovanju spremenjen z zakonom št. 2005-809 [8]:

„Država, lokalni organi ter njihove javne ustanove lahko izvedbo del v okviru prostorskih ureditev, določenih v tem naslovu, dodelijo vsaki osebi, ki je za to usposobljena.

Pri dodeljevanju koncesij za prostorske ureditve je organ, pristojen za dodelitev koncesije, vezan na postopek predhodne objave, ki omogoča predstavitev več konkurenčnih ponudb pod pogoji, ki jih določa dekret Conseil d'État.

Koncesionar zagotavlja nadziranje gradnje in opreme za projekt, določen v koncesiji, ter izdelavo študij in vseh potrebnih nalog za njihovo izvedbo. Organ, pristojen za dodelitev koncesije, lahko od koncesionarja zahteva, naj pridobi sredstva, potrebna za izvedbo projekta, po potrebi tudi z razlastitvijo ali na podlagi predkupne pravice. Koncesionar proda, najame ali da v zakup nepremičnine, ki se nahajajo znotraj koncesijskega območja."

8 – Zakon z dne 20. julija 2005 (JORF z dne 21. julija 2005, str. 11833).

8. Dalje člen 11 zakona št. 2005-809 določa:

„S pridržkom pravnomočnih sodnih odločb se, če bi se njihova zakonitost izpodbijala na podlagi dejstva, da določitev izvajalca prostorske ureditve ni bila predmet predhodnega postopka objave, ki bi omogočal predložitev več konkurenčnih ponudb, za veljavne razglasijo naslednje pogodbe:

1. Koncesije za prostorske ureditve, javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve in pogodbe o izvedbi prostorske ureditve, podpisane pred objavo tega zakona;

[…]"

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

9. Francosko mesto Roanne je leta 2002 v okviru ukrepov za razvoj mesta nameravalo zgraditi razvedrilni center. Projekt naj bi v prvi stopnji zajemal zlasti tako imenovani kinematografski multipleks, poleg tega

pa tudi gradnjo poslovnih prostorov, javnega parkirišča s približno 320 parkirnimi prostori ter dostopnih poti in javnih površin. Za naslednjo stopnjo je bila načrtovana gradnja drugih poslovnih prostorov in hotela.

10. Izvedba projekta je bila zaupana družbi z mešanim kapitalom za razvoj mesta Société d'équipement du département de la Loire (SEDL). V ta namen je mesto Roanne 25. novembra 2002 z družbo SEDL sklenilo javnopravno pogodbo o izvedbi prostorske ureditve [9], za podpis katere je mestni svet mesta Roanne pred tem s sklepom z dne 28. oktobra 2002 pooblastil svojega župana.

11. Na podlagi te pogodbe so bile družbi SEDL zaupane zlasti naslednje naloge: pridobitev zemljišč, zbiranje sredstev, predložitev določenih računovodskih listin, priprava študij, priprava gradbenega natečaja, izvedba gradbenih del, zagotavljanje usklajevanja izvedbe in obveščanje mesta.

12. Javno parkirišče, ki naj bi se zgradilo za mestni razvedrilni center, dostopne poti in javne površine naj bi v skladu s sklenjeno pogodbo postali last mesta Roanne. Za druge načrtovane gradnje pa je bilo predvideno, da se prenesejo na tretje osebe, pri čemer je bilo ocenjeno, da bo družba SEDL kot nosilka projekta posledično prejela prihodke od prenosa v skupnem znesku 8.099.000 EUR.

13. Za javno parkirišče je bilo v pogodbi predvideno, da mesto plača družbi SEDL nadomestilo v višini 2.925.000 EUR. Mesto naj bi bilo kapitalsko udeleženo tudi pri financiranju vseh gradenj, ki jih je treba izvesti, in sicer v višini 2.443.103 EUR za prvo stopnjo projekta in 3.034.341 EUR za vse gradnje. [10] Poleg tega naj bi mesto Roanne samodejno postalo lastnik vseh zemljišč in vseh gradenj, ki jih družba SEDL do konca projekta ne bi prenesla na tretje osebe, pri čemer bi mesto odtlej zagotavljalo izvrševanje tekočih pogodb in prevzelo pogodbene dolgove družbe SEDL. Na koncu je mesto Roanne tudi izrecno prevzelo tveganje izgub v zvezi s projektom. [11]

14. Pred sklenitvijo javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve z družbo SEDL ni bil izpeljan postopek javne objave oziroma javni razpis projekta.

9 – Convention publique d'aménagement.

10 – V dodatku k javnopravni pogodbi o izvedbi prostorske ureditve, ki ga je Sodišču predložila francoska vlada, je dodatno predviden znesek 210.000 EUR, ki naj bi ga prispevali drugi udeleženci (tako imenovani „partenaires du pôle d'échanges").

11 – Tako je v členu 25-1 javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve navedeno: „[…] le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante […]".

15. Tožeče stranke v postopku v glavni stvari so članice opozicije v mestnem svetu mesta Roanne. Tožeče stranke predlagajo Tribunal administratif de Lyon razveljavitev sklepa mestnega sveta z dne 28. oktobra 2002 in se pri tem sklicujejo predvsem na kršitev določb evropske zakonodaje o javnih naročilih. Po njihovem mnenju bi moral biti opravljen postopek oddaje javnih naročil v smislu Direktive 93/37.

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

16. S sodbo z dne 7. aprila 2005 je Tribunal administratif de Lyon prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

1. Ali pogodba, v skladu s katero prvi naročnik drugemu naročniku zaupa izvedbo prostorske ureditve v splošnem interesu, v okviru katere drugi naročnik prvemu prepusti gradnje, ki ustrezajo njegovim potrebam, in ob izteku te pogodbe prvi naročnik samodejno postane lastnik teh drugih zemljišč in gradenj, ki niso bile prenesene na tretje osebe, pomeni javno naročilo gradenj v smislu določb člena 1 Direktive 93/37, kakor je bila spremenjena?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, ali je treba pri presoji navedenega praga 5.000.000 SDR, določenega s členom 6 Direktive 93/37, upoštevati le ceno, plačano za prenos gradenj na naročnika, ali vsoto te cene in finančne udeležbe, čeprav je ta le delno namenjena za izvedbo teh gradenj, ali celotni znesek del, ker neprenesena sredstva ob izteku pogodbe samodejno postanejo last prvega naročnika ter ta nato naprej izvršuje tekoče pogodbe in prevzame dolgove drugega naročnika?

3. Če je odgovor na prvo in drugo vprašanje pritrdilen, ali prvemu naročniku za sklenitev take pogodbe ni treba izvesti postopkov oddaje naročil iz iste direktive, ker se ta pogodba lahko sklene le z nekaterimi pravnimi osebami in ker bo drugi naročnik oddajo svojih naročil gradenj izvedel po teh istih postopkih?

17. Pri Sodišču sta poleg mesta Roanne kot toženi stranki v sporu o glavni stvari podali pisna in ustna stališča tudi francoska vlada in Komisija Evropskih skupnosti. Pisna stališča so predložile tudi litovska, avstrijska in poljska vlada. Tožeče stranke v postopku v glavni stvari pisnih stališč niso predložile v predpisanem roku, so pa pred Sodiščem podale ustna stališča.

V – Presoja

A – *Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe*

18. Mesto Roanne in francoska vlada izražata dvom glede dopustnosti predloga za sprejetje predhodne odločbe.

19. Najprej mesto Roanne trdi, da vprašanja za predhodno odločanje niso upoštevna, zato ker je francoski zakonodajalec javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve, kot je sporna pogodba v obravnavanem primeru, naknadno izrecno razglasil za veljavne (tako imenovano „validation législative“). Zato ni več mogoče podvomiti o zakonitosti te pogodbe zaradi pomanjkljive izvedbe postopka oddaje javnih naročil.

20. V skladu z ustaljeno sodno prakso je izključno nacionalno sodišče tisto, ki glede na posebnosti vsake zadeve presodi o potrebi po sprejetju predhodne odločbe, da bi lahko izdalo sodbo, in o upoštevnosti vprašanj, ki jih postavi Sodišču. Sodišče sme predlog nacionalnega sodišča zavrniti le, *kadar je očitno*, da zahtevana razlaga prava Skupnosti nima nikakršne zveze z dejanskim stanjem ali s predmetom spora o glavni stvari, ali kadar je vprašanje splošno oziroma hipotetično in Sodišče nima na voljo dejanskih ali pravnih elementov, ki so nujni za koristen odgovor na nanj naslovljena vprašanja. [12] Razen v teh primerih mora Sodišče načeloma odločiti o vprašanjih za predhodno odločanje, ki se nanašajo na razlago predpisov prava Skupnosti. [13]

21. V obravnavanem primeru nikakor ni *očitno*, da vprašanja, ki jih je zastavilo Tribunal administratif de Lyon v zvezi z razlago

12 – Glej sodbe z dne 15. decembra 1995 v zadevi Bosman (C-415/93, Recueil, str. I-4921, točke od 59 do 61); z dne 18. novembra 2003 v zadevi Budéjovický Budvar (C-216/01, Recueil, str. I-13617, točka 47); z dne 7. junija 2005 v zadevi VEMW in drugi (C-17/03, ZOdl., str. I-4983, točka 34) in z dne 10. januarja 2006 v zadevi International Air Transport Association (C-344/04, ZOdl., str. I-403, točka 24).

13 – Sodbe Bosman (točka 59); Budéjovický Budvar (točka 47) in International Air Transport Association (točka 24), navedene v opombi 12.

Direktive 93/37, ne bi bila upoštevna za rešitev spora o glavni stvari.

22. Res je, da se s členom 11 zakona št. 2005-809 nekatere javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve naknadno razglasijo za veljavne, čeprav so bile sklenjene brez ustreznega postopka oddaje javnih naročil.

23. Vendar predmet spora o glavni stvari sploh ni vprašanje o veljavnosti *pogodbe*, sklenjene med mestom Roanne in družbo SEDL, temveč vprašanje o veljavnosti *sklepa mestnega sveta*, s katerim je bil župan mesta Roanne predhodno pooblaščen za podpis te pogodbe. V bistvu gre torej za interni spor v okviru mesta, pri katerem se preučujejo predvsem pooblastila organov mesta Roanne. [14] Za rešitev tega spora je vsekakor lahko upoštevno to, katere določbe evropske zakonodaje o javnih naročilih bi bilo treba upoštevati, čeprav bi se pogodba, sklenjena z družbo SEDL, navzven izkazala za veljavno. Vendar se zdi, da ni že vnaprej izključeno, da je razveljavitev sklepa mestnega sveta mogoče upoštevati tudi takrat, kadar javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve kot take, sklenjene z družbo za razvoj mesta na podlagi omenjenega sklepa, ni več mogoče izpodbijati pred upoštevnim sodiščem. Sicer so le nacionalna sodišča dolžna preučiti vpliv morebitne neveljavnosti sklepa mestnega sveta na učinkovitost pogodbe med mestom Roanne in družbo SEDL.

24. Ugovora mesta Roanne zoper dopustnost vprašanj za predhodno odločanje tako ni mogoče sprejeti.

25. Po mnenju francoske vlade vprašanja za predhodno odločanje niso upoštevna tudi zato, ker se nanašajo na primer javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve. Pri mestnem razvedrilnem centru, kakršen je v postopku v glavni stvari, pa naj dejansko sploh ne bi šlo za dela v okviru prostorske ureditve. Zato naj bi bila vprašanja, predložena Sodišču, le hipotetična.

26. Tudi ta ugovor ni prepričljiv. Ni namreč pomembno, kako je bila pogodba, sklenjena

14 – Tako se sploh ne preučuje veljavnost javnopravne okvirne pogodbe v sporu o glavni stvari, zato se predložitvenemu sodišču tudi ne zastavlja vprašanje, ali se člen 11 zakona št. 2005-809, če je v nasprotju s pravom Skupnosti, *ne sme uporabiti* (v zvezi z dolžnostjo nacionalnih sodišč, da nikakor ne smejo uporabiti določb, ki so v nasprotju s pravom Skupnosti, glej ustaljeno sodno prakso od sodbe z dne 9. marca 1978 v zadevi Simmenthal (106/77, Recueil, str. 629, točki 21 in 24) in nedavno potrjeno s sodbo z dne 3. maja 2005 v združenih zadevah Berlusconi in drugi (C-387/02, C-391/02 in C-403/02, ZOdl., str. I-3565, točka 72 in navedena sodna praksa).

z družbo SEDL, opredeljena po nacionalnem pravu ter ali mesto Roanne in predložitveno sodišče upravičeno ali neupravičeno menita, da gre za javnopravno pogodbo o izvedbi prostorske ureditve. [15] V postopku, uvedenem na podlagi člena 234 ES, je Sodišče pristojno samo za razlago prava Skupnosti, ne pa za razlago nacionalne zakonodaje, prav tako pa ni pristojno, da se izreče o tem, ali je predložitveno sodišče pravilno razlagalo to zakonodajo. [16] Sodišče mora glede na dejanski in pravni okvir, v katerega se uvrščajo vprašanja za predhodno odločanje, izhajati iz ugotovitev predložitvenega sodišča. [17]

27. Vendar bi Sodišče v obravnavanem primeru, čeprav se pogodba med mestom Roanne in družbo SEDL dejansko ne bi opredelila kot javnopravna pogodba o izvedbi prostorske ureditve, imelo na voljo dovolj podatkov o dejanskem in pravnem okviru spora o glavni stvari, da bi predložitvenemu sodišču podalo tehten odgovor na vprašanja, ki jih je to sodišče zastavilo v zvezi z razlago Direktive 93/37. Kot je bilo navedeno zgoraj, se ta vprašanja zastavljajo tudi ob konkretnem sporu o veljavnosti sklepa mestnega sveta mesta Roanne, tako da jih nikakor ni mogoče obravnavati kot hipotetična.

28. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je torej dopusten.

B – *Vsebinska presoja vprašanj za predhodno odločanje*

1. Prvo vprašanje: pojem javnega naročila gradenj

29. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali gre za javno naročilo gradenj v smislu člena 1 Direktive 93/37, če prvi naročnik v okviru ukrepov za razvoj mesta drugemu naročniku zaupa projektiranje in gradnjo razvedrilnega centra, pri katerem so le posamezni deli po koncu gradnje namenjeni prvemu naročniku, medtem ko naj bi drugi naročnik druge dele tega centra neposredno prenesel na tretje osebe, pri tem pa naj bi prvi naročnik prevzel dele, ki se do konca projekta ne prenesejo, ter v celoti prevzel tveganje izgub.

15 – V tem smislu tudi sodba z dne 20. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Franciji (C-264/03, ZOdl., str. I-8831, točka 36). Glede na to ni treba iskati opredelitve konkretne pogodbe po nacionalnem pravu, če je treba razjasniti, ali ta pogodba pomeni javno naročilo v smislu direktiv o javnih naročilih.

16 – Sodbi z dne 10. januarja 2006 v zadevi Cassa di Risparmio di Firenze in drugi (C-222/04, ZOdl., str. I-289, točka 63) in z dne 12. januarja 2006 v zadevi Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, ZOdl., str. I-589, točka 20).

17 – Sodba Turn- und Sportunion Waldburg (navedena v opombi 16, točka 21) in sodba z dne 30. junija 2005 v zadevi Tod's in Tod's France (C-28/04, ZOdl., str. I-5781, točka 14 in navedena sodna praksa).

30. Iz opredelitve v členu 1(a) Direktive 93/37 je razvidno, da se javno naročilo gradenj nanaša na konkretne, v omenjeni direktivi podrobneje opisane gradnje, v zvezi s katerimi naročnik z izvajalcem pisno sklene odplačno pogodbo.

a) Predmet pogodbe: razmejitev od javnega naročila storitev in od drugih javnih naročil

31. V skladu s členom 1(a) Direktive 93/37 so lahko predmet javnega naročila gradenj naslednje tri vrste gradenj: [18]

– izvedba ali oboje, izvedba in projektiranje, gradenj, povezanih z eno od dejavnosti iz Priloge II k Direktivi 93/37; [19]

– izvedba ali oboje, izvedba in projektiranje, gradenj; pri tem gradnja pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo, gradnjo kot celoto, ki je samozadostna, da izpolnjuje svojo gospodarsko in tehnično funkcijo (člen 1(c) Direktive 93/37); ali

– izvedba neke gradnje [tretjih oseb [20]] ne glede na način, ki ustreza zahtevam naročnika.

32. Po navedbah predložitvenega sodišča naj bi mestni razvedrilni center, ki naj bi se zgradil v mestu Roanne, obsegal zlasti kinematografski multipleks in poslovne prostore, javno parkirišče, dostopne poti in javne površine; na naslednji stopnji projekta je bila načrtovana gradnja drugih poslovnih prostorov in hotela.

33. Gradnja takega razvedrilnega centra zahteva vse tri vrste gradenj v smislu člena 1(a) Direktive 93/37: prvič, gre za gradnje, katerih izvedba je pogojena s številnimi dejavnostmi

18 – Glej tudi sodbo z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi in drugi („Milanska Scala“, C-399/98, Recueil, str. I-5409, točka 58).

19 – Priloga II k Direktivi 93/37 vsebuje seznam poklicnih dejavnosti iz splošne industrijske klasifikacije gospodarskih dejavnosti v Evropskih skupnostih (NACE). Ta seznam med drugim zajema NACE-postavko 501.1, „Splošna gradnja stanovanjskih in nestanovanjskih stavb“, ki spada pod NACE-skupino 501, „Visoke gradnje“.

20 – Druge jezikovne različice te direktive ne vsebujejo izrecnega dodatka „tretjih oseb“.

iz Priloge II k Direktivi 93/37.[21] Drugič, družba SEDL v obravnavanem primeru gradi razvedrilni center ob uporabi gradbenih storitev tretjih izvajalcev v skladu z zahtevami, ki jih podrobno določi mesto Roanne,[22] ki tudi izvaja nadzor.[23] Tretjič, razvedrilni center, kot je ta, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, pomeni tudi zaključeno gradnjo, gradnjo kot celoto, ki ob upoštevanju cilja izboljšanja mestne infrastrukture[24] izpolnjuje gospodarsko funkcijo;[25] posledično gre za gradnjo v smislu člena 1(a) in (c) Direktive 93/37.[26] Vsak izmed teh treh vidikov torej napeljuje na to, da gradnja razvedrilnega centra, kot je načrtovani mesta Roanne, načeloma spada na stvarno področje uporabe Direktive 93/37.

34. Vendar je v obravnavanem primeru javnopravna pogodba o izvedbi prostorske ureditve, ki ga je mesto Roanne sklenilo z družbo SEDL, glede na predmet presegala sámo *gradnjo* mestnega razvedrilnega centra. Tako so bile družbi SEDL zaupane zlasti naslednje naloge: pridobitev zemljišč, zbiranje sredstev, predložitev določenih računovodskih listin, priprava študij, priprava gradbenega natečaja, zagotavljanje usklajevanja izvedbe in obveščanje mesta. Poleg tega je bila zadolžena za trženje večine gradenj, ki jih je treba izvesti.

35. Na podlagi teh dodatnih nalog je pogodba med mestom Roanne in družbo SEDL vsebovala tudi elemente opravljanja storitev. V teh okoliščinah se zastavlja vprašanje glede razmejitve med javnimi naročili gradenj na eni strani in javnimi naročili storitev v smislu člena 1(a) Direktive 92/50/EGS[27] na drugi strani. Na to je opozorilo tudi več strank v postopku pred Sodiščem.

36. Izmed navedenih elementov opravljanja storitev je le *projektiranje* gradnje mogoče nedvomno uvrstiti na stvarno področje uporabe Direktive 93/37 ob predpostavki, da se naročilo *hkrati* nanaša na projektiranje

21 – Glej točko 31 teh sklepnih predlogov, prva alinea.

22 – Glej točko 31 teh sklepnih predlogov, tretja alinea. Poleg tega glej točki 52 in 52 teh sklepnih predlogov.

23 – V zvezi s tem iz predložitvenega sklepa predvsem izhaja, da morajo biti osnutki družbe SEDL predloženi mestu Roanne za odobritev ter da mesto Roanne lahko od družbe SEDL zahteva predložitev vseh dokumentov, nadzira gradbišča, vstopi na gradbišča in vloži ugovore zoper družbo SEDL.

24 – V predložitvenem sklepu se projekt obravnava izrecno v okviru ukrepov za razvoj mesta.

25 – V tem smislu – nanašajoč se na gradnjo odseka avtoceste – sodbi z dne 12. septembra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji (C-276/97, Recueil, str. I-6251, točka 32) in z dne 27. oktobra 2005 v združenih zadevah Komisija proti Italiji (C-187/04 in C-188/04, neobjavljena v ZOdl., točka 28).

26 – Glej točko 31 teh sklepnih predlogov, druga alinea.

27 – Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 92/50). Ta direktiva je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2004/18, vendar je zadnja začela veljati šele 31. januarja 2006, tako da ta pravna sprememba ni pomembna za dejansko stanje iz postopka v glavni stvari.

in izvedbo gradenj (glej člen 1(a) Direktive 93/37). To velja za javnopravno pogodbo o izvedbi prostorske ureditve, kot je ta, sklenjena med mestom Roanne in družbo SEDL, saj naj bi bila v njej družbi SEDL izrecno zaupana projektiranje in izvedba gradbenih del.

37. Glede vseh drugih elementov opravljanja storitev je treba izhajati iz obstoja *mešanega naročila*, katerega pravna opredelitev je odvisna od obravnavanja poudarka. Samo če projektiranje in izvedba gradenj v primerjavi z drugimi nalogami izbranega gradbenika pomenita osnovni predmet naročila, lahko govorimo o javnem naročilu gradenj; projektiranje in izvedba gradenj ne smeta biti naključna. [28]

38. Naloga predložitvenega sodišča je, da to presodi. [29] Da bi mu olajšalo odločitev, pa lahko Sodišče zagotovi nacionalnemu sodišču nekatere elemente razlage, po katerih se mora ravnati. [30]

39. Načeloma lahko vrednost dogovorjenih storitev pomeni referenčno točko za določitev osnovnega predmeta mešanega naročila in za presojo pomena njegovih elementov. Če se za posamezne storitve, ki jih je treba opraviti, lahko določi konkretna cena, je glede na vrednost treba vzpostaviti razmerje med projektiranjem in gradbenimi deli na eni strani ter preostalimi storitvami, ki jih je treba opraviti, na drugi strani. Vsekakor pa je treba upoštevati tudi objektivno obravnavo naročila kot celote. Šele na tej podlagi je namreč mogoče presoditi, ali gradnje pomenijo osnovni predmet naročila ne le s količinskega, temveč tudi s kakovostnega vidika. [31]

40. V obravnavanem primeru ni znano, kakšna vrednost je bila predvidena za posamezne storitve, ki jih mora opraviti SEDL. [32] Zato je odločujoča le objektivna celostna presoja naročila: v okviru ukrepov za razvoj mesta je bila družbi SEDL zaupana gradnja mestnega razvedrilnega centra. Namen nalog

28 – V tem smislu šestnajsta uvodna izjava Direktive 92/50, katere vsebino potrjuje tudi uvodna izjava 10 Direktive 2004/18. V zvezi z zahtevo glede obravnavanja poudarka za razmejitev stvarnega področja uporabe Direktive 93/37 od ustreznega področja drugih direktiv o javnih naročilih glej tudi sodbo z dne 19. aprila 1994 v zadevi Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, str. I-1329, točke od 26 do 29).

29 – Sodba Gestión Hotelera Internacional (navedena v opombi 28, točka 28); glej tudi sodbo z dne 19. januarja 2006 v zadevi Bouanich (C-265/04, ZOdl., str. I-923, točka 54).

30 – Ustaljena sodna praksa; glej na primer sodbo Milanska Scala (navedena v opombi 18, točka 48).

31 – Medtem ko se razmejitev med javnimi naročili storitev in blaga v skladu s členom 2 Direktive 92/50 opira le na vrednost upoštevnih storitev in proizvodov (glej v zvezi s tem nedavno sodbo z dne 11. maja 2006 v zadevi Carbotermo in Consorzio Alisei (C-340/04, ZOdl., str. I-4137, točka 31)), ni ustrezne določbe za razmejitev javnih naročil storitev in gradenj. V zadnjenavedenem primeru se je glede na šestnajsto uvodno izjavo Direktive 92/50 mogoče ravnati po *kakovostnih merilih* (gradnje morajo biti „predmet javnega naročila“); ta naravnanost na kakovostna merila je še bolj očitna v uvodni izjavi 10 Direktive 2004/18, v kateri so gradnje „priložnostne glede na osnovni predmet naročila“ in „so njegova morebitna posledica ali dodatek“.

32 – Konkretna cena je določena samo za javno parkirišče, namenjeno mestu Roanne. Sicer pa je predviden le skupni prispevek financiranja mesta Roanne za celotni projekt. To mesto se je tudi zavezalo, da bo prevzelo dele razvedrilnega centra, ki se ob koncu projekta ne prenesejo na tretje osebe, in zadevne pogodbene obveznosti v zvezi s tem.

pridobitve zemljišč in zbiranja sredstev je bil le pripraviti ta projekt. Enako velja za gradbeni natečaj, ki ga je morala pripraviti družba SEDL. Kar pa zadeva nalogo zagotavljanja usklajevanja izvedbe ter dolžnost obveščanja mesta in predložitve računovodskih listin, gre za popolnoma stranske obveznosti, ki le spremljajo samo projektiranje in gradnjo razvedrilnega centra, ki ju izpelje družba SEDL. Zdi se, da je tudi naloga trženja velikih delov razvedrilnega centra v primerjavi s projektiranjem in gradnjo teh delov bolj postranska.

41. Zato predložitveno sodišče upravičeno domneva, da se izvedba gradenj, kakršne se obravnavajo v postopku v glavni stvari, zaradi vrste in pomena preostalih upoštevnih del ne more šteti za popolnoma postransko. Projektiranje in gradnja mestnega razvedrilnega centra namreč glede na referenčne točke, razpoložljive Sodišču, v zvezi z dejanskim stanjem iz postopka v glavni stvari pomenita jedro naročila, ki ga je mesto Roanne oddalo družbi SEDL.

42. Opredelitvi pogodbe, na primer tu sporne, kot naročila gradenj ne nasprotuje to, da je bila gradnja razvedrilnega centra načrtovana v okviru ukrepov za razvoj mesta, niti to, da naj bi le sorazmerno nepomemben del tega razvedrilnega centra – javno parkirišče, dostopne poti in javne površine – po koncu gradnje postal last mesta, medtem ko je bilo sicer predvideno, da se gradnje prenesejo na tretje osebe. Pojem javnega naročila gradenj namreč ni odvisen od namena uporabe gradnje, ki jo je treba izvesti. Tako je Sodišče na primer že odločilo, da s tem niso mišljena le naročila, katerih namen je zadovoljevanje potreb v splošnem interesu. [33] Prav tako to, ali bo naročnik sam uporabljal gradnjo, ki jo je treba izvesti, ali pa jo namerava dati na razpolago skupnosti ali posameznim tretjim osebam, ne spremeni ničesar.

43. Člen 1(a) Direktive 93/37 je torej treba razlagati ob upoštevanju cilja tega ureditvenega okvira, [34] v skladu s katerim je treba na področju javnih naročil gradenj odpraviti omejitve v zvezi s svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev ter na zadevnih trgih zagotoviti razvoj učinkovite konkurence. [35] Ti cilji so lahko enako v nevarnosti, če naročnik naroči gradnjo, ki naj bi bila – v okviru prostorske ureditve in ukrepov za razvoj mesta ali zaradi socialne politike – v celoti ali delno v korist skupnosti oziroma zasebnim tretjim osebam. Tveganje

33 – Sodba z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, Recueil, str. I-73, točka 32); v istem smislu sodbi z dne 18. novembra 2004 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-126/03, ZOdl., str. I-11197, točka 18) in z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 26).

34 – Sodba Milanska Scala (navedena v opombi 18, točke 52, 54 in 75).

35 – Glej zlasti drugo in deseto uvodno izjavo Direktive 93/37, sodbo Milanska Scala (navedena v opombi 18, točki 52 in 75), ter sodbe z dne 27. novembra 2001 v združenih zadevah Impresa Lombardini (C-285/99 in C-286/99, Recueil, str. I-9233, točki 34 in 35); z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi (C-470/99, Recueil, str. I-11617, točki 51 in 89) in z dne 7. oktobra 2004 v zadevi Sintesi (C-247/02, ZOdl., str. I-9215, točka 35); podobno sodba Carbotermo in Consorzio Alisei (navedena v opombi 31, točka 58).

izkrivljanja konkurence zaradi dajanja prednosti posameznim udeležencem na trgu pred drugimi namreč obstaja že takrat, ko se naročnik odloči, da nekemu podjetju odda naročilo za gradbeni projekt, ne glede na to, iz katerih razlogov in v kakšnih okoliščinah bo gradnja potekala, ter ne glede na predvideni namen uporabe.

44. Tudi to, da je družbi SEDL zaupano, da priskrbi zemljišče, in da mesto Roanne pridobi dele razvedrilnega centra, ki so ji namenjeni – javno parkirišče, dostopne poti in javne površine –, od družbe SEDL šele *v končnem stanju*, [36] ne povzroči, da bi bila javnopravna pogodba o izvedbi prostorske ureditve, na primer obravnavana pogodba, izvzeta s stvarnega področja uporabe Direktive 93/37. Predmet pogodbe med mestom Roanne in družbo SEDL po razpoložljivih informacijah namreč nikakor ni samo prenos dokončanega razvedrilnega centra, temveč izrecno tudi predhodno projektiranje in izvedba gradnje v skladu z zahtevami mesta, k čemur se je družba SEDL izrecno pogodbeno zavezala. Na drugi strani se mesto Roanne ni odločilo le za nakup dokončane gradnje, temveč je naročilo že njeno izvedbo.

45. Iz istega razloga pa sporne pogodbe prav tako ni mogoče opredeliti kot *javno naročilo blaga* v smislu člena 1(a) Direktive 93/36/EGS [37]. Kot je bilo omenjeno, tu potrebno projektiranje in gradbena dela nikakor ne pomenijo le pomožnih storitev, temveč jedro sklenjene pogodbe. V takem primeru določbe o javnih naročilih gradenj pomenijo bolj specialno ureditev. [38]

46. Na podlagi pooblastila družbe SEDL, da velike dele razvedrilnega centra neposredno prenese na tretje osebe, pa ni mogoče sklepati na obstoj *koncesije za javne gradnje* v smislu člena 1(d) Direktive 93/37. Koncesiji podobno je trikotno razmerje med mestom Roanne, družbo SEDL in tretjimi osebami, ki nastopajo kot kupci in katerih plačila sestavljajo večinski del povračila družbi SEDL. Vendar je za koncesijo značilno tudi to, da pogodbena stranka naročnika nosi ekonomsko tveganje posla. [39] Tega pa v obravnavanem primeru ni, saj se je mesto Roanne pogodbeno zavezalo,

36 – Glede na francosko različico gre za tako imenovano „vente en l'état futur d'achèvement".

37 – Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1; v nadaljevanju: Direktiva 93/36). Ta direktiva je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2004/18, vendar je zadnja začela veljati šele 31. januarja 2006, tako da ta pravna sprememba ni pomembna za dejansko stanje iz postopka v glavni stvari.

38 – Člen 1(a), druga poved, Direktive 93/36; glej tudi sodbo Gestión Hotelera Internacional (navedena v opombi 28, točki 25 in 26).

39 – V tem smislu – v zvezi z razlikovanjem med javnimi naročili storitev in koncesijami za javne storitve – sodba z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 40).

da bo prevzelo dele razvedrilnega centra, ki se do konca projekta ne prenesejo, in da bo tudi sicer prevzelo tveganje izgub v zvezi s projektom.

47. V teh okoliščinah se pogodba, kot je ta, sklenjena med mestom Roanne in družbo SEDL, glede na predmet opredeli kot javno naročilo gradenj in spada na stvarno področje uporabe Direktive 93/37.

b) Odplačna pisno sklenjena pogodba med izvajalcem in naročnikom

48. Ob domnevi javnega naročila gradenj se v skladu s členom 1(a) Direktive 93/37 med drugim predpostavlja, da je bila za izvedbo gradenj pisno sklenjena odplačna pogodba med naročnikom in izvajalcem.

49. Mesto Roanne je lokalni organ in zato lahko nastopa kot *naročnik* (glej člen 1(b) Direktive 93/37). To, da družba SEDL morebiti najprej v lastnem imenu zgradi razvedrilni center in ga nato – delno – prenese na mesto Roanne, ne nasprotuje položaju mesta kot naročnika, ki odda naročilo gradenj. [40]

50. Pojem *izvajalca* v Direktivi 93/37 ni podrobneje opredeljen. V smislu prava konkurence pojem „podjetje“ zajema vse osebe, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, ne glede na njihovo pravno obliko in način financiranja, pri čemer se za gospodarsko dejavnost šteje vsaka dejavnost, ki vključuje ponujanje blaga ali storitev na določenem trgu. [41] To opredelitev pojma je mogoče prenesti tudi na področje javnih naročil. V skladu s ciljem Direktive 93/37 glede doseganja svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev ter zagotovitve razvoja učinkovite konkurence pri javnih naročilih [42] se pojem izvajalca tudi tam razlaga široko. To zdaj potrjuje tudi pravna opredelitev, ki jo je za prihodnje primere mogoče najti v členu 1(8) Direktive 2004/18. V skladu s to določbo izvajalci gradenj v smislu zakonodaje o javnih naročilih pomenijo katero koli pravno ali fizično osebo ali javni subjekt ali skupino teh oseb in/ali organov, ki na trgu ponujajo bodisi izvedbo gradenj in/ali gradbeno delo, proizvode ali storitve.

40 – Sodba Milanska Scala (navedena v opombi 18, točka 95).

41 – Ustaljena sodna praksa; glej nedavno sodbo Cassa di risparmio di Firenze (navedena v opombi 15, točki 107 in 108) in sodbo z dne 23. marca 2006 v zadevi Enirisorse (C-237/04, ZOdl., str. I-2843, točki 28 in 29) ter tam navedeno sodno prakso.

42 – Druga uvodna izjava in prva poved desete uvodne izjave Direktive 93/37. Glej tudi točko 42 teh sklepnih predlogov.

51. Za storitve v zvezi s projektiranjem in z izvedbo gradenj, kot so tiste, ki jih je v obravnavanem primeru potrebovalo mesto Roanne, obstaja ustrezen trg. Na tem trgu lahko kot ponudniki nastopajo poleg zasebnih podjetij tudi družbe z mešanim kapitalom za razvoj mesta. Taka družba je torej lahko izvajalec v smislu Direktive 93/37.

52. S tem, da družba za razvoj mesta morebiti ne more in dejansko ne bo z lastnimi sredstvi financirala projektiranja in izvedbe gradenj ter da je v znatnem obsegu ali celo povsem odvisna od storitev podizvajalcev, ni že vnaprej zanikano, da bi imela taka družba, kot je na primer SEDL, lastnost izvajalca. [43] V skladu z zadevno določbo se gradnje lahko izvedejo „ne glede na način“. [44] To, da je s tem zajeta tudi vključitev podizvajalcev, je še posebej očitno v nemški jezikovni različici določbe; tam je navedeno, da gre za izvedbo neke gradnje „tretjih oseb“.

53. Če torej družba za razvoj mesta ponuja storitve projektiranja in izvedbe gradnje – lahko tudi ob pomoči podizvajalcev – je sama izvajalec v smislu člena 1(a) Direktive 93/37. V takem primeru je družba za razvoj mesta več kot le zastopnica (francosko: „mandataire“) naročnika, ki mu le pomaga pri iskanju primernih izvajalcev in skrbi za usklajevanje. Kdor se zaveže, da bo prevzel projektiranje in izvedbo gradnje, [45] je izvajalec v smislu Direktive 93/37.

54. Sicer pa se s statusom izvajalca v smislu člena 1(a) Direktive 93/37 ne predpostavlja, da mora nujno obstajati pridobitni cilj. To je mogoče sklepati že iz dejstva, da se tudi naročnikom zaupajo javna naročila. [46] V obdobju upada naročil so celo zasebna podjetja lahko zainteresirana za prevzem naročil, pri katerih ne pričakujejo nikakršnega oziroma opaznega dobička, da tako lažje pokrivajo vsaj svoje stalne stroške. V teh okoliščinah tudi v obravnavanem primeru to, da se je družba SEDL v javnopravni pogodbi o izvedbi prostorske ureditve zavezala, da bo morebitni presežek iz naslova gradnje in trženja mestnega razvedrilnega centra prenesla na mesto Roanne, ne izključuje že vnaprej, da bi imela ta družba lastnost izvajalca. [47]

43 – Sodba Milanska Scala (navedena v opombi 18, točka 90). V zvezi z vključitvijo podizvajalcev glej tudi – v povezavi z javnimi naročili storitev – sodbi z dne 2. decembra 1999 v zadevi Holst Italia (C-176/98, Recueil, str. I-8607, točka 26 in naslednje) in Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 33, točka 18).

44 – V zvezi s tem glej tudi točko 31 teh sklepnih predlogov, tretja alinea.

45 – V javnopravni pogodbi o izvedbi prostorske ureditve (glej njen člen 2(4)) se je družba SEDL izrecno zavezala, da bo prevzela izvedbo gradenj: „[…] l'Aménageur s'engage, pour sa part, à […] réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, […]“

46 – Sodbi z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 50, druga poved) in z dne 7. decembra 2000 v zadevi ARGE (C-94/99, Recueil, str. I-11037, točka 40); v istem smislu sodba Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 33, točki 18 in 19) in sodba z dne 13. januarja 2005 v zadevi Komisija proti Španiji (C-84/03, ZOdl., str. I-139, točke od 38 do 40).

47 – Člen 22(2) javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve.

55. S pogodbo o izvedbi prostorske ureditve z dne 25. novembra 2002 sta mesto Roanne in družba SEDL sklenila *pisno pogodbo*. To, da je pogodba o izvedbi prostorske ureditve javnopravna in da družbi SEDL dopušča, kolikor je to potrebno, ustrezno uveljavljanje javnopravnih pravic, zlasti opravljanje razlastitev, ne nasprotuje njeni opredelitvi kot *pogodbe* v smislu člena 1(a) Direktive 93/37. [48]

56. V obravnavanem primeru tudi *posel in-house* ali *kvazi posel in-house* [49] v smislu sodne prakse Teckal [50] *a priori* ne pride v poštev, ker je SEDL družba z mešanim kapitalom in ker posledično lokalni organi, ki imajo v njej deleže, nad njo ne morejo opravljati nadzora kot nad svojimi službami. [51]

57. Pogodba je *odplačna* vselej, kadar je naročnik zavezan za plačilo/storitev v zameno za storitve, ki jih mora opraviti izvajalec. [52] V skladu s ciljem Direktive 93/37 glede odpiranja trgov za javna naročila gradenj ter doseganja svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev na tem področju [53] je treba pojem odplačnosti razlagati široko. Ta pojem ne zajema le plačila v denarju, temveč tudi vsako obveznost, ki jo naročnik prevzame v zameno za izvajanje naročila gradenj, na primer zavezo za konkretno soudeležbo pri financiranju projekta ali kritju morebitnih izgub pri izvedbi projekta.

58. V obravnavanem primeru se mesto Roanne ni zavezalo le plačati 2.925.000 EUR za prenos javnega parkirišča. Zavezalo se je tudi za sodelovanje pri financiranju vseh gradenj, ki jih je treba izvesti, in sicer v višini 2.443.103 EUR za prvo stopnjo projekta in 3.034.341 EUR za celotno izvedbo projekta. Poleg tega je predvideno, da naj bi mesto Roanne samodejno postalo lastnik vseh zemljišč in vseh gradenj, ki se do konca projekta ne prenesejo na tretje osebe, pri čemer bi mesto odtlej zagotavljalo izvrševanje tekočih pogodb in prevzelo pogodbene dolgove družbe SEDL. Vsaka izmed teh obveznosti

48 – Sodba Milanska Scala (navedena v opombi 18, točka 73).

49 – V zvezi s tem glej točko 2 mojih sklepnih predlogov, predstavljenih 1. marca 2005 v zadevi Parking Brixen (navedena v opombi 39).

50 – Sodba Teckal (navedena v opombi 46, točka 50, druga poved); sodba z dne 8. maja 2003 v zadevi Španija proti Komisiji (C-349/97, Recueil, str. I-3851, točka 204, četrta poved); sodbi Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 33, točka 49, druga poved) in Komisija proti Španiji (navedena v opombi 46, točka 38); sodba z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-29/04, ZOdl., str. I-9705, točka 34) in sodba Carbotermo in Consorzio Alisei (navedena v opombi 31, točka 33); glej tudi – za dejanska stanja zunaj področja uporabe direktiv o javnih naročilih – sodbo Parking Brixen (navedena v opombi 39, točke 58, 59 in 62) in sodbo z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 24 in naslednje).

51 – Sodbe Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 33, točka 49); Komisija proti Avstriji (navedena v opombi 50, točka 46) in ANAV (navedena v opombi 50, točka 31).

52 – V tem smislu sodba Milanska Scala (navedena v opombi 18, točka 77).

53 – Druga uvodna izjava in prva poved desete uvodne izjave Direktive 93/37. Glej tudi točko 42 teh sklepnih predlogov.

ima naravo protistoritve, ki jo opravi naročnik, za projektiranje in gradnjo razvedrilnega centra, ki ju izpelje SEDL. Zato je javnopravna pogodba o izvedbi prostorske ureditve, kot je obravnavana pogodba, odplačna pogodba.

2. Drugo vprašanje: izračun vrednosti praga

60. Drugo vprašanje predložitvenega sodišča je osredotočeno na vrednost naročila v smislu člena 6 Direktive 93/37, kakor je bil spremenjen z Direktivo 97/52.

c) Vmesni predlog

59. S tem javnopravna pogodba o izvedbi prostorske ureditve, kot je sporna pogodba v postopku v glavni stvari, izpolnjuje vse zahteve v zvezi z javnim naročilom gradenj. Iz tega sledi, da je treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti:

61. Težava pri določitvi vrednosti naročila v obravnavanem primeru izhaja iz tega, da so prihodki družbe SEDL iz projektiranja in gradnje razvedrilnega centra sestavljeni iz več delov: prvič, mesto Roanne ji plača znesek 2.925.000 EUR za gradnjo javnega parkirišča. Drugič, mesto Roanne zagotovi skupni prispevek financiranja pri vseh gradnjah, ki jih je treba izvesti, in sicer v višini 2.443.103 EUR za prvo stopnjo projekta in 3.034.341 EUR za celotno izvedbo projekta, in, tretjič, SEDL dobi prihodke od prenosa delov razvedrilnega centra, ki niso bili namenjeni mestu Roanne, na tretje osebe. Dosegljivi prihodki od prenosa so v javnopravni pogodbi o izvedbi prostorske ureditve ocenjeni na 8.099.000 EUR.

če prvi naročnik v okviru ukrepov za razvoj mesta drugemu naročniku zaupa projektiranje in gradnjo razvedrilnega centra, pri katerem so le posamezni deli po koncu gradnje namenjeni prvemu naročniku, medtem ko je predvideno, da drugi naročnik druge dele tega centra neposredno prenese na tretje osebe, pri tem pa naj bi prvi naročnik prevzel dele, ki se do konca projekta ne prenesejo, ter v celoti prevzel tveganje izgub, govorimo o javnem naročilu gradenj v smislu člena 1 Direktive 93/37.

62. Predložitveno sodišče želi v bistvu izvedeti, katere izmed teh elementov je treba upoštevati pri izračunu vrednosti naročila; od tega je odvisno, ali je bila vrednost praga 5.000.000 SDR v obravnavanem primeru prekoračena ali ne. Besedilo člena 6 Direktive

93/37 na to vprašanje ne daje odgovora. Vendar je iz cilja te direktive mogoče sklepati na pomembne vidike, ki vplivajo na izračun vrednosti naročila.

63. Kot je že bilo omenjeno, je Direktiva 93/37 na splošno usmerjena k doseganju svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev ter zagotovitvi razvoja učinkovite konkurence pri javnih naročilih. [54] Vrednost praga, določena v členu 6 te direktive, se uporablja za identifikacijo tistih javnih naročil gradenj, za katere so še posebej zainteresirani izvajalci iz drugih držav članic. [55] Predvsem zaradi zaščite interesov teh izvajalcev in zagotovitve enakega obravnavanja v primerjavi z nacionalnimi ponudniki, je z Direktivo 93/37 predpisano izvajanje posebnih postopkov oddaje javnih naročil. [56]

64. V okviru člena 6 Direktive 93/37 je torej odločilen vidik morebitnega ponudnika. Le tako je mogoče ugotoviti, ali so za javno naročilo gradenj še posebej zainteresirani tuji izvajalci [57] in ali mora biti posledično tako naročilo zaradi odpiranja trgov in razvoja konkurence predmet posebnih postopkov oddaje javnih naročil v skladu s to direktivo.

65. S stališča morebitnih ponudnikov je pomemben predvsem *celotni obseg* javnega naročila gradenj, torej celotni promet, ki ga doseže izvajalec. [58] Če je torej javno naročilo gradenj tako, da so le deli gradenj, ki jih je treba izvesti, namenjeni samemu naročniku, sicer pa je predvideno, da se gradnja neposredno prenese na tretje osebe, je treba pri izračunu vrednosti naročila upoštevati tudi dele, namenjene tretjim osebam.

66. Pri tem ni pomembno, ali iz sredstev naročnika izhaja celotni promet, ki ga doseže izvajalec, ali le del tega prometa in ali gre za prejem delnih prihodkov neposredno od tretjih oseb. Če namreč naročnik naroča le

54 – Druga uvodna izjava in prva poved desete uvodne izjave Direktive 93/37. Glej tudi točko 43 teh sklepnih predlogov.

55 – V tem smislu glej šesto uvodno izjavo Direktive 93/37.

56 – Tudi pod vrednostmi praga se v skladu z zagotavljanjem temeljnih svoboščin zahteva vzpostavitev minimalne stopnje oglaševanja (*načelo preglednosti*; v zvezi s tem glej sodbo z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točke od 16 do 22) ter sodbi Parking Brixen (navedena v opombi 39, točke od 46 do 50) in ANAV (navedena v opombi 50, točke od 18 do 22)), vendar z manj strogimi zahtevami kot znotraj področja uporabe direktiv o javnih naročilih (v zvezi s tem glej moje sklepne predloge v zadevi Parking Brixen, navedeni v opombi 49, točka 37).

57 – Ta vidik je poudarjen tudi v sodbi z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji (C-16/98, Recueil, str. I-8315, točki 44 in 46) v zvezi s povezano problematiko v okviru 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).

58 – To temeljno razumevanje je končno tudi podlaga za člen 6, od (3) do (5), Direktive 93/37. V skladu s tem je odločilna celostna presoja gradnje ali naročila gradenj, pri čemer je treba preprečiti razdelitve, s katerimi bi bila gradnja oziroma naročilo gradenj v celoti ali delno izvzeto iz postopka oddaje javnih naročil.

celoten projekt, skupaj z morebitnimi sestavnimi deli, namenjenimi tretjim osebam, in ga prav tako tudi sofinancira, obstaja tudi v zvezi s celotnim projektom tveganje, da bi bili tuji ponudniki v slabšem položaju, tako da je na splošno ogrožena uresničitev ciljev odpiranja trgov in razvoja konkurence.

67. Če to prenesemo na obravnavani primer, to pomeni, da nikakor ni bilo primerno upoštevati le plačila, ki ga mesto Roanne opravi za javno parkirišče, v višini 2.925.000 EUR in predvidenega prispevka mesta pri financiranju v višini 3.034.341 EUR.[59] Upoštevati bi bilo treba tudi vse predvidene prihodke, ki naj bi jih izbrani izvajalec prejel od prenosa delov razvedrilnega centra na tretje osebe, to pomeni dodatnih 8.099.000 EUR. To v obravnavanem primeru še toliko bolj velja, saj so bili tudi deli razvedrilnega centra, namenjeni tretjim osebam, v znatnem obsegu subvencionirani prek skupnega prispevka financiranja, ki ga je zagotovilo mesto Roanne.

68. Če se pri izračunih poleg dejanskih finančnih obveznosti mesta Roanne[60] ne bi upoštevala tudi plačila za prenos, ki jih izvedejo tretje osebe, v višini 8.099.000 EUR, temveč le tveganje glede odgovornosti, ki ga v zvezi s tem prevzame mesto,[61] izračunana vrednost naročila ne bi v celoti izražala ocenjenega prometa in s tem interesa glede naročila gradenj pri morebitnih ponudnikih.

69. Glede na navedeno je treba na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti:

pri določitvi vrednosti naročila v smislu člena 6 Direktive 93/37, kakor je bil spremenjen z Direktivo 97/52, je treba upoštevati celotni obseg naročila, kot se kaže z vidika izvajalca. Ni dovolj upoštevati le cene posameznih delov gradnje, prenesenih naročniku, ter obsega prispevka financiranja, ki ga zagotovi naročnik, in morebitnega tveganja glede odgovornosti, ki ga ta prevzame.

59 – Kolikor je znano, je bilo že vnaprej predvideno, da se izvedba obeh stopenj projekta preda istemu izvajalcu. Zato je odločilen prispevek mesta pri financiranju celotne izvedbe projekta (sklepanje *a fortiori* v členu 6(3) Direktive 93/37, v skladu s katerim bi bilo treba upoštevati vrednost več sklopov). Poleg tega bi bilo treba upoštevati tudi znesek 210.000 EUR, omenjen v opombi 10, ki naj bi ga prispevali drugi udeleženci.

60 – Torej 2.925.000 EUR za javno parkirišče in prispevek financiranja v višini 3.034.341 EUR za celotno izvedbo projekta (glej opombo 59).

61 – Mesto Roanne torej samodejno prevzame dele razvedrilnega centra, ki se do konca projekta ne prenesejo na tretje osebe, hkrati pa prevzame tudi vse tekoče dolgove.

3. Tretje vprašanje: opustitev postopka oddaje javnih naročil

70. S tretjim vprašanjem želi predložitveno sodišče v bistvu izvedeti, ali se sme postopek oddaje javnih naročil v skladu z Direktivo 93/37 opustiti, če je v skladu z nacionalnim pravom dovoljeno skleniti obravnavano pogodbo le z določenimi pravnimi osebami, ki bodo morale v primeru oddaje morebitnih nadaljnjih naročil izpeljati ustrezne postopke.

71. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba direktive o javnih naročilih uporabiti tudi takrat, kadar je izbrani izvajalec sam naročnik.[62] Zato je treba celo v takem primeru načeloma izvesti postopek oddaje javnih naročil.

72. Izbranemu izvajalcu, ki je na primer v vlogi glavnega podjetja, se namreč lahko pri poznejši izbiri podizvajalcev zaupa izvedba postopkov oddaje javnih naročil. Vendar se taki naknadni postopki oddaje javnih naročil praviloma nanašajo samo na posamezne dele celotnega naročila. Poleg tega pogodbe, sklenjene s podizvajalci, že zaradi majhne vrednosti njihovih naročil morebiti ne dosegajo veljavnih vrednosti praga in so zato zunaj področja uporabe direktiv o javnih naročilih. S tem bi bila vsaj vloga usklajevanja, ki jo prevzemajo glavna podjetja, vselej izvzeta iz postopkov oddaje javnih naročil. Morebitni poznejši postopki oddaje javnih naročil za podizvajalce zato ne morejo nadomestiti začetne opustitve postopka oddaje javnih naročil za glavno podjetje.

73. To velja tudi v obravnavanem primeru: sicer je predvideno, da SEDL nekatere naloge pri projektiranju in gradnji razvedrilnega centra v mestu Roanne odstopi podizvajalcem in v zvezi s tem tudi izpelje ustrezne postopke oddaje javnih naročil, vendar s tem nikakor niso zajete vse naloge, ki jih SEDL prevzame v javnopravni pogodbi o izvedbi prostorske ureditve, zlasti ne usklajevanje in skupna odgovornost, ki jo prevzema pri gradnji razvedrilnega centra. Predmet javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve, sklenjene med mestom Roanne in družbo SEDL, se torej ne ujema s predmetom morebitnih nadaljnjih naročil družbe SEDL za njene podizvajalce.

74. Vse to utemeljuje domnevo, da se javnopravna pogodba o izvedbi prostorske

62 – Sodbi Teckal (navedena v opombi 46, točka 42, druga poved, in točka 51) in ARGE (navedena v opombi 46, točka 40); v istem smislu sodbi Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 33, točki 18 in 19) in Komisija proti Španiji (navedena v opombi 46, točke od 38 do 40).

ureditve, kot je obravnavana, ne bi smela skleniti brez predhodnega postopka oddaje javnih naročil.

75. Temu ne nasprotuje niti sodba Milanska Scala; v tem primeru je Sodišče razpisne postopke, ki jih v skladu z Direktivo 93/37 občina izvede pred oddajo javnega naročila gradenj, štelo za nepotrebne in navedlo, da je bil polni učinek Direktive 93/37 upoštevan tudi s tem, da je nacionalna zakonodaja dopuščala, da zadevna občinska uprava naloži parcelnemu lastniku, ki je imetnik gradbenega dovoljenja, da sam izpelje te postopke. [63]

76. Kot je namreč Sodišče pozneje pojasnilo, je bilo tako sklepanje upravičeno samo v posebnih okoliščinah, kakršne so bile v zadevi Milanska Scala; za dejansko stanje, ki je privedlo do te zadeve, je bilo značilno, da je bil gradbenik, ki se mu dodeli javno naročilo gradenj, po zakonu lastnik parceliranih zemljišč in imetnik gradbenega dovoljenja, torej določen že vnaprej, zato občina kot naročnica ni imela možnosti izbrati drugega izvajalca. [64]

63 – Sodba Milanska Scala (navedena v opombi 18, točka 100).

64 – Sodba Komisija proti Franciji z dne 20. oktobra 2005 (navedena v opombi 15, točka 57).

77. Nič ne kaže na to, da bi bilo v obravnavanem primeru mesto Roanne podobno omejeno glede izbire pogodbene stranke in da bi bila družba SEDL že vnaprej, namreč po zakonu, določena za izbrano gradbenico.

78. V obdobju, upoštevnem za obravnavani primer, so se javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve po francoskem pravu lahko sklepale le z omejenim krogom oseb. Iz prejšnjega člena L. 300-4, drugi odstavek, zakona o urbanističnem načrtovanju namreč izhaja, da so takrat kot pogodbene stranke lahko nastopali le francoski javni subjekti in nekatere francoske družbe z mešanim kapitalom. Vendar to ne pomeni, da je bilo naročilo – kot v primeru Milanska Scala – po zakonu dodeljeno le enemu izvajalcu, ki je bil že vnaprej določen.

79. Z obstojem določbe, kot je nekdanji člen L. 300-4, drugi odstavek, zakona o urbanističnem načrtovanju, ni mogoče upravičiti opustitve postopka oddaje javnih naročil v skladu z Direktivo 93/37 še zaradi nekega drugega razloga: taka določba s tem, da zožuje krog morebitnih pogodbenih strank na nekaj pravnih oseb, za katere je značilno, da so ali francoski javni subjekti ali pa jih ti nadzirajo, že vnaprej onemogoča,

da bi naročniki izbirali partnerje za javnopravne pogodbe o izvedbi prostorske ureditve tudi med tujimi izvajalci. Zaradi tega bi bilo lahko pri številnih pomembnih naročilih gradenj odpiranje trgov onemogočeno. To bi bilo v nasprotju s ciljem Direktive, v skladu s katerim je treba na področju javnih naročil gradenj odpraviti omejitve v zvezi s svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev ter na zadevnih trgih zagotoviti razvoj učinkovite konkurence. [65]

80. Le člen 6 Direktive 92/50 dopušča opustitev postopka oddaje javnih naročil, če se izvajalcu, ki je tudi sam naročnik, pri uveljavljanju nekaterih izključnih pravic, ki mu pripadajo, dodelijo javna naročila storitev. Ker gre za izjemo, je treba to določbo razlagati ozko, [66] hkrati pa je ni mogoče po analogiji uporabiti pri drugih direktivah o javnih naročilih. [67] Sicer pa, kolikor je znano, mešane družbe za razvoj mesta, kot je SEDL, tako ali tako nimajo izključne pravice v smislu zadevne določbe glede projektiranja in gradnje mestnih razvedrilnih centrov.

81. Na vprašanje, ali iz člena 11 Direktive 2004/18 za prihodnje primere izhaja kaj drugega, v obravnavanem primeru ni treba odgovoriti, saj dejansko stanje iz postopka v glavni stvari ne spada v časovno področje uporabe te direktive.

82. Zato je treba na tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti:

opustitev postopka oddaje javnih naročil v skladu z Direktivo 93/37 samo zato, ker je v skladu z nacionalnim pravom dovoljeno skleniti obravnavano pogodbo le z določenimi pravnimi osebami, ki bodo morale v primeru oddaje morebitnih nadaljnjih naročil izpeljati ustrezne postopke, ni dopustna.

65 – Glej zlasti drugo in deseto uvodno izjavo Direktive 93/37 ter načelo prepovedi diskriminacije, vsebovano v členu 6(6) te direktive. V istem smislu tudi sodba z dne 20. oktobra 2005, Komisija proti Franciji, navedena v opombi 15, točke 60, 61 in 68.

66 – Glede načela ozke razlage oprostitev v zvezi z načeli na področju javnih naročil glej sodbe Komisija proti Španiji (navedena v opombi 50, točka 48); Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 33, točka 46) in ANAV (navedena v opombi 50, točka 26).

67 – V tem smislu sodbi Teckal (navedena v opombi 46, točka 44) in Carbotermo in Consorzio Alisei (navedena v opombi 31, točka 33).

VI – Predlog

83. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je predložilo Tribunal administratif de Lyon, odgovori:

1. Če prvi naročnik v okviru ukrepov za razvoj mesta drugemu naročniku zaupa projektiranje in gradnjo razvedrilnega centra, pri katerem so le posamezni deli po koncu gradnje namenjeni prvemu naročniku, medtem ko je predvideno, da drugi naročnik druge dele tega centra neposredno prenese na tretje osebe, pri tem pa naj bi prvi naročnik prevzel dele, ki se do konca projekta ne prenesejo, ter v celoti prevzel tveganje izgub, govorimo o javnem naročilu gradenj v smislu člena 1 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje.

2. Pri določitvi vrednosti naročila v smislu člena 6 Direktive 93/37, kakor je bil spremenjen z Direktivo 97/52, je treba upoštevati celotni obseg naročila, kot se kaže z vidika izvajalca. Ni dovolj upoštevati le cene posameznih delov gradnje, prenesenih naročniku, ter obsega prispevka financiranja, ki ga zagotovi naročnik, in morebitnega tveganja glede odgovornosti, ki ga ta prevzame.

3. Opustitev postopka oddaje javnih naročil v skladu z Direktivo 93/37 samo zato, ker je v skladu z nacionalnim pravom dovoljeno skleniti obravnavano pogodbo le z določenimi pravnimi osebami, ki bodo morale v primeru oddaje morebitnih nadaljnjih naročil izpeljati ustrezne postopke, ni dopustna.