Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MACIEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 24. februarja 2022 [1]

Zadeva C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
proti
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložil Consiglio di Stato (državni svet, Italija))

„Predhodno odločanje – Javna naročila – Koncesijske pogodbe – Oddaja upravljanja storitve integriranega izobraževanja družbi z mešanim kapitalom – Določitev zasebnega družbenika v skladu z razpisnim postopkom – Zahteva po udeležbi zasebnega družbenika v kapitalu družbe z mešanim kapitalom v višini najmanj 30 % – Posredna udeležba javnega naročnika v kapitalu zasebnega družbenika“

I. Uvod

1. Pri tem predhodnem odločanju ima Sodišče priložnost, da pojasni svojo sodno prakso v zvezi s tem, kako se v pravu Unije razlaga institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo, ki ga javni naročniki včasih sklenejo namesto „klasičnega“ javnega naročila ali koncesijske pogodbe.

2. Čeprav nobena zavezujoča določba prava Unije ne ureja izrecno institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, [2] ga Evropska komisija opredeljuje kot obliko sodelovanja med javnimi in zasebnimi partnerji, ki ustanovijo subjekt z mešanim kapitalom, ki izvaja javna naročila ali koncesije [3] in je predmet sodne prakse Sodišča. Sodišče je zlasti menilo, da pravo Unije praviloma ne nasprotuje uporabi postopka v okviru institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, po katerem se po eni strani izbere zasebni partner in po drugi strani odda javno naročilo ali podeli koncesija javno-zasebnemu subjektu, ki se ustanovi. [4]

[1] Jezik izvirnika: francoščina.

[2] V zvezi z različnimi oblikami javno-zasebnega partnerstva, zlasti institucionaliziranega, kar se tiče prava Unije, glej Bovis, Ch., „Chapter 18: Public service partnerships“, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, ur. Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, str. 554 in naslednje.

[3] Glej Zeleno knjigo o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij (COM(2004) 327 final), točka 54.

[4] Glej zlasti sodbo z dne 15. oktobra 2009, Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628; v nadaljevanju: sodba Acoset).

3. Zdi se, da je neobstoj določb prava Unije, ki bi urejale institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo, vzrok za težave, predstavljene v tem predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki se odražajo v strukturi in vsebini teh sklepnih predlogov. Z vidika prava Unije pravna težava, na katero se nanaša obravnavana zadeva, ni niti jasno opredeljena niti natančno umeščena v okvir.

4. S podrobno preučitvijo tega predloga za sprejetje predhodne odločbe sem ugotovil, da želi predložitveno sodišče s postavljenima vprašanjema izvedeti, ali je način, kako je javni naročnik izračunal zasebni delež v subjektu z mešanim kapitalom, ki se ustanovi, ter na tej podlagi izključil ponudnika iz postopka javnega razpisa, združljiv z direktivama 2014/23/EU[5] in/ali 2014/24/EU[6].

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2014/23

5. Člen 3 Direktive 2014/23 določa:

„1. Javni naročniki in naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

Postopek podelitve koncesije, vključno z oceno njene vrednosti, ni zasnovan z namenom, da bi bil izključen iz področja uporabe te direktive ali da bi neupravičeno zagotavljal boljšo oziroma slabšo obravnavo nekaterih gospodarskih subjektov ali nekaterih gradenj, blaga ali storitev.

2. Javni naročniki in naročniki bi si morali prizadevati za zagotavljanje transparentnosti postopka podelitve in izvajanja pogodbe, ob upoštevanju člena 28.“

6. Člen 30(1) in (2) navedene direktive določa:

„1. Javni naročnik ali naročnik ima pravico organizirati postopek izbire koncesionarja ob upoštevanju te direktive.

2. Postopek za podeljevanje koncesije je zasnovan tako, da upošteva načela iz člena 3. Med postopkom podeljevanja koncesije je pomembno zlasti, da javni naročnik ali naročnik informacij ne zagotavlja na diskriminatoren način, zaradi katerega bi lahko nekateri kandidati ali ponudniki imeli prednost pred drugimi.“

7. Člen 38(1) navedene direktive določa:

„Javni naročniki in naročniki preverijo pogoje za sodelovanje v zvezi s strokovno in tehnično sposobnostjo ter finančnim in ekonomskim položajem kandidatov ali ponudnikov na podlagi njihovih lastnih izjav ter navedbe ali navedb, ki jih morajo slednji predložiti kot dokazila v skladu z zahtevami iz obvestila o koncesiji, ki so nediskriminatorne in sorazmerne s predmetom koncesije. Pogoji za sodelovanje so povezani in sorazmerni s potrebo po zagotovitvi, da je

[5] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1).

[6] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

koncesionar sposoben izvajati koncesijo, pri čemer je treba upoštevati predmet koncesije in namen, da se zagotovi resnična konkurenca.“

2. Direktiva 2014/24

8. Člen 18(1) Direktive 2014/24 določa:

„Javni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

Javno naročilo ni zasnovano z namenom, da se izključi iz področja uporabe te direktive ali da se umetno omeji konkurenca. Konkurenca se šteje za umetno omejeno, če je javno naročilo zasnovano z namenom, da neupravičeno zagotavlja boljšo oziroma slabšo obravnavo nekaterih gospodarskih subjektov.“

9. Člen 58(1) navedene direktive določa:

„Pogoji za sodelovanje se lahko nanašajo na:

(a) ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti;

(b) ekonomski in finančni položaj;

(c) tehnično in strokovno sposobnost.

Javni naročniki lahko gospodarskim subjektom kot zahteve za sodelovanje naložijo le pogoje iz odstavkov 2, 3 in 4. Vse zahteve omejijo na tiste, s katerimi je mogoče ustrezno zagotoviti, da ima kandidat ali ponudnik pravne in finančne zmogljivosti ter tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja. Vse zahteve so povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila.“

B. Italijansko pravo

10. V italijanskem pravu ureditev na področju mešanih družb ureja decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (zakonska uredba št. 175 – enotno besedilo o podjetjih v javni lasti) z dne 19. avgusta 2016[7] v različici, ki velja za spor o glavni stvari (v nadaljevanju: zakonska uredba št. 175).

11. V skladu s členom 1 zakonske uredbe št. 175 je njen cilj zagotoviti učinkovito upravljanje javnih deležev, varovati in spodbujati konkurenco in trg ter racionalizirati in zmanjšati javne izdatke. Navedena uredba določa, da lahko javna uprava za upravljanje zadevnih dejavnosti iz člena 4 izbira med notranjim upravljanjem prek družbe, katere kapital je v celoti v njeni lasti, in ustanovitvijo mešane družbe, ter podrobno ureja to drugo možnost, da bi bila združljiva s pravom Unije.

[7] GURI št. 210 z dne 8. septembra 2016, str. 1.

12. Glede te druge možnosti člen 17(1) zakonske uredbe št. 175 določa:

„V mešanih javno-zasebnih družbah udeležba zasebnega subjekta ne more biti manjša od 30 % in njegova izbira poteka po postopku oddaje javnega naročila v skladu s členom 5(9) zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016,[8] njen cilj pa je vpis ali pridobitev lastništva deleža zasebnega družbenika in oddaja naročila ali koncesije, ki je izključni predmet dejavnosti mešane družbe."

III. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari

13. Mesto Rim je leta 2018 objavilo javni razpis z dvojnim ciljem, in sicer izbrati zasebnega družbenika, s katerim bi skupaj ustanovila družbo z mešanim javno-zasebnim kapitalom (v nadaljevanju: mešana družba, ki se ustanovi), in tej družbi dodeliti storitev integriranega izobraževanja v znesku, ocenjenem na 277.479.616,21 EUR, v pristojnosti mesta Rim. V skladu z razpisno dokumentacijo bi moralo mesto Rim imeti 51-odstotni delež v navedeni družbi, preostalih 49 % pa naj bi pridobil zasebni družbenik, ki bi moral prevzeti celotno operativno tveganje.

14. Skupina, ki jo sestavljata družbi Roma Multiservizi SpA in Rekeep SpA, je predložila ponudbo.

15. Ta skupina je bila z odločbo št. 435 z dne 1. marca 2019 (v nadaljevanju: odločba o izključitvi) izključena iz postopka v teku, ker je bila družba Roma Multiservizi v 51-odstotni lasti družbe AMA SpA, katere kapital je bil v celoti v lasti mesta Rim, in ker bi s sprejetjem ponudbe navedene skupine mesto Rim v resnici postalo lastnik 73,5-odstotnega dejanskega deleža v mešani družbi, ki se ustanovi,[9] s čimer bi bil presežen 51-odstotni prag, določen v razpisni dokumentaciji.

16. Družbi Rekeep in Roma Multiservizi sta to odločbo izpodbijali pred Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija), ki je njuni tožbi zavrnilo s sodbama z dne 18. junija 2019.

17. Družbi Rekeep in Roma Multiservizi sta pri predložitvenem sodišču vložili pritožbi zoper ti sodbi.

18. Iz stališč teh strank izhaja, da je mesto Rim v času preučitve njunih pritožb v postopku s pogajanji izvajanje zadevne storitve dodelilo zadrugi CNS.

[8] Zakonska uredba št. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (zakonska uredba št. 50 o prenosu direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb, javnih naročilih in javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev, in za reorganizacijo veljavne ureditve na področju javnega naročanja del, storitev in blaga), z dne 18. aprila 2016 (redni dodatek h GURI št. 91 z dne 19. aprila 2016).

[9] Dejanski 51-odstotni delež je namreč izhajal že iz razpisne dokumentacije. V skladu s to dokumentacijo bi moralo imeti mesto Rim 51-odstotni delež v mešani družbi, ki se ustanovi. Kar se tiče preostalega deleža (73,5 % - 51 % = 22,5 %), naj bi dejanski 22,5-odstotni delež v tej družbi izhajal iz dejstva, da je delež družbe Roma Multiservizi v skupini, ustanovljeni z družbo Rekeep, znašal približno 90 %. Zato naj bi to, da je 51 % kapitala družbe Roma Multiservizi v lasti družbe AMA – katere kapital je v celoti v lasti mesta Rim – pomenilo, da ima mesto Rim dejanski 22,5-odstotni delež v mešani družbi, ki se ustanovi (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). Družba Rekeep in Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (zadruga CNS) namreč v svojih pisnih stališčih navajata, da je bilo po eni strani predvideno, da bo ta skupina v 10-odstotni lasti družbe Rekeep kot pooblastitelja in 90-odstotni lasti družbe Roma Multiservizi kot glavnega pooblaščenca, ter po drugi strani, da bosta ti družbi udeleženi v kapitalu mešane družbe, ki se ustanovi z mestom Rim, sorazmerno s svojim deležem v tej skupini.

IV. Postopek pred Sodiščem in vprašanji za predhodno odločanje

19. V teh okoliščinah je Consiglio di Stato (državni svet) z odločbo z dne 13. februarja 2020, ki je na Sodišče prispela 22. julija 2020, prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil ti vprašanji:

„1. Ali je v skladu s pravom [Unije] in pravilno razlago uvodnih izjav 14 in 32 ter členov 12 in 18 Direktive 24/2014/EU in člena 30 Direktive 23/2014/EU, tudi ob upoštevanju člena 107 PDEU, da je treba pri določitvi minimalne meje 30-odstotne udeležbe zasebnega družbenika v mešani javno-zasebni družbi, ki jo nacionalni zakonodajalec šteje za primerno v skladu z načeli [prava Unije], ki so na tem področju določena s sodno prakso Unije, […] upoštevati izključno formalno sestavo oziroma sestavo na papirju navedenega družbenika, ali lahko – oziroma mora – organ, ki vodi postopek oddaje javnega naročila, upoštevati svojo posredno udeležbo v osnovnem kapitalu zasebnega družbenika ponudnika?

2. Če je odgovor na prejšnje vprašanje pritrdilen, ali je v skladu z načeli [prava Unije] in zlasti z načeli konkurence, sorazmernosti in ustreznosti, da organ, ki izvaja postopek oddaje javnega naročila, iz postopka oddaje javnega naročila lahko izloči konkurenčnega zasebnega družbenika, čigar dejanska udeležba v mešani javno-zasebni družbi je zaradi ugotovljenega neposrednega ali posrednega javnega lastništva dejansko nižja od 30 odstotkov?“

20. Pisna stališča so predložile stranke v postopku v glavni stvari in zadruga CNS ter Komisija. Obravnave ni bilo.

V. Analiza

A. Predmet vprašanj za predhodno odločanje

21. Iz predloga za sprejetje predhodne odločbe je razvidno, da predložitveno sodišče glede na okoliščine zadeve v glavni stvari upošteva dve zahtevi v zvezi z javnim deležem in zasebnim deležem v mešani družbi, ki se ustanovi.

22. Prva zahteva se nanaša na minimalni prag 30-odstotne udeležbe zasebnega družbenika za vstop v kapital subjekta z mešanim kapitalom, ki se ustanovi, v skladu s členom 17(1) zakonske uredbe št. 175. Ta minimalni prag zasebnega deleža logično ustreza najvišjemu pragu javnega deleža, ki znaša 70 %.

23. Druga zahteva je zahteva, ki jo je v obravnavanem primeru v javnem razpisu določil sam javni naročnik, in sicer 49-odstotna udeležba zasebnega družbenika in 51-odstotna udeležba naročnika.

24. Vprašanji za predhodno odločanje, kot ju je oblikovalo predložitveno sodišče, se nanašata le na minimalni prag 30-odstotne udeležbe zasebnega družbenika za vstop v kapital mešane družbe. V tem okviru moram opozoriti, da predložitveno sodišče Sodišča ne sprašuje o veljavnosti tega praga glede na pravo Unije. Na podlagi teh vprašanj se zdi, da želi predložitveno sodišče izvedeti, ali pravo Unije nasprotuje temu, da bi se pri določitvi takega minimalnega praga 30-odstotne udeležbe upoštevala posredna udeležba javnega naročnika v osnovnem kapitalu tega zasebnega družbenika.

25. Vendar obrazložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe ni tako enoznačna glede predmeta vprašanj za predhodno odločanje.

26. Po eni strani namreč predložitveno sodišče v skladu z ubeseditvijo vprašanj za predhodno odločanje navaja, da je treba za rešitev zadeve v glavni stvari „ugotoviti, ali je treba za spoštovanje pragov udeležbe v mešani družbi [ki se ustanovi] (ne več kot 70 %, kar se tiče javnega deleža, in ne manj kot 30 %, kar se tiče deleža zasebnega družbenika) upoštevati le pravno naravo zasebnega družbenika ali pa je treba, kadar je v njegovem kapitalu udeležen javni delničar, upoštevati tudi javni delež“.

27. Predložitveno sodišče po drugi strani navaja tudi, da zakonitost omejitev javnega deleža (51 %) in zasebnega deleža (49 %) v sporu o glavni stvari ni bila izpodbijana. Zato meni, da „se [ta] spor nanaša na zakonitost odločbe javnega naročnika, ki je menil, da je treba pri preučitvi spoštovanja zgornje meje 51-odstotnega deleža v novi družbi, ki naj bi bila ustanovljena, upoštevati tudi njegovo [posredno udeležbo v tej družbi]“.

28. Glede na nejasnost predmeta vprašanj za predhodno odločanje moram opozoriti, na prvem mestu, da predložitveno sodišče navaja, da *lex specialis* o javnem razpisu, katerega določbe „se uporabljajo“ v zadevi v glavni stvari, natančno določa javni in zasebni delež v višini 51 % oziroma 49 %.[10] Zdi se torej, da se predložitveno sodišče v okviru spora o glavni stvari, ki se nanaša na odločbo o izključitvi, sprašuje predvsem o zahtevah glede javnega in zasebnega deleža v razpisni dokumentaciji.

29. Na drugem mestu, na vprašanje o tem, ali je bila odločba o izključitvi formalno utemeljena s kršitvijo člena 17(1) zakonske uredbe št. 175 ali z nespoštovanjem zahteve glede razporeditve kapitala, določene v razpisni dokumentaciji, so stranke večinoma dale prednost drugi možnosti.

30. Družba Roma Multiservizi je kategorično odgovorila z navedbo, da odločba o izključitvi temelji na domnevnem nespoštovanju razporeditve osnovnega kapitala iz razpisne dokumentacije.

31. Mesto Rim je najprej navedlo, da ponudba skupine, na katero se nanaša odločba o izključitvi, vključuje dve nepravilnosti v zvezi z zahtevama glede javnega in zasebnega deleža. Vendar je mesto Rim nato povzelo razloge za izključitev te skupine, iz katerih izhaja, da ta izključitev temelji na razumevanju, da „bi bil delež tveganega kapitala v [mešani družbi, ki se ustanovi], ki se lahko pripiše zasebnim naložbam, manjši od 49 %, s čimer očitno niso izpolnjeni pogoji, navedeni v razpisni dokumentaciji in aktih, ki jih je odobril občinski svet“.

32. V skladu z odgovorom mesta Rim je družba Rekeep navedla, da je v obrazložitvi odločbe o izključitvi navedeno le nespoštovanje deležev kapitala, določenih v razpisni dokumentaciji, in dodano, da se uvodne ugotovitve navedene odločbe sklicujejo na zakonsko uredbo št. 175.

33. Zdi se, da gre odgovor Komisije implicitno v isto smer. Navedena institucija meni, da je očitno, da določitev zasebnega deleža v višini 49 % – in izključitev, ki iz tega izhaja – temelji izključno na omejitvi, določeni v členu 17 zakonske uredbe št. 175. Iz tega sklepam, da po mnenju Komisije izključitev *izhaja* neposredno iz nespoštovanja zahteve v zvezi z zasebnim deležem, v razpisni dokumentaciji določenim v višini 49 %.

[10] Podobno sta glede na informacije iz predloga za sprejetje predhodne odločbe družbi Roma Multiservizi in Rekeep izpodbijali odločbo o izključitvi zlasti s sklicevanjem na kršitev, napačno uporabo in nedopustno teleološko razlago tistega, kar ti stranki štejeta za *lex specialis*.

34. Le zadruga CNS meni, da odločba o izključitvi temelji tako na kršitvi člena 17(1) zakonske uredbe št. 175 kot na neizpolnitvi zahteve glede razporeditve kapitala, določene v razpisni dokumentaciji. Vendar se odlomki navedene odločbe, ki jih povzema zadruga CNS, nanašajo le na zahteve glede javnega in zasebnega deleža, določene v javnem razpisu.

35. Glede na ta pojasnila je treba šteti, da želi predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje izvedeti, ali pravo Unije nasprotuje temu, da bi se pri določitvi odstotka zasebnega deleža v mešani družbi, ki se ustanovi, upoštevala posredna udeležba javnega naročnika v osnovnem kapitalu zasebnega družbenika ponudnika.

36. Zato je treba drugo vprašanje za predhodno odločanje razumeti tako, da želi predložitveno sodišče izvedeti, ali pravo Unije nasprotuje temu, da javni naročnik iz javnega razpisa izključi zasebnega družbenika ponudnika, katerega dejanski delež v subjektu z mešanim kapitalom, ki se ustanovi, ne izpolnjuje zahteve glede minimalnega praga zasebnega deleža, določene v razpisni dokumentaciji.

37. Navesti je treba nekaj dodatnih pripomb glede tako preoblikovanih vprašanj za predhodno odločanje.

38. Najprej, iz prvotne ubeseditve prvega vprašanja izhaja, da želi predložitveno sodišče ugotoviti, ali pravo Unije nasprotuje temu, da javni naročnik ne upošteva katerega koli javnega deleža v kapitalu zasebnega družbenika ponudnika, temveč le „svojo udeležbo“ v njegovem kapitalu („lahko – oziroma mora – organ, ki vodi postopek oddaje javnega naročila, upoštevati njegovo [svojo] posredno udeležbo v konkurenčni zasebni družbi [osnovnem kapitalu zasebnega družbenika ponudnika]“). Več odlomkov predloga za sprejetje predhodne odločbe potrjuje tako razumevanje ne le zahtev glede javnega in zasebnega deleža v javnem razpisu,[11] temveč tudi – in še pomembneje v okviru zadeve v glavni stvari – v odločbi o izključitvi.[12]

39. Dalje, iz ubeseditve prvega vprašanja za predhodno odločanje izhaja, da predložitveno sodišče obravnava to, da se „lahko – oziroma mora –“ upoštevati taka posredna udeležba. Ni sporno, da je v zadevi v glavni stvari javni naročnik upošteval svojo posredno udeležbo. Za nadzor odločbe o izključitvi zadostuje ugotoviti, ali pravo Unije nasprotuje takemu upoštevanju.

40. Poleg tega predložitveno sodišče navaja, da se drugo vprašanje za predhodno odločanje postavlja, če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen. Vendar prvo vprašanje v prvotni ubeseditvi vsebuje dve možnosti („Ali je v skladu [z določbami prava Unije], da je treba […] upoštevati izključno [neposredno udeležbo,] ali lahko – oziroma mora – [javni naročnik] upoštevati [posredno udeležbo] v konkurenčni zasebni družbi [osnovnem kapitalu zasebnega družbenika ponudnika?]“). Vsekakor je treba šteti, da se drugo vprašanje postavlja, če je odgovor na prvo vprašanje, da pravo Unije ne nasprotuje upoštevanju posredne udeležbe javnega naročnika v osnovnem kapitalu zasebnega družbenika ponudnika.

[11] Predložitveno sodišče zlasti navaja, da je javni naročnik „določil, da je delež mesta Rim 51 %, delež zasebnega deležnika pa 49 %“, in da je ta naročnik objavil javni razpis, v katerem je „določil, da je delež mesta Rim 51 %“.

[12] Predložitveno sodišče zlasti navaja, da „bi imelo mesto Rim na koncu v javno-zasebni družbi dejanski 73,5-odstotni delež, ki bi presegal omejitev v višini 51 %, določeno v razpisni dokumentaciji,“ in da „bi udeležba mesta Rim v [mešani družbi, ki se ustanovi,] presegla omejitev v višini 51 %“.

41. Nazadnje, za koristen odgovor predložitvenemu sodišču je treba opredeliti ureditev, ki se uporablja v postopku v glavni stvari, in njene določbe, katerih razlaga je potrebna za rešitev spora, o katerem odloča. Zdi se namreč, da niso upoštevne vse določbe, ki jih predložitveno sodišče navaja v svojem predlogu za sprejetje predhodne odločbe. Iz tega razloga nekatere stranke izpodbijajo dopustnost vprašanj za predhodno odločanje.

B. Dopustnost vprašanj za predhodno odločanje in ureditev, ki se uporablja

42. Predložitveno sodišče v svojem prvem vprašanju navaja več določb prava Unije, ne da bi izrecno pojasnilo razloge, zakaj se sprašuje o njihovi razlagi. V drugem vprašanju navaja le načela prava, zlasti načela konkurence, sorazmernosti in ustreznosti, ne navaja pa nobene določbe tega prava.

43. V zvezi s tem Komisija meni, da prvo vprašanje za predhodno odločanje ni dopustno, ker se nanaša na člen 107 PDEU, zadruga CNS pa izpodbija dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe v celoti.[13] Ta ugovora nedopustnosti bom preučil v okviru svoje preučitve predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki jo bom opravil za opredelitev določb prava Unije, upoštevnih za to zadevo.

1. Direktivi 2014/23 in 2014/24

44. Prvo vprašanje za predhodno odločanje, kot ga je oblikovalo predložitveno sodišče, se nanaša tako na Direktivo 2014/23 kot na Direktivo 2014/24. Ti direktivi določata pravila, ki se uporabljajo za postopke podeljevanja koncesijskih pogodb oziroma za postopke javnega naročanja.

45. Za opredelitev direktive, ki se uporablja za obravnavani primer, je treba preučiti predmet javnega razpisa in pogodbo, ki jo je javni naročnik želel skleniti na podlagi objave tega javnega razpisa.

46. Javni razpis iz postopka v glavni stvari ima dva predmeta, tako da je mogoče šteti, da je pogodba, ki se sklene, sestavljena iz dveh točk, pri čemer se prva nanaša na izbiro zasebnega družbenika v mešani družbi, ki se ustanovi, druga pa na dodelitev storitve integralnega izobraževanja tej družbi.

47. Ali lahko prva točka vpliva na upoštevnost Direktive 2014/23 oziroma Direktive 2014/24 glede dveh točk pogodbe iz postopka v glavni stvari? Sodna praksa vsebuje koristne oporne točke za odgovor na to vprašanje.

[13] Po mnenju zadruge CNS predložitveno sodišče predlaga le nadzor združljivosti nacionalnega prava glede na splošna načela prava Unije, ne da bi konkretno navedlo specifične določbe, glede na katere bi bilo treba preučiti to združljivost. Po mnenju zadruge CNS na neupoštevnost vprašanja za predhodno odločanje kaže tudi dejstvo, da v pravu Unije ne obstajajo posebne določbe o obliki javno-zasebnega partnerstva.

a) Upoštevna sodna praksa

48. Sodišče se je v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Club Hotel Loutraki in drugi,[14] srečalo s podobnim vprašanjem. Predlog za sprejetje predhodne odločbe se je nanašal na pogodbo, sestavljeno iz treh dogovorov: dogovora o prodaji 49 % delnic javnega podjetja zaradi njegove privatizacije, dogovora, da pridobitelj prevzame vodenje igralnice proti plačilu, in dogovora, da se ta pridobitelj zaveže, da bo izvedel načrt prenove igralnice.

49. Sodišče je za rešitev tega vprašanja, potem ko je potrdilo, da je predložitveno sodišče pogodbo upravičeno opredelilo za „mešano pogodbo“,[15] preučilo, ali je zadevna pogodba nedeljiva celota in ali zaradi svojega glavnega predmeta v celoti spada na področje uporabe ene od zadevnih direktiv.[16] Sodišče se je pri tem sklicevalo na sodno prakso, v skladu s katero „je treba v primeru mešane pogodbe, katere različne točke so […] neločljivo povezane in so tako nedeljiva celota, zadevni postopek v celoti preučiti enotno, da se pravno opredeli, in […] ga je treba presoditi na podlagi predpisov, ki urejajo točko, ki je glavni cilj oziroma prevladujoči element pogodbe“.[17]

50. V zvezi s to sodno prakso je Sodišče najprej poudarilo, da gre za mešano pogodbo, ki je nedeljiva celota, ker je treba to pogodbo skleniti z enim samim partnerjem, ki je hkrati sposoben financirati nakup zadevnih delnic in ima poslovne izkušnje glede upravljanja igralnice. Po drugi strani je Sodišče menilo, da je prodaja 49 % delnic javnega podjetja glavni predmet zadevne pogodbe.[18] To mnenje je izhajalo iz dejstva, da je prodaja delnic v resnici pomenila privatizacijo in je imela časovno neomejene učinke ter je pridobitelju kot delničarju omogočila dohodek, nedvomno večji kot plačilo, ki bi ga dobil s ponujanjem storitev.[19]

51. Sodišče je v sodbi Mehiläinen in Terveystalo Healthcare[20] na podlagi iste sodne prakse[21] preučilo ureditev, v okviru katere je javni naročnik z zasebno organizacijo, ki je bila v razmerju do njega samostojna, sklenil pogodbo o ustanovitvi skupnega podjetja v obliki delniške družbe in se zavezal, da bo od te ustanovitve v prehodnem obdobju štirih let od navedenega podjetja kupoval storitve v zvezi z zdravjem in dobrim počutjem na delovnem mestu, ki jih mora zagotoviti svojim uslužbencem.

52. Sodišče je v sodbi Healthcare, tako kot v sodbi Club Hotel Loutraki in drugi, potrdilo, da zadevna ureditev pomeni mešano pogodbo. Vendar je Sodišče menilo, da točke te ureditve niso neločljivo povezane, ker ni objektivne potrebe po sklenitvi mešane pogodbe z enim samim partnerjem. Natančneje, po mnenju Sodišča je bila ločljivost točke v zvezi s storitvami od preostale mešane pogodbe potrjena z dejstvom, da je po eni strani javni naročnik izrazil svojo namero, da po koncu prehodnega obdobja začne postopek javnega razpisa za oddajo takih storitev, ter da je bilo po drugi strani dejansko ustanovljeno skupno podjetje in je opravljalo dejavnost brez točke v zvezi s storitvami.[22]

14 Sodba z dne 6. maja 2010 (C-145/08 in C-149/08, EU:C:2010:247; v nadaljevanju: sodba Club Hotel Loutraki in drugi).

15 Sodba Club Hotel Loutraki in drugi (točka 46).

16 Sodba Club Hotel Loutraki in drugi (točka 50).

17 Sodba Club Hotel Loutraki in drugi (točka 48 in navedena sodna praksa).

18 Sodba Club Hotel Loutraki in drugi (točka 57).

19 Sodba Club Hotel Loutraki in drugi (točki 55 in 57).

20 Sodba z dne 22. decembra 2010 (C-215/09, EU:C:2009:807; v nadaljevanju: sodba Healthcare).

21 Sodba Healthcare (točka 36).

22 Sodba Healthcare (točki 43 in 44).

53. Sodišče v sodbi Acoset v odgovor na vprašanje o neposredni oddaji javne lokalne storitve celostne oskrbe z vodo družbi z mešanim kapitalom niti ni odprlo vprašanja, ali je zadevna pogodba mešana pogodba, katere različne točke so neločljivo povezane in torej tvorijo nedeljivo celoto. Sodišče se je pri opredelitvi, ali ta oddaja spada na področje uporabe ene od zadevnih direktiv, osredotočilo na javno lokalno storitev celostne oskrbe z vodo in na gradnje, povezane z upravljanjem te storitve.

54. Vendar sodbe Acoset ni mogoče razlagati tako, da je treba v primeru pogodbe, sestavljene iz več točk, od katerih se ena nanaša na ustanovitev družbe z mešanim kapitalom, to točko prezreti in preučiti le druge točke. Tako razumevanje bi bilo v nasprotju s sodno prakso, ki je poznejša od navedene sodbe in je navedena v prejšnjih točkah teh sklepnih predlogov.

55. Sodbo Acoset je torej treba razumeti tako, da je Sodišče implicitno menilo, na prvem mestu, da gre za mešano pogodbo, katere točke tvorijo nedeljivo celoto, in, na drugem mestu, da je točka v zvezi z javno lokalno storitvijo njen glavni predmet.

56. Iz tega izhaja, da je pogodba, sklenjena v okviru postopka, ki ga začne javni naročnik ter ki se nanaša na izbiro zasebnega družbenika družbe z mešanim kapitalom in na oddajo javnega naročila ali podelitev koncesije tej družbi, mešana pogodba, sestavljena iz dveh točk.[23] Poleg tega je treba v zvezi s tako mešano pogodbo najprej ugotoviti, ali so različne točke pogodbe neločljivo povezane in tvorijo nedeljivo celoto, nato pa ugotoviti glavni predmet ali prevladujoči element te pogodbe ter nazadnje opredeliti ureditev, ki se uporablja za to pogodbo glede na ta glavni predmet ali ta prevladujoči element.[24]

b) Uporaba

1) Mešana pogodba: neločljivo povezani točki?

57. Po mojem mnenju sta točki pogodbe iz postopka v glavni stvari neločljivo povezani, tako kot v zadevah, v katerih sta bili izdani sodbi Club Hotel Loutraki in drugi ter Acoset.

58. Za zagotovitev, da bo družba z mešanim kapitalom, sestavljena iz javnega naročnika in zasebnega partnerja, opravljala storitev integriranega izobraževanja, je treba objektivno izbrati partnerja, ki je finančno sposoben pridobiti 49 % kapitala mešane družbe, ki se ustanovi, in

[23] Zdi se, da nekatere stranke izpodbijajo opredelitev za „mešano pogodbo“, kadar gre za pogodbo, pri kateri se ena od točk nanaša na izbiro zasebnega družbenika subjekta z mešanim kapitalom, ki se ustanovi. Čeprav Sodišče v sodbi Acoset ni uporabilo izraza „mešana pogodba“, pa ga je uporabilo v sodbah Club Hotel Loutraki in drugi ter Healthcare. Poleg tega, tudi če bi se predpostavljalo, da se v obravnavanem primeru uporablja Direktiva 2014/24 in da pogodba iz postopka v glavni stvari ne spada v okvir pojma „mešano javno naročilo“ v smislu člena 3 navedene direktive, ker se izbira zasebnega družbenika za ustanovitev mešane družbe ne nanaša na javno naročilo (glej opombo 24), bi lahko ta pogodba kljub temu spadala v širšo kategorijo mešanih pogodb, ki jo je sodišče, kot se zdi, obravnavalo v sodbah Club Hotel Loutraki in drugi ter Healthcare.

[24] Neodvisno od rešitve, ki jo je Sodišče uporabilo v svoji sodni praksi, bi se lahko ob predpostavki, da se Direktiva 2014/24 uporablja za zadevo v glavni stvari, *a priori* dobil enak rezultat na podlagi člena 3(6) navedene direktive, v skladu s katerim se, „[č]e so različni deli zadevnega naročila objektivno neločljivi, […] veljavna pravna ureditev določi na podlagi glavnega predmeta navedenega naročila“. V skladu z navedeno direktivo je predmet javnih naročil izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev. Postavlja se torej vprašanje, ali izbira zasebnega družbenika in ustanovitev mešane družbe spadata v okvir pojma „javno naročilo“ v smislu navedene direktive. Glede na pravno teorijo se zdi, da to drži (glej v tem smislu v delu, v katerem avtor obravnava člen 3(4) Direktive 2014/24, Andrecka, M., „Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, zv. 9, št. 3, 2014, str. 176). Poleg tega je treba ob upoštevanju dvomov v zvezi z ureditvijo, ki se uporablja v obravnavanem primeru, poudariti razliko med ubeseditvijo iz Direktive 2014/24, katere člen 3(6) določa, da „[č]e so različni deli zadevnega naročila objektivno neločljivi, se veljavna pravna ureditev določi na podlagi glavnega predmeta navedenega [mešanega] naročila“, in ubeseditvijo iz Direktive 2014/23, katere člen 20(5) določa, da „[č]e so različni *deli določene pogodbe* objektivno neločljivi, se veljavna pravna ureditev določi na podlagi glavnega predmeta navedene pogodbe“ (moj poudarek), pri čemer se mi zdi druga ubeseditev prožnejša, vsaj kar se tiče nekaterih jezikovnih različic teh direktiv, zlasti francoske različice.

izpolnjuje druge pogoje, ki mu omogočajo, da v obliki družbe z mešanim kapitalom prevzame storitev integriranega izobraževanja, pri čemer prevzame celotno operativno tveganje. Točki pogodbe se morata torej nanašati na istega partnerja, čeprav se tehnično prva točka nanaša na izbiro zasebnega družbenika, druga pa na dodelitev storitve integriranega izobraževanja družbi z mešanim kapitalom, v kateri ima ta družbenik 49 % delnic. [25]

59. Poleg tega drugače kakor v zadevi, v kateri je bila izdana sodba Healthcare [26] in v kateri so bile okoliščine glede točke v zvezi s storitvami zelo specifične, nikakor ni mogoče šteti, da je mogoče v obravnavani zadevi točko v zvezi z ustanovitvijo družbe z mešanim kapitalom ločiti od točke v zvezi s storitvijo integriranega izobraževanja. Brez zadnjenavedene točke bi bila mešana družba, ki se ustanovi, objektivno ekonomsko brezpredmetna. V skladu z italijanskim pravom, in sicer v skladu s členom 17(1) zakonske uredbe št. 175, je pogodba o javnem naročilu ali koncesiji izključni predmet dejavnosti družbe z mešanim kapitalom.

60. Zdaj je treba ugotoviti, ali je točka, ki pomeni glavni predmet pogodbe iz postopka v glavni stvari, tista, ki se nanaša na ustanovitev družbe z mešanim kapitalom, ali tista, ki se nanaša na storitev integriranega izobraževanja.

2) Glavni predmet pogodbe

61. Menim, da je točka v zvezi s storitvijo integriranega izobraževanja glavni predmet mešane pogodbe iz postopka v glavni stvari.

62. Mešana družba, ki se ustanovi, je bila le sredstvo za zagotovitev, da bo institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo izvajalo storitev integriranega izobraževanja, in nikakor ni bila cilj javnega razpisa. Drugače kakor v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Club Hotel Loutraki in drugi, v obravnavani zadevi ne gre za nakup delnic predhodno obstoječega javnega podjetja zaradi njegove privatizacije, temveč za ustanovitev mešane družbe zaradi izvajanja storitve integriranega izobraževanja.

63. Poleg tega je v navedeni zadevi že samo lastništvo delnic predhodno obstoječega javnega podjetja pomenilo vir znatnega prihodka. Nikakor ni mogoče šteti, da to velja v tem primeru. Ni se torej mogoče zgledovati po sodbi Club Hotel Loutraki in drugi ter na tej podlagi ugotoviti, da je v obravnavanem primeru ustanovitev mešane družbe glavni predmet pogodbe iz postopka v glavni stvari.

64. Zato je treba vprašanje, katera direktiva se uporablja v okviru postopka v glavni stvari, preučiti glede na točko, ki se nanaša na storitev integriranega izobraževanja.

3) Javna naročila storitev ali koncesije za storitve?

65. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je pomanjkljiv glede točke, ki se nanaša na storitev integriranega izobraževanja.

[25] Glej po analogiji točko 53 sodbe Club Hotel Loutraki in drugi v povezavi s točko 28 navedene sodbe, v skladu s katero je zadevna mešana pogodba vsebovala „točko, ki se [je] nanaša[la] na prodajo delnic s strani družbe [Ellinika Touristika Akinita AE] najboljšemu ponudniku, [in] točko, ki se [je] nanaša[la] na javno naročilo storitev, ki se sklene z najboljšim ponudnikom, ki prevzame obveznosti upravljanja igralnice“, medtem ko je, kot izhaja iz točke 25 navedene sodbe, družba, ki jo ustanovi ponudnik (in ne ta ponudnik sam), delovala kot upravitelj in je sklenila vsaj en dogovor. V zvezi s tem glej tudi sodbo Acoset (točki 54 in 61).

[26] Glej točko 52 teh sklepnih predlogov.

66. Nedvomno drži, da odgovori strank na pisna vprašanja Sodišča vsebujejo nekatera pojasnila glede obsega storitev, na katere se nanaša točka v zvezi s storitvijo integriranega izobraževanja.[27] Vendar ta pojasnila ne omogočajo, da bi se v okviru teh sklepnih predlogov neovrgljivo opredelilo, da ta točka spada v okvir „javnega naročila storitev“ ali „koncesije za storitve“.

67. Vsekakor pa je taka konkretna opredelitev v izključni pristojnosti nacionalnega sodišča.[28] Sodišče lahko po potrebi poda pojasnila, ki to nacionalno sodišče usmerjajo pri tem opredeljevanju.

68. V zvezi s tem poudarjam, na prvem mestu, da pri javnih naročilih storitev v smislu Direktive 2014/24 vključuje nadomestilo, ki ga javni naročnik plača neposredno ponudniku storitev.[29] Nasprotno, koncesija za storitve v smislu Direktive 2014/23 je dejanje opravljanja in upravljanja storitev, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe zadevnih storitev ali ta pravica skupaj s plačilom.[30] Podobno je Sodišče med drugim že priznalo obstoj koncesije za storitve v primerih, v katerih je plačilo ponudnika financirano s plačili uporabnikov storitve.[31] Zato lahko okoliščina, da – kot navaja predložitveno sodišče – družba z mešanim kapitalom, ustanovljena v skladu z italijanskim pravom, v resnici opravlja dejavnost za plačilo in ustvarja dobiček (čeprav je po navedbah navedenega sodišča skromen), kaže na to, da je treba uporabiti Direktivo 2014/23.

69. Na drugem mestu, čeprav je način plačila eden od odločilnih dejavnikov za opredelitev koncesije za storitve, pri koncesiji za storitve koncesionar prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev.[32] Merilo za razlikovanje v zvezi s prenosom takega tveganja je bilo kodificirano v Direktivi 2014/23.[33] Za opis tega merila je v italijanski jezikovni različici navedene direktive uporabljen pojem „rischio operativo“ (operativno tveganje). Isti pojem je uporabljen v odločbi, s katero je mesto Rim objavilo javni razpis, v pojasnilo, da bo izbrani ponudnik v celoti prevzel tako tveganje.[34]

70. Na tretjem mestu, Sodišče za to, da bi lahko odgovorilo na vprašanja za predhodno odločanje, lahko na podlagi indicev, ki so mu predloženi, uporabi predpostavko, da pogodba spada na področje uporabe ene od zadevnih direktiv.[35] Vendar se mi ob tem, da ni indicev, na podlagi

[27] Iz stališč strank in njihovih odgovorov na pisna vprašanja Sodišča izhaja, da storitev integriranega izobraževanja vključuje splošno pomoč, rokovanje, prevoz ter čiščenje v jaslih in šolah ter šolski prevoz. Zdi se, da vključenost storitve v zvezi s šolskim prevozom v ta obseg predložitvenega sodišča ni spodbudila, da bi določilo uporabo Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev, ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (UL 2014, L 94, str. 243). Vsekakor navedena direktiva po eni strani v členih 4 in 6 določa tudi pravila v zvezi z mešanimi javnimi naročili, po drugi strani pa nikakor ni mogoče šteti, da je šolski prevoz glavni predmet pogodbe iz postopka v glavni stvari ali njene točke v zvezi s storitvijo integriranega izobraževanja.

[28] Glej v tem smislu sodbo z dne 10. novembra 2011, Norma-A in Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, točki 57 in 59).

[29] Glej člen 2(1), točka 5, Direktive 2014/24. Glej v tem smislu tudi sodbo Acoset (točka 39 in navedena sodna praksa).

[30] Glej člen 5(1)(b) Direktive 2014/23.

[31] Glej sodbo Acoset (točka 43 in navedena sodna praksa).

[32] Glej v tem smislu sodbo z dne 10. novembra 2011, Norma-A in Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, točka 44). V tem smislu glej tudi moje sklepne predloge v združenih zadevah Promoimpresa in drugi (C-458/14 in C-67/15, EU:C:2016:122, točki 62 in 63), v katerih sem menil, da za je koncesijo za storitve zlasti značilno, da organ dodeli izvajanje storitvene dejavnosti koncesionarju, običajno za storitev, ki naj bi jo opravljal ta organ (naj dodam, da skupaj z zadevnim tveganjem), kar pomeni, da se mora koncesionar zavezati k opravljanju določene storitve.

[33] Glej člen 1(1) in uvodno izjavo 18 Direktive 2014/23.

[34] V postopku v glavni stvari bi moral tveganje seveda prevzeti zasebni družbenik, izbran v okviru prve točke mešane pogodbe, medtem ko bi morala biti storitev integriranega izobraževanja, ki je bila glavni predmet te pogodbe, v okviru druge točke oddana mešani družbi, ki se ustanovi. Ob upoštevanju te posebnosti bi bilo mogoče trditi, da v okviru druge točke, obravnavane ločeno, ne gre za prenos tveganja na izbranega ponudnika. Vendar pa je bil v obravnavanem primeru namen razpisnega postopka vsekakor, da se javni naročnik razbremeni tveganja, povezanega z izvajanjem storitve integriranega izobraževanja. Iz tega razloga ne izključujem opredelitve te druge točke za „koncesijo“ kljub navedeni posebnosti. V zvezi s problematiko te posebnosti glej tudi točko 58 teh sklepnih predlogov.

[35] Glej po analogiji sodbo Acoset (točka 42).

katerih bi se lahko Sodišče izreklo glede ureditve, ki se uporablja v obravnavanem primeru, tak pristop v obravnavani zadevi ne zdi izvedljiv. Še pomembneje, tako kot Komisija menim, da uporaba ureditve, ki jo določa ena ali druga od teh direktiv, ne vpliva nujno na odgovore na vprašanji za predhodno odločanje, postavljeni v obravnavani zadevi. Ureditev, ki se uporablja za točko v zvezi s storitvijo integriranega izobraževanja, bi se namreč uporabljala za točko v zvezi z izbiro zasebnega družbenika le „z razširitvijo“. Ker se vprašanji nanašata le na to zadnjo točko, bo šlo v tem okviru le za uporabo splošnih načel teh ureditev, ki so skupna tema točkama. Zato se bom ob spoštovanju razmejitve pristojnosti med nacionalnimi sodišči in Sodiščem v teh sklepnih predlogih skliceval tako na Direktivo 2014/23 kot na Direktivo 2014/24.[36]

2. Ureditev za javna naročila med osebami v javnem sektorju

71. Predložitveno sodišče se v prvem vprašanju za predhodno določanje sklicuje na člen 12 ter uvodni izjavi 14 in 32 Direktive 2014/24, v predlogu za sprejetje predhodne odločbe pa navaja člen 12(1), prvi pododstavek, navedene direktive. Vendar to sodišče ne pojasnjuje razlogov, zakaj se sprašuje o razlagi zadnjenavedene določbe.

72. V zvezi s tem je, na prvem mestu, v uvodni izjavi 14 Direktive 2014/24 navedeno le, da bi bilo treba pojem „gospodarski subjekt“ razlagati široko, s čimer je potrjeno, da lahko družba z mešanim kapitalom spada v okvir tega pojma. Sicer je v tej uvodni izjavi v bistvu povzeta opredelitev navedenega pojma iz člena 2(1), točka 10, navedene direktive. Predložitveno sodišče te določbe v vprašanju za predhodno odločanje ni navedlo.

73. Na drugem mestu, člen 12(1) Direktive 2014/24 določa, da se za javna naročila, oddana pravnim osebam, ki jih obvladujejo javni naročniki, ne morejo uporabljati postopki, določeni v navedeni direktivi. Navedena določba ureja vertikalno sodelovanje med zadevnimi subjekti ali klasično notranjo („in house“) oddajo.

74. Vendar predložitveno sodišče jasno navaja, da v skladu z italijanskim pravom ustanovitev družbe z mešanim kapitalom, kot je tista iz postopka v glavni stvari, pomeni alternativo notranjemu upravljanju.[37]

75. Še pomembneje, uporaba izvzetja iz člena 12(1) Direktive 2014/24 v okviru dodelitve storitev institucionaliziranemu javno-zasebnemu partnerstvu se mi zdi *a priori* izključena. Kot je navedeno v uvodni izjavi 31, tretji pododstavek, navedene direktive, bi bilo namreč treba zagotoviti, da nobeno izvzeto javno-javno sodelovanje ne izkrivlja konkurence glede na zasebne gospodarske subjekte, tako da zasebnemu izvajalcu storitev zagotavlja prednost pred njegovimi konkurenti. Poleg tega je v skladu s sodno prakso iz obdobja pred Direktivo 2014/24[38] v uvodni izjavi 32 navedene direktive pojasnjeno, da izvzetje iz člena 12(1) navedene direktive „ne bi smelo veljati za primere, ko je zasebni gospodarski subjekt neposredno udeležen v kapitalu odvisne pravne osebe, saj bi imel v takih okoliščinah zasebni gospodarski subjekt z udeležbo kapitala v odvisni pravni osebi z oddajo javnega naročila brez konkurenčnega postopka neupravičeno prednost pred konkurenti“.

[36] Zaradi celovitosti naj navedem, da se direktivi 2014/23 in 2014/24 uporabljata *ratione temporis* ter da je višina javnega naročila, ocenjena na več kot 277 milijonov EUR, višja od pragov, ki ju zahtevata direktivi. Glej člen 8 Direktive 2014/23 in člen 4 Direktive 2014/24.

[37] Glej točko 11 teh sklepnih predlogov.

[38] Glej sodbo z dne 6. aprila 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, točki 31 in 32).

76. Na tretjem mestu, vprašati se je mogoče tudi, ali je mešana pogodba iz postopka v glavni stvari izvzeta iz področja uporabe Direktive 2014/24 v skladu s členom 12(4) navedene direktive. Navedena določba se nanaša na pogodbe o izvedbi javnega naročila, sklenjene izključno med več javnimi naročniki, kadar pogodba o izvedbi javnega naročila določa ali vzpostavlja sodelovanje med javnimi naročniki.

77. Lahko bi se domnevalo, da je mesto Rim kot javni naročnik želelo vzpostaviti sodelovanje z družbo z mešanim kapitalom, ki se ustanovi in ki bi morala tudi zagotoviti storitev integriranega izobraževanja ter v kateri bi imelo mesto Rim 51 % delnic. Ta družba bi tako bila „oseba javnega prava“ v smislu člena 2(1)(4) Direktive 2014/24 in bi torej lahko bila „javni naročnik“ v smislu člena 2(1), točka 1, navedene direktive.

78. Tudi če bi se predpostavljalo, da so pogoji za uporabo izvzetja iz člena 12(4) Direktive 2014/24 v takem položaju izpolnjeni, je Sodišče v sodbi Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] odločilo, da navedena določba pomeni, da sodelovanje med javnimi naročniki v skladu z načelom enakega obravnavanja ne sme povzročiti prednosti zasebnega podjetja pred konkurenti. Iz tega izhaja, kot je generalni pravobranilec M. Campos Sánchez-Bordona ugotovil v svojih sklepnih predlogih v navedeni zadevi, [40] da sodelovanje med javnima naročnikoma, zaradi katerega je neki zasebni gospodarski subjekt postavljen v ugodnejši položaj kot njegovi konkurenti na trgu, ne more biti zajeto s členom 12(4) Direktive 2014/24. Glede na ta pojasnila in ob upoštevanju udeležbe zasebnega kapitala v mešani družbi, ki se ustanovi, menim, da sodelovanje, obravnavano v tej zadevi, ne more biti predmet izvzetja iz navedene določbe.

79. Za odgovor na vprašanja za predhodno odločanje torej ni potrebna razlaga člena 12 Direktive 2014/24.

3. Ureditev za javna naročila za socialne in druge posebne storitve

80. Člen 74 Direktive 2014/24 določa, da se javna naročila za socialne in druge posebne storitve, naštete v Prilogi XIV k navedeni direktivi, oddajo v skladu s poglavjem I, naslov III, navedene direktive. Razen zadruge CNS so vse stranke v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča navedle, da je vsaj ena storitev, ki je del storitve integriranega izobraževanja, zajeta ali bi lahko bila zajeta s to prilogo.

81. Predložitveno sodišče bo moralo preveriti, ali to drži. Če drži, bi bilo dovolj, da se pri postopku oddaje spoštujejo blažja pravila, ki jih Direktiva 2014/24 določa za tovrstna javna naročila. Zato bom samo dodal nekaj ugotovitev, ki se lahko izkažejo za koristne za navedeno sodišče.

82. Po eni strani poglavje I, naslov III, Direktive 2014/24 res vzpostavlja poseben sistem oddaje javnih naročil za socialne in druge posebne storitve. Za taka javna naročila torej ne veljajo pravila standardnega sistema. Vendar člen 76(1) navedene direktive določa, da države članice sprejmejo nacionalna pravila za oddajo javnih naročil v skladu z navedenim poglavjem, da bi zagotovile, da javni naročniki upoštevajo načeli transparentnosti in enake obravnave gospodarskih subjektov. Gre torej *a priori* za isti načeli kot sta navedeni v členu 18 navedene direktive. Ne morem torej izključiti, da uporaba poglavja I, naslov III, Direktive 2014/24 v postopku v glavni stvari ne bi vplivala na odgovore na vprašanji za predhodno odločanje. [41]

[39] Sodba z dne 28. maja 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Sklepni predlogi v zadevi Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, točka 109, točka 3).

[41] Glej v zvezi s tem tudi točko 70 teh sklepnih predlogov.

83. Po drugi strani je treba pred ugotovitvijo, da se pravila poglavja I, naslov III, Direktive 2014/24 uporabljajo za pogodbo iz postopka v glavni stvari, primerjati tudi ocenjene vrednosti storitev iz tega poglavja in storitev iz standardnega sistema navedene direktive ter nato na podlagi teh vrednosti določiti glavni predmet pogodbe. [42]

84. Ker ni navedb, na podlagi katerih bi bilo mogoče ugotoviti, da je treba storitve iz poglavja I, naslov III, Direktive 2014/24 šteti za glavni predmet pogodbe iz postopka v glavni stvari, in ker se predložitveno sodišče nikjer ne sklicuje na določbe navedenega poglavja, izhajam iz predpostavke, da se v obravnavanem primeru blažja pravila ne uporabljajo.

4. Člen 107 PDEU

85. Prvo vprašanje za predhodno odločanje se sklicuje na člen 107 PDEU. Komisija trdi, da predlog za sprejetje predhodne odločbe ni dopusten v delu, v katerem se nanaša na razlago navedene določbe primarnega prava.

86. Strinjam se s Komisijo. V predlogu za sprejetje predhodne odločbe namreč ni jasno opredeljen ukrep, ki naj bi v okviru postopka v glavni stvari pomenil državno pomoč. Predložitveno sodišče niti ne pojasnjuje razlogov, zakaj je razlaga navedene določbe potrebna za rešitev spora, o katerem odloča.

87. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je res mogoče razumeti tako, da predložitveno sodišče Sodišču ne predlaga, naj razloži eno od določb primarnega prava, temveč direktivi 2014/23 in 2014/24 glede na to določbo („vezano na člen 107 PDEU“). Vendar tako razumevanje predloga za sprejetje predhodne odločbe ne bi spremenilo dejstva, da nikakor ni treba odgovoriti na vprašanji za predhodno odločanje v delu, v katerem se nanašata na člen 107 PDEU.

88. V teh okoliščinah je treba sprejeti tudi ugovor nedopustnosti zadruge CNS v delu, v katerem se nanaša na prvo vprašanje za predhodno odločanje in člen 107 PDEU ter – iz razlogov, navedenih v točkah od 71 do 79 teh sklepnih predlogov – na člen 12 Direktive 2014/24.

C. Vsebinska presoja

89. Razen določb prava Unije, katerih upoštevnost za to zadevo je bila zavrnjena, se prvo vprašanje za predhodno odločanje nanaša tudi na člen 30 Direktive 2014/23 in člen 18 Direktive 2014/24. Da bi bilo mogoče opredeliti vse upoštevne določbe teh direktiv, je treba najprej zahteve v zvezi z javnim in zasebnim deležem, določene v razpisni dokumentaciji, umestiti v ustrezen kontekst.

1. Zahteve v zvezi z javnim in zasebnim deležem v okviru direktiv 2014/23 in 2014/24

90. V členu 56 Direktive 2014/24 zakonodajalec Unije jasno razlikuje med dvema vrstama meril, in sicer med merili za ugotavljanje sposobnosti, pri katerih gre zlasti za razloge za izključitev in merila za preverjanje zmogljivost izvajalcev za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja (člena 57 in 58 navedene direktive), ter merili za oddajo javnega naročila, ki se nanašajo na

[42] V skladu s členom 3(2), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 se „[p]ri mešanih javnih naročilih, ki jih delno sestavljajo storitve v smislu poglavja I naslova III in delno druge storitve, ali pri mešanih javnih naročilih, ki jih delno sestavljajo storitve in delno blago, […] glavni predmet določi glede na to, katera od ocenjenih vrednosti zadevnih storitev ali blaga je najvišja“.

ponudbe. V členih 38 in 41 Direktive 2014/23, ki se nanašata na merila v zvezi z izbiro in kvalitativno oceno kandidatov oziroma na merila za podelitev, je uporabljeno podobno razlikovanje.

91. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ni jasno predstavljena logika, na kateri temeljijo zahteve v zvezi z javnim in zasebnim deležem, določene v razpisni dokumentaciji. Ker te zahteve pomenijo *lex specialis* glede na zahteve, določene v zakonski uredbi št. 175,[43] je mogoče to logiko kljub temu razbrati iz pojasnil v zvezi s to zakonsko uredbo. Zdi se, da so v razpisnih pogojih odstotki in njihova narava spremenjeni (zahteve, določene natančno, namesto najvišjega in najnižjega praga), vendar ne da bi to znatno vplivalo na njihove cilje.

92. V zvezi s tem pojasnila predložitvenega sodišča razumem tako, da je namen zgornje meje 70-odstotnega javnega deleža v mešani družbi, ki se ustanovi, zagotoviti, da zasebni delež v tej družbi ni manjši od 30 %.

93. Zato po eni strani s splošnega vidika trga in gospodarskih subjektov zasebni družbenik ne bi mogel pretirano omejiti (na manj kot 30 %) gospodarskega tveganja svoje udeležbe v družbi z mešanim kapitalom in neutemeljeno ustvariti dobička na podlagi prednosti javne udeležbe, s čimer bi bilo drugim subjektom preprečeno, da bi dobičkonosno pristopili k isti gospodarski dejavnosti v zadevnem segmentu trga. S tega vidika, kot navaja predložitveno sodišče, je ta zgornja meja namenjena preprečevanju izogibanja uporabi načela svobodne konkurence.

94. Po drugi strani z vidika cilja razpisnega postopka in javnega naročnika ta zgornja meja zagotavlja, da je zasebni družbenik operativni partner, čigar prispevek k izvajanju nalog, dodeljenih subjektu z mešanim kapitalom, ki se ustanovi, vključuje kapitalski prispevek in vložek sposobnosti, potrebnih za izvajanje teh nalog, ob prevzemu celotnega operativnega tveganja v zvezi z njihovim izvajanjem.

95. Ugotoviti moram, da se zdi, da je vidik v zvezi z dejanskim prispevkom zasebnega družbenika zelo pomemben glede postopka v glavni stvari ter zahtev glede javnega in zasebnega deleža, ki so določene v razpisni dokumentaciji. Ob upoštevanju nujno individualizirane narave pogojev in meril ekonomske in finančne sposobnosti in/ali tehnične in strokovne sposobnosti[44] v skladu s sodbo Acoset[45] ta ugotovitev kaže na dejstvo, da zahteve glede javnega in zasebnega deleža, določene v razpisni dokumentaciji, pomenijo pogoje za ugotavljanje sposobnosti.

96. Poleg tega iz predloga za sprejetje predhodne odločbe izhaja, da so bili zaradi načina izračuna, pri katerem je bila upoštevana posredna udeležba javnega naročnika v osnovnem kapitalu tega družbenika, ponudniki izključeni iz postopka, začetega na podlagi javnega razpisa, zaradi

[43] Glej točko 28 teh sklepnih predlogov.

[44] Člen 38(1), drugi stavek, Direktive 2014/23 določa, da „[p]ogoji za sodelovanje so povezani in sorazmerni s potrebo po zagotovitvi, da je koncesionar sposoben izvajati koncesijo, pri čemer je treba upoštevati predmet koncesije in namen, da se zagotovi resnična konkurenca“. Podobno člen 58(1) Direktive 2014/24 določa zlasti, da javni naročniki omejijo pogoje udeležbe „na tiste, s katerimi je mogoče ustrezno zagotoviti, da ima kandidat ali ponudnik pravne in finančne zmogljivosti ter tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila.“

[45] Glej točko 59 sodbe Acoset: „[…] izbira zasebnega družbenika ob spoštovanju zahtev, na katere je bilo opozorjeno v točkah od 46 do 49 te sodbe, in izbor meril za izbiro zasebnega družbenika omogočata popravo tega položaja, saj morajo kandidati poleg sposobnosti postati družbenik dokazati predvsem tehnične sposobnosti za dobavo storitve in ekonomske ter druge prednosti svoje ponudbe“. Sodišče je v navedeni sodbi poudarilo pomen pogojev za ugotavljanje sposobnosti v zvezi s sposobnostjo za izvajanje storitve ali koncesije (glej v tem smislu Brown, A., „Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)“, *Public Procurement Law Review*, zv. 2, 2010, str. 4), ne da bi prezrlo pogoje za ugotavljanje sposobnosti v zvezi s sposobnostjo postati zasebni družbenik mešane družbe, ki se ustanovi.

nespoštovanje teh zahtev. V zvezi s tem v skladu z ustaljeno sodno prakso pogoji za ugotavljanje sposobnosti javnemu naročniku omogočajo, da predložitev ponudbe dopusti le gospodarskim subjektom, glede katerih je zaradi njihove sposobnosti mogoče pričakovati, da bodo sposobni izvesti predmet javnega razpisa.[46]

97. Zdi se torej, da se zahteve glede javnega in zasebnega deleža, kot so obravnavne v postopku v glavni stvari, ne nanašajo na ponudbe (merila za oddajo javnega naročila).[47] Nasprotno, zdi se, da pomenijo pogoje za ugotavljanje sposobnosti, s katerimi želi javni naročnik zagotoviti, da ima zasebni družbenik ekonomsko in finančno sposobnost in/ali tehnično in strokovno sposobnost, ki mu bodo omogočale vzdrževati porazdelitev med javnim in zasebnim kapitalom družbe z mešanim kapitalom, ki jo je določil javni naročnik, in sicer s svojo udeležbo v kapitalu te družbe in s prevzemom celotnega operativnega tveganja v zvezi z izvajanjem storitve navedene družbe.[48] Zahteve v zvezi z javnim in zasebnim deležem, določene v razpisni dokumentaciji, kot so obravnavane v postopku v glavni stvari, torej pomenijo merila in pogoje v smislu člena 38(1) Direktive 2014/23 oziroma, kot je ustrezno, v smislu člena 58(1) Direktive 2014/24.

2. Preoblikovanje vprašanj za predhodno odločanje

98. Ob upoštevanju pojasnil glede predmeta vprašanj za predhodno odločanje,[49] ureditve, ki se uporablja v postopku v glavni stvari,[50] in opredelitve zahtev glede javnega in zasebnega deleža v tej zadevi[51] predlagam, da se vprašanji za predhodno odločanje preoblikujeta tako, da se navedejo določbe prava Unije, katerih razlaga je potrebna za koristen odgovor predložitvenemu sodišču.

99. Natančneje, predlagam, da se šteje, da želi predložitveno sodišče z vprašanjema, za kateri predlagam, naj se analizirata skupaj, izvedeti, ali je treba člen 30 in člen 38(1) Direktive 2014/23 oziroma, kot je ustrezno, člen 18 in člen 58(1) Direktive 2014/24 razlagati tako, da nasprotujejo temu, da bi se pri določitvi odstotka deleža zasebnega družbenika ponudnika v mešani javno-zasebni družbi, ki se ustanovi, upoštevala posredna udeležba javnega naročnika v osnovnem kapitalu tega zasebnega družbenika ponudnika, tako da je ta izključen iz javnega razpisa, če upoštevanje tega posrednega deleža pomeni, da se ne spoštuje odstotek zasebnega deleža, ki ga zahteva javni naročnik v skladu z razpisno dokumentacijo.

46 Glej v tem smislu sodbo z dne 8. julija 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, točka 62).

47 Kot je ugotovljeno v pravni teoriji, je v okviru institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva kljub težavam pomembno razlikovati med pogoji za ugotavljanje sposobnosti in merili za oddajo javnega naročila. Glej Andrecka, M., in Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice“, *Polish Review of International and European Law*, zv. 2, št. 1, 2013, str. 148.

48 Iz tega razloga menim, da opredelitve, ki jo je Sodišče uporabilo v sodbi z dne 19. maja 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, točki 21 in 23), v zvezi z nacionalno ureditvijo, namenjeno preprečitvi vseh morebitnih usklajenih delovanj med udeleženci istega postopka oddaje javnega naročila in zagotovitvi spoštovanja načela enakega obravnavanja ponudnikov in načela preglednosti postopka, v obravnavanem primeru ni mogoče uporabiti v zvezi z obravnavanimi zahtevami glede javnega in zasebnega deleža, ki so poleg tega določene v razpisni dokumentaciji.

49 Glej točki 35 in 36 teh sklepnih predlogov.

50 Glej točko 70 teh sklepnih predlogov.

51 Glej točko 97 teh sklepnih predlogov.

3. Presoja

100. Ker zahteve glede javnega in zasebnega deleža, določene v razpisni dokumentaciji, pomenijo pogoje in merila ekonomske in finančne sposobnosti in/ali tehnične in strokovne sposobnosti, bi morale biti povezane in sorazmerne s ciljem razpisnega postopka.[52] V skladu s členom 30 Direktive 2014/23 in členom 18 Direktive 2014/24 mora javni naročnik pri uporabi teh zahtev spoštovati načela enakosti in nediskriminacije ponudnikov ter preglednosti in sorazmernosti.

101. Na prvem mestu, preveriti je treba obstoj povezave med temi zahtevami in ciljem razpisnega postopka.

102. Glede na logiko zahtev, določenih v razpisni dokumentaciji (51-odstotni delež mesta Rim in 49-odstotni delež zasebnega družbenika), mora biti ponudnik, ki je lahko izbran, tretji subjekt glede na javnega naročnika. Večja udeležba javnega naročnika v družbi z mešanim kapitalom bi namreč prek obvladovanja tega ponudnika (ki izhaja tudi iz posredne udeležbe) vplivala na porazdelitev med javnim kapitalom in zasebnim kapitalom te družbe, ki jo je določil javni naročnik. Poleg tega bi bila lahko v takem položaju omejena vloga zasebnega partnerja ter zaradi tega dejanska uporaba ekonomske in finančne sposobnosti in/ali tehnične in strokovne sposobnosti ponudnika pod 49-odstotnim pragom, ki ga je določil javni naročnik. Te zahteve so torej povezane s ciljem razpisnega postopka.

103. Poleg tega, ker pravo Unije praviloma ne nasprotuje uporabi enotnega postopka v okviru institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva,[53] razlaga zahteve v zvezi z obstojem povezave med pogoji za ugotavljanje sposobnosti in ciljem razpisnega postopka, ki jo je treba uporabiti, ne more preprečiti, da bi javni naročniki uporabili to obliko sodelovanja (vključno s tem, da javni naročnik določi porazdelitev med javnim kapitalom in zasebnim kapitalom družbe z mešanim kapitalom). Uporaba institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva namreč izhaja iz svobode držav članic pri izbiri načina izvajanja storitev, na katerega javni naročniki zadovoljujejo lastne potrebe.[54]

104. Na drugem mestu, v zvezi s sorazmernostjo zahtev glede javnega in zasebnega deleža, opozarjam, da – vsaj glede na moje razumevanje predloga za sprejetje predhodne odločbe – te zahteve ne izključujejo sistematično vseh ponudnikov s kapitalom javnega izvora.[55] Nasprotno, glede na prvotno ubeseditev prvega vprašanja za predhodno odločanje se zdi, da se te zahteve nanašajo na vse oblike posredne udeležbe javnega naročnika v osnovnem kapitalu zasebnega družbenika.

105. Pri tem ima lahko posredna udeležba javnega naročnika v kapitalu zasebnega družbenika različne oblike. Poleg tega je njegov vpliv na delovanje tega zasebnega družbenika odvisen od organizacijske strukture zadnjenavedenega. Ni torej gotovosti glede tega, da kakršna koli posredna udeležba v kapitalu zasebnega družbenika omejuje dejansko uporabo ekonomske in finančne sposobnosti in/ali tehnične in strokovne sposobnosti ponudnika pod 49-odstotnim pragom, ki ga je določil javni naročnik.

[52] Glej opombo 44.

[53] Glej sodbo Acoset (točka 63).

[54] Glej tudi uvodno izjavo 5 Direktive 2014/24, v kateri je navedeno, da „nobena določba v tej direktivi držav članic ne zavezuje, da storitve, ki jih želijo opravljati same ali jih organizirati drugače kot v obliki javnih naročil v smislu te direktive, oddajo v podizvajanje ali njihovo izvajanje prenesejo na zunanje izvajalce“.

[55] Glej točko 38 teh sklepnih predlogov.

106. Zato upoštevanje kakršne koli posredne udeležbe javnega naročnika v osnovnem kapitalu zasebnega družbenika ne spoštuje načela sorazmernosti, ker je prezrto dejstvo, da taka posredna udeležba ne omejuje nujno dejanske uporabe ekonomske in finančne sposobnosti in/ali tehnične in strokovne sposobnosti tega zasebnega družbenika pod 49-odstotnim pragom, ki ga je določil javni naročnik. Brez preverjanj, s katerimi bi se lahko ugotovilo, ali to drži, ta zasebni družbenik ponudnik ne more biti samodejno izključen iz javnega razpisa zaradi te posredne udeležbe.

107. Ni enostavno ugotoviti, ali je javni naročnik v tej zadevi konkretno opravil taka preverjanja. Vendar se, najprej, na podlagi analize kapitalske strukture zadevnih subjektov iz odločbe o izključitvi zdi, da jih je. Dalje, zdi se, da predlog za sprejetje predhodne odločbe odraža to odločbo, ker predložitveno sodišče poudarja, da če „se upošteva bistveni vidik, in sicer povezanost družbe [Roma Multiservizi] in zlasti dejstvo, da je v 51-odstotni lasti [družbe AMA], ki je sama v celoti v lasti mesta Rim, […] bi [javni in zasebni] delež v mešani družbi [ki se ustanovi] *v resnici* znašal 73,5 % oziroma [26,5 %]“. Nazadnje, nič ne kaže na to, da porazdelitev pristojnosti odločanja in poslovnih tveganj ni bila izvedena sorazmerno z lastništvom kapitala. Zdi se torej, da lahko dejstvo, da je javni naročnik lastnik večine kapitala zasebnega družbenika ponudnika, omejuje dejansko uporabo ekonomske in finančne sposobnosti in/ali tehnične in strokovne sposobnosti tega zasebnega družbenika pod 49-odstotnim pragom, ki ga je določil javni naročnik.

108. Zato menim, da je treba člen 30 in člen 38(1) Direktive 2014/23 oziroma, kot je ustrezno, člen 18 in člen 58(1) Direktive 2014/24 razlagati tako, da te določbe nasprotujejo temu, da bi se pri določitvi odstotka deleža zasebnega družbenika ponudnika v mešani javno-zasebni družbi, ki se ustanovi, upoštevala kakršna koli posredna udeležba javnega naročnika v osnovnem kapitalu tega zasebnega družbenika ponudnika, tako da je ta samodejno izključen iz javnega razpisa, če upoštevanje te posredne udeležbe pomeni, da se ne spoštuje odstotek zasebnega deleža, ki ga zahteva javni naročnik v skladu z razpisno dokumentacijo.

109. Nasprotno, člen 30 in člen 38(1) Direktive 2014/23 oziroma, kot je ustrezno, člen 18 in člen 58(1) Direktive 2014/24 ne nasprotujejo takemu upoštevanju, če to ni samodejno. Natančneje, te določbe ne nasprotujejo upoštevanju posredne udeležbe, če iz preverjanj, ki jih opravi javni naročnik, izhaja, da ta udeležba pomeni, da ima večino kapitala zasebnega družbenika ponudnika v lasti drug subjekt, ki je v celoti v lasti javnega naročnika, če je porazdelitev pristojnosti odločanja in tveganj sorazmerna z lastništvom kapitala glede tega zasebnega družbenika ponudnika in tega subjekta.

110. V zvezi s spoštovanjem sorazmernosti naj zaradi celovitosti navedem, da se zdi, da Komisija dvomi, da izključitev ponudbe družb Rekeep in Roma Multiservizi spoštuje načelo sorazmernosti, saj naj bi jima moralo mesto Rim omogočiti, da dokažeta, če je to ustrezno, da njena posredna udeležba v kapitalu družbe Roma Multiservizi ne pomeni tveganja navzkrižja interesov. Vendar glavni cilj zahtev v zvezi z javnim in zasebnim deležem, določenih v razpisni dokumentaciji, ni odpraviti taka tveganja. Poleg tega je navzkrižje interesov razlog za izključitev, ki ga določata direktivi 2014/23 in 2014/24, predlog za sprejetje predhodne odločbe pa ga nikjer ne omenja. Poleg tega se ne nanaša niti na člen 35 Direktive 2014/23 niti na člen 24 Direktive 2014/24.

111. Na tretjem mestu, glede načel preglednosti in enakega obravnavanja moram ugotoviti, da družbi Roma Multiservizi in Rekeep v svojih pisnih stališčih trdita, da upoštevanje posrednega deleža javnega naročnika v kapitalu ponudnika ni bilo omenjeno v razpisni dokumentaciji.

112. Predlog za sprejetje predhodne odločbe ne omenja odsotnosti te omembe v razpisni dokumentaciji. V tem okviru moram ugotoviti, da mesto Rim v svojih odgovorih na pisna vprašanja Sodišča navaja, da je v skladu z zakonsko uredbo št. 175, za katero se zdi, da vsebuje pravila o izvajanju direktiv 2014/23 in 2014/24, javno podjetje opredeljeno kot podjetje, na katero imajo lahko javni naročniki posredno ali neposredno prevladujoč vpliv. V skladu s stališči družbe Rekeep ta uredba določa tudi, da „kadar veljavne določbe dovoljujejo ustanovitev mešanih družb za izvajanje in upravljanje javnih gradenj ali za organizacijo in upravljanje storitev splošnega pomena, se zasebni družbenik izbere po postopku oddaje javnega naročila“. Na podlagi razlage *a contrario* je torej mogoče ugotoviti, da v okviru družbe z mešanim kapitalom zasebni družbenik ne more biti v položaju, v katerem ima prevladujoč, neposreden ali posreden, vpliv na javnega naročnika. Vendar posredne udeležbe v kapitalu zasebnega družbenika, zaradi katere se izvaja prevladujoč vpliv, ni mogoče enačiti s kakršno koli posredno udeležbo v kapitalu tega zasebnega družbenika.

113. Vsekakor so nacionalna sodišča izključno pristojna, da preverijo, če je to ustrezno, utemeljenost teh trditev in njihovo upoštevnost za trenutno stanje zadeve v glavni stvari.

114. Ker se predložitveno sodišče sklicuje na člen 30 Direktive 2014/23 in člen 18 Direktive 2014/24, mu je treba zagotoviti koristna pojasnila v zvezi s preverjanjem, ki se opravi glede na načela, navedena v teh določbah.

115. V skladu z ustaljeno sodno prakso načeli preglednosti in enakega obravnavanja, ki veljata za vse postopke oddaje javnega naročila, zahtevata da so vsebinski in postopkovni pogoji, ki se nanašajo na sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, vnaprej jasno opredeljeni in javno objavljeni, zlasti obveznosti ponudnikov, zato da se ti lahko natančno seznanijo z omejitvami postopka in se lahko prepričajo, da za vse konkurente veljajo enake zahteve. [56]

116. Za ponazoritev in v zvezi z ureditvijo v Direktivi 2014/24 – praviloma morajo obvestila o javnem naročilu vsebovati seznam in kratek opis kriterijev glede osebnega statusa gospodarskih subjektov, ki bi lahko pripeljali do njihove izključitve, ter seznam in kratek opis pogojev za sodelovanje. [57]

117. Z razširitvijo te logike je treba načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti razlagati tako, da nasprotujeta izključitvi gospodarskega subjekta iz postopka oddaje javnega naročila, ker ta ni izpolnil obveznosti, ki ne izhaja izrecno iz dokumentacije v zvezi s tem postopkom ali veljavnega nacionalnega zakona, ampak iz razlage tega zakona in teh dokumentov ter zapolnjevanja praznin v navedenih dokumentih, ki ju predložijo nacionalni organi ali upravna sodišča. [58]

118. Ker ima lahko posredna udeležba javnega naročnika v kapitalu zasebnega družbenika različne oblike in ker je njen vpliv na delovanje tega zasebnega družbenika odvisen od organizacijske strukture zadnjenavedenega, se mi ne zdi samoumevno, da kakršna koli oblika posredne udeležbe javnega naročnika samodejno pomeni izključitev ponudnika iz javnega razpisa zaradi nespoštovanja zahtev glede javnega in zasebnega deleža. Zdi se, da taka razlaga nacionalne ureditve ali razpisne dokumentacije ni dovolj očitna.

[56] Glej sodbo z dne 17. maja 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, točka 23 in navedena sodna praksa).

[57] Glej člen 49 Direktive 2014/24 in Prilogo V(C)(11)(c) k navedeni direktivi.

[58] Glej sodbo z dne 2. junija 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, točka 51).

119. Brez poseganja v zgornje dodatne pripombe v zvezi s spoštovanjem načel preglednosti in enakega obravnavanja še vedno vztrajam pri stališču glede spoštovanja načela sorazmernosti, ki sem ga izrazil v točki 108 teh sklepnih predlogov.

VI. Predlog

120. Glede na zgornje preudarke Sodišču predlagam, naj na vprašanji Consiglio di Stato (državni svet, Italija) odgovori:

Člen 30 in člen 38(1) Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb oziroma, kot je ustrezno, člen 18 in člen 58(1) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES je treba razlagati tako, da te določbe nasprotujejo temu, da bi se pri določitvi odstotka deleža zasebnega družbenika ponudnika v mešani javno-zasebni družbi, ki se ustanovi, upoštevala kakršna koli posredna udeležba javnega naročnika v osnovnem kapitalu tega zasebnega družbenika ponudnika, tako da je ta samodejno izključen iz javnega razpisa, če upoštevanje te posredne udeležbe pomeni, da se ne spoštuje odstotek zasebnega deleža, ki ga zahteva javni naročnik v skladu z razpisno dokumentacijo.

Nasprotno, člen 30 in člen 38(1) Direktive 2014/23 oziroma, kot je ustrezno, člen 18 in člen 58(1) Direktive 2014/24 ne nasprotujejo takemu upoštevanju, če to ni samodejno. Natančneje, te določbe ne nasprotujejo upoštevanju posredne udeležbe, če iz preverjanj, ki jih opravi javni naročnik, izhaja, da ta udeležba pomeni, da ima večino kapitala zasebnega družbenika ponudnika v lasti drug subjekt, ki je v celoti v lasti javnega naročnika, če je porazdelitev pristojnosti odločanja in tveganj sorazmerna z lastništvom kapitala glede tega zasebnega družbenika ponudnika in tega subjekta.