SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA L. A. GEELHOEDA, predstavljeni 21. aprila 2005[1]

I – Uvod

1. V tej zadevi Komisija Evropskih skupnosti predlaga Sodišču, naj ugotovi, da Republika Avstrija ni izpolnila obveznosti iz Direktive 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev[2], ker je mesto Mödling sklenilo pogodbo o odstranjevanju odpadkov brez upoštevanja pravil postopka in objave, določenih v povezanih določbah členov 8, 11 (1) in 15(2) te direktive.

1 — Jezik izvirnika: nizozemščina.

2 — UL L 209, str. 1

II – Pravni okvir

A – *Upoštevne določbe Direktive 92/50*

2. Komisija trdi, da niso izpolnjene obveznosti iz povezanih določb členov 8, 11(1) in 15(2) navedene direktive. Poleg tega je v tem primeru treba prav tako upoštevati opredelitve v členu 1(a), (b) in (c).

3. V skladu s členom 1(a) Direktive 92/50 „javna naročila storitev pomenijo pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom [...].“ V skladu s členom 1(b) te direktive „naročniki“ pomenijo „državo, regionalne ali lokalne oblasti, telesa, za katera velja javno pravo, združenja, ki jih ustanovi ena ali več takšnih oblasti ali teles, za katere velja javno pravo

[...]". Končno je v členu 1(c) „ponudnik storitve" opisan kot „vsaka fizična ali pravna oseba, vključno z javnim telesom, ki nudi storitve [...]".

4. V členu 8 Direktive 92/50 je določeno, da se „[n]aročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I A, oddajajo v skladu z določbami iz naslovov od III do VI". Te določbe namreč vsebujejo pravila o razpisih in objavi. V členu 11(1) Direktive 92/50 je določeno, da „[p]ri oddaji javnih naročil storitev naročniki uporabljajo postopke iz člena 1(d), (e) in (f), prilagojene za namene te direktive". Pri postopkih iz teh določb gre za „odprte postopke", „omejene postopke" in „postopke s pogajanji". V členu 15(2) Direktive 92/50 je določeno, da „[n]aročniki, ki želijo oddati javno naročilo storitev po odprtem postopku, po omejenem postopku ali pod pogoji iz člena 11, po postopku s pogajanji, sporočijo svojo namero z objavo obvestila".

5. Kategorija 16 Priloge I A k Direktivi 92/50 zajema „[s]toritve pri ravnanju z odpadnimi vodami in odpadki: sanitarne in podobne storitve".

B – *Nacionalne določbe*

6. Zakon dežele Spodnje Avstrije o ravnanju z odpadki (v nadaljevanju: regionalni zakon o odpadkih) v členu 9(3) določa, da so spodnjeavstrijske občine dolžne skrbeti za odvoz in predelavo odpadkov ter vzpostaviti ali dati na voljo potrebne strukture v skladu z določbami tega zakona. V skladu s členom 11 te uredbe vsaka občina zagotavlja vzpostavitev in nemoteno delovanje sistema zbiranja odpadkov.

III – Dejansko stanje

7. Mesto Mödling je 21. maja 1999 sklenilo, da se bo oprlo na neodvisno organizacijo, ki naj bi izpolnjevala njegove zakonske obveznosti. V ta namen je ustanovilo družbo Abfallwirtschafts GmbH (v nadaljevanju: družba Abfall). V zapisniku seje občinskega sveta je navedeno, da bodo na začetku vsi deleži družbe v lasti mesta Mödling. Predmet poslovanja družbe Abfall je opravljanje storitev na področju ekološkega ravnanja z odpadki in izvajanje s tem povezanih gospodarskih poslov, zlasti na področju odstranjevanja odpadkov, prav tako pa priprava in razvoj sistema ravnanja z odpadki, v glavnem za mesto Mödling.

8. 16. junija 1999 je bil sestavljen akt o ustanovitvi družbe Abfall. Njen osnovni kapital je bil v stoodstotni lasti edinega družbenika, mesta Mödling.

9. Mesto Mödling je 25. junija 1999 odločilo, da bo pooblastilo družbo Abfall za ravnanje z odpadki na občinskem ozemlju v skladu z regionalnim zakonom o odpadkih, zveznim zakonom o ravnanju z odpadki in občinsko uredbo o odpadkih. Mesto Mödling ji je tudi odobrilo opcijo na pogodbe za upravljanje z odpadki, ker tekoče pogodbe takrat še niso potekle. Z najemno pogodbo med mestom Mödling in družbo Abfall sta bila zagotovljena oprema in osebje, potrebni za ravnanje z odpadki.

10. Pogodba o odstranjevanju odpadkov, s katero je mesto Mödling družbi Abfall podelilo izključno odgovornost za zbiranje in obdelavo odpadkov, je bila sklenjena 15. septembra 1999. Pogodba je bila sklenjena za nedoločen čas in z retroaktivnim začetkom veljavnosti od 1. julija 1999. Pogodba določa, da bo mesto Mödling nakazalo družbi Abfall plačilo v stalnem znesku, določenem po smetnjaku ali kontejnerju, za odvoz in obdelavo odpadkov, večjih kosov, ostankov, biološko razgradljivih odpadkov in nevarnih snovi. Družba Abfall sicer ni sklenila pogodbe z drugimi občinami ali konzorciji občin. Vendar prenosna postaja za odpadke mesta Mödling opravlja tudi storitve prevoza in stiskanja gospodinjskih odpadkov za druge družbe za odstranjevanje odpadkov, za katere velja zasebno pravo.

11. Poleg tega je začela 15. septembra 1999 retroaktivno s 1. julijem 1999 in za nedoločen čas veljati pogodba o najemu opreme in osebja, potrebnih za obdelavo odpadkov. Družba Abfall je dolžna zaposliti delavce, ki jih poimensko določi občina, v skladu s pogoji, ki veljajo za napoteno osebje. V pogodbi je določeno, da je mesto Mödling preneslo na družbo Abfall pravico do dajanja navodil osebju.

12. Mestni svet mesta Mödling je 1. oktobra 1999 odločil, da bo mesto Mödling kot edini družbenik družbe Abfall preneslo 49 % njenega deleža na zasebno družbo Saubermacher Dienstleistungs Aktiengesellschaft (v nadaljevanju: družba Saubermacher). V zapisniku seje z dne 1. oktobra 1999 je navedeno, da so bili po odločitvi z dne 25. junija 1999 opravljeni številni pogovori s podjetji, ki so se zanimala za udeležbo, predvsem z družbo Saubermacher. Na koncu so ponudbe podjetij predložili družbi KPMG, ki je izbrala ponudbo družbe Saubermacher

kot ponudbo, ki je jamčila najboljše obratovanje.

13. Akt o ustanovitvi družbe Abfall je bil spremenjen 6. oktobra 1999 z namenom, da se omogoči, da se večina odločitev sprejme z navadno večino. Poleg tega je bilo določeno, da je za sklepčnost generalne skupščine potrebna prisotnost 51 % osnovnega kapitala. Zastopanje družbe v notranjih in zunanjih razmerjih sta zagotavljala najmanj dve poslovodji, ki imata skupaj pravico podpisovanja.

14. S sporazumom o odstopu z dne 13. oktobra 1999 je mesto Mödling preneslo 49 % svojega deleža na družbo Saubermacher.

15. Družba Abfall je začela operativne dejavnosti 1. decembra 1999, to je takrat, ko je družba Saubermacher že imela poslovni delež te družbe.

16. Od 1. decembra do 31. marca 2000 je družba Abfall dejavnost opravljala izključno za mesto Mödling. Po začetku obratovanja prenosne postaje pa je opravljala tudi storitve za tretje osebe. V prvem poslovnem letu, ki se je začelo 1. aprila 2000, so dejavnosti družbe Abfall za mesto Mödling pomenile od 70 do 80 % prometa.

IV – Predhodni postopek

17. Komisija je 20. marca 2002 poslala Republiki Avstriji pisni opomin, v katerem ugotavlja, da mesto Mödling ni izvedlo razpisnega postopka za oddajo pogodbe o zbiranju in obdelavi odpadkov, čeprav ta pogodba zadeva javno naročilo storitev, za katerega velja Direktiva 92/50. Republika Avstrija je ugovarjala tej ugotovitvi z dopisom z dne 23. junija 2002. Avstrija meni, da za oddajo pogodbe o zbiranju in obdelavi podatkov družbi Abfall ne veljajo direktive o javnih naročilih, ker gre za tako imenovani posel „in house", to je za notranji posel.

18. Ker Komisija s tem odgovorom ni bila zadovoljna, je Republiki Avstriji poslala obrazloženo mnenje z dne 3. aprila 2003. Ker je Republika Avstrija v odgovoru na obrazloženo mnenje samo ponovila trditve iz odgovora na pisni opomin, je Komisija 28. januarja 2004 vložila to tožbo.

19. Komisija Sodišču predlaga, naj:

— ugotovi, da Republika Avstrija ni izpolnila obveznosti iz Direktive 92/50,

ker je mesto Mödling sklenilo pogodbo o odstranjevanju odpadkov ob kršitvi povezanih določb členov 8, 11(1) in 15(2) te direktive o postopkih in objavi;

— Republiki Avstriji naloži plačilo stroškov.

20. Republika Avstrija predlaga, naj se tožba zavrže kot nedopustna in podredno zavrne kot neutemeljena.

Komisija prekršila načelo, da mora biti predmet postopka zamejen. Po mnenju avstrijske vlade Komisija ni upoštevala namena predhodnega postopka, ki je prav v tem, da se zadevni državi omogoči, da se učinkovito zagovarja. Drugič, avstrijska vlada očita Komisiji, da je prekršila temeljno načelo, da mora ona predložiti dokaz o neizpolnjevanju obveznosti. Končno, trdi, da je tožba Komisije neutemeljena.

V – Trditve strank in presoja

A – *Dopustnost*

1. Trditve strank

21. Avstrijska vlada v obrambo ugovarja dopustnosti tožbe. Prvič, Komisiji očita, da ni jasno razložila, zakaj meni, da sklenitev pogodbe o odstranjevanju odpadkov pomeni kršitev Direktive 92/50. Iz tega sklepa, da je

22. Avstrijska vlada trdi, da bi bilo treba dogodke, ki so pripeljali do oddaje pogodbe družbi Abfall, presojati ločeno drug od drugega. Če bi ravnali tako, bi po njenem mnenju ugotovili, da ni mogoče uporabiti Direktive 92/50. Avstrijska vlada navaja, da prav prvi korak – ustanovitev družbe Abfall, ki je v stoodstotni lasti mesta Mödling – ni posel, za katerega bi veljale določbe o oddaji javnih naročil. Prav tako drugi korak – sklenitev pogodbe o odstranjevanju odpadkov med mestom Mödling in družbo Abfall – ne pomeni kršitve Direktive 92/50, ker gre za notranji posel, tako imenovani posel „in house“. Tudi za tretji korak – prodaja 49-odstotnega deleža družbe Abfall, ki ga je mesto Mödling prodalo zasebnemu

podjetju – ne veljajo določbe o oddaji javnih naročil. Avstrijska vlada iz tega sklepa, da naj v obravnavanem primeru ne bi šlo za kršitev Direktive 92/50, ampak da bi bilo treba oddajo pogodbe družbi Abfall preučiti neposredno glede na določbe Pogodbe ES (o pomoči).

23. Avstrijska vlada meni, da bi se Komisija, da bi lahko resno govorili o kršitvi Direktive 92/50, morala opreti na enega od naslednjih dveh primerov, to je na domnevo, da naj bi bili različni koraki, ki so pripeljali do ustanovitve družbe Abfall in potem do udeležbe zasebnega partnerja, dejansko ubrani zato, da bi obšli uporabo Direktive 92/50, ali na domnevo, da naj bi prodaja deležev dejansko prikrila oddajo pogodbe, ki bi jo morali opredeliti kot javno naročilo, zasebnemu partnerju. Vendar Komisija ni niti enkrat omenila teh dveh domnev.

24. Poleg tega avstrijska vlada očita Komisiji, da med predhodnim postopkom nikoli ni trdila, da so oddaja naročila o odstranjevanju odpadkov in prenos 49-odstotnega deleža, pa tudi sprememba statuta, en sam posel. Iz tega po njenem mnenju izhaja, da Komisija ni predložila nobenega dokaza v podkrepitev trditev in da predvsem ni dokazala, da je mesto Mödling nameravalo obiti zakon. Končno je Komisija navedla ta očitek samo v repliki.

25. Komisija ugovarja analizi avstrijske vlade. Po njenem mnenju naj ne bi bilo mogoče oddaje odstranjevanja odpadkov družbi Abfall z udeležbo družbe Saubermacher umetno deliti na tri korake. V zvezi s tem opozarja, da je v pisnem opominu (točka 13) trdila, da je bila oddaja naročila družbi Abfall, ki je bila na začetku v stoodstotni lasti mesta Mödling, samo vmesni korak do nastanka mešanega podjetja po odstopu 49-odstotnega deleža zasebnemu podjetju. To stališče utemeljuje z dejstvom, da so odločitvi občinskega sveta z dne 25. junija 1999 sledili pogovori s podjetji, zainteresiranimi za udeležbo. Kratko obdobje med sklenitvijo pogodbe z družbo Abfall in odločitvijo o odstopu deležev – dva tedna – naj bi po mnenju Komisije dokazovalo, da je bil namen mesta Mödling že od vsega začetka zaupati to službo podjetju, katerega velik del naj bi bil v lasti zasebnega podjetja. Komisija iz tega sklepa, da avstrijska vlada ne more trditi, da ni poznala predmeta postopka.

2. Presoja

26. Na podlagi ustaljene sodne prakse mora Komisija v vsaki tožbi, vloženi na podlagi člena 226 ES, navesti točne očitke, zaradi katerih zahteva odločbo Sodišča, in – vsaj na

kratko – zakonske in dejanske razloge, na katerih temeljijo ti očitki.

27. Tožba mora enako kot pisni opomin in obrazloženo mnenje, ki ju Komisija pošlje državi članici in s katerima se zameji predmet spora, zadevni državi članici omogočiti, da zagotovi obrambo in da ugovarja vsem očitkom, ki jih Komisija izreče proti njej.

28. Ta sodna praksa nasprotuje tožbam zaradi neizpolnitve obveznosti, vloženim z vlogo, ki zaradi nejasnosti navedenih očitkov ali neobstoja pravne ali dejanske obrazložitve krši pravice do obrambe.[3]

29. V obravnavanem primeru je Komisija v predhodnem postopku jasno razložila, zakaj meni, da avstrijska vlada ni upoštevala postopkovnih pravil iz Direktive 92/50, s tem ko je sklenila pogodbo o odstranjevanju odpadkov. Zelo izčrpno je predstavila dejanske okoliščine, ki so pripeljale do dodelitve pogodbe o odstranjevanju odpadkov, in pravne razloge, na katere je oprla mnenje o kršitvi.

3 — Glej, med drugim, sodbi z dne 29. septembra 1998 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-191/95, Recueil, str. I-5449, točka 55) in z dne 22. aprila 1999 v zadevi Komisija proti Združenemu kraljestvu (C-340/96, Recueil, str. I-2023, točka 36).

30. Komisija je iz dejstev glede sklenitve pogodbe in okoliščin, v katerih je družba Saubermacher pridobila delež v družbi Abfall, sklepala, da je bilo v tem primeru to naročilo, za katero bi se morala uporabiti Direktiva 92/50. S tem je predmet tožbe, vložene v tem primeru, jasno zamejen.

31. Zato očitek, ki ga navaja avstrijska vlada, da naj Komisija ne bi zamejila predmeta tožbe, ni utemeljen.

32. Drugi očitki avstrijske vlade glede dopustnosti zadevajo temelj zadeve. Preučil jih bom pri presoji utemeljenosti tožbe.

33. Ob upoštevanju zgoraj navedenega je treba ugotoviti, da je ugovor nedopustnosti, ki ga je navedla avstrijska vlada, treba zavrniti.

B – *Utemeljenost*

1. Trditve strank

34. Komisija v tožbi ugotavlja, da je treba mesto Mödling kot lokalno oblast šteti za

naročnika v smislu člena 1(b) Direktive 92/50, in jasno razloži, da je odstranjevanje odpadkov storitev, ki sodi v kategorijo 16 Priloge I A k navedeni direktivi. Iz tega sklepa, da je treba naročilo, katerega predmet je ta storitev, oddati v skladu z določbami v naslovih od III do VI. Poleg tega posel odstranjevanja odpadkov presega prag 200.000 posebnih pravic črpanja (DTS), določen s členom 7(1)(a)(ii) Direktive 92/50, kot je bil spremenjen s členom 1 (1) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 97/52/ES z dne 13. oktobra 1997[4]. Iz tega po mnenju Komisije izhaja, da so v celoti upoštevna pravila postopka iz člena 11(1) in pravila objave iz člena 15(2) Direktive 92/50.

35. Po mnenju Komisije v tem primeru ne bi mogli govoriti o notranjem razmerju med mestom Mödling in družbo Abfall. To pravno analizo podpira z napotilom na sodbo Teckal.[5] V tej sodbi je Sodišče jasno razložilo, da se direktive o oddaji javnih naročil ne uporabljajo, če „regionalna ali lokalna oblast izvršuje nad zadevnim subjektom podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami". Komisija navaja, da se direktive o oddaji javnih naročil ne uporabljajo, če naročnik ni nameraval zaupati nalog tretjemu, ampak samo uvesti notranjo delitev nalog. Vendar čim ima zasebno podjetje delež v družbi, ki je izbrani ponudnik, naročnik nad njim ne more več izvrševati podobnega nadzora, kot ga izvaja nad svojimi službami. Po mnenju Komisije že manjšinska udeležba zasebnega podjetja zadošča, da se izključi obstoj notranjega razmerja.

36. Dalje, Komisija opozarja, da manjšinski delež podjetja Saubermacher v tej družbi kaže na obstoj pomembnih pravic veta in pravice imenovati enega od dveh poslovodij z enakimi pravicami:

— podjetje Saubermacher ima pravico veta pri pomembnih odločitvah družbe Abfall, kot so povečanje ali zmanjšanje osnovnega kapitala, sprememba predmeta poslovanja, ki je določen v statutu, združitev ali odstop deleža v družbi ali delitev deležev;

— z imenovanjem enega od obeh poslovodij podjetje Saubermacher izvaja odločilen vpliv na družbo Abfall, ker obe poslovodji skupaj skrbita za upravljanje in zastopanje podjetja v njegovih notranjih in zunanjih razmerjih ter imata

4 — UL L 328, str. 1

5 — Sodba z dne 18. novembra 1999 (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 50).

skupno pooblastilo za podpisovanje. Poleg tega za operativne dejavnosti poslovodij ni obvezna predhodni sklep generalne skupščine.

37. Avstrijska vlada meni, da sklenitev pogodbe o odstranjevanju odpadkov z družbo Abfall ne sodi na področje uporabe Direktive 92/50 z obrazložitvijo, da gre za notranji posel, tako imenovani „in house". Po njenem mnenju delež zasebne osebe v podjetju ne izključuje, da je to lahko notranje razmerje. Avstrijska vlada zatrjuje, da je odločilna „stopnja avtonomije" pogodbenega partnerja, to je družbe Abfall, in ne morebitni vpliv zasebnega partnerja v tem podjetju. Ugotavlja, da družba Abfall ni imela samostojnih pooblastil za odločanje niti ob sklenitvi pogodbe niti jih nima danes.

38. Po mnenju avstrijske vlade posledično ni prave pogodbe, ki bi bila sklenjena med naročnikom in izvajalcem storitev v smislu člena 1(a) Direktive 92/50, če upoštevamo zmožnost naročnika, da odločilno vpliva na delovanje izvajalca, in neobstoj njegove samostojnosti, ki izhaja iz tega.[6]

6 — Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja, predstavljene 15. junija 2000 v zadevi ARGE (sodba z dne 7. decembra 2000, C-94/99, Recueil, str. I-11037, točka 59).

39. Avstrijska vlada med drugim meni, da merilo, določeno v sodbi Teckal[7], in sicer „podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami", zahteva primerljiv, ne pa enak nadzor. Zatrjuje, da je potrebna celostna presoja pravnih in dejanskih okoliščin, da se ugotovi, ali gre za primerljiv nadzor. Po njenem mnenju je povsem jasno, da mesto Mödling, če upoštevamo vse upoštevne dejavnike, po odstopu 49-odstotnega deleža lahko samo izvaja „primerljiv" nadzor. Avstrijska vlada pojasnjuje, da gre v tem primeru za naslednje prvine:

— ker ima mesto Mödling v generalni skupščini večino glasov, lahko v vsakem trenutku odpove sklenjeno pogodbo za odstranjevanje odpadkov z družbo Abfall oziroma družbo Abfall celo razpusti;

— mesto Mödling lahko v vseh pogledih samo določa dejavnosti družbe Abfall, saj morata obe poslovodji upoštevati omejitve, ki jih postavlja generalna skupščina;

7 — Navedena v opombi 5 zgoraj.

— v skladu z ustanovitvenim aktom se lahko vse odločitve o dejavnostih družbe Abfall sprejmejo z navadno večino (kar pomeni, da jih lahko sprejme mesto Mödling samo);

— mesto Mödling lahko z navadno večino deležev in glasov, ki jih ima, v vsakem trenutku in brez obrazložitve razreši poslovodjo družbe Abfall, prav tako pa lahko razreši poslovodjo, ki ga predlaga zasebno podjetje. Poleg tega lahko na generalni skupščini sprejme sklep o znižanju plače poslovodje.

40. Komisija v repliki zavrača stališče avstrijske vlade, da je treba od primera do primera in ob upoštevanju vseh okoliščin ugotoviti, ali gre za razmerje notranjega nadzora. Posledica take preučitve bi bila pravna negotovost glede uporabe direktiv Skupnosti na področju javnih naročil. Nasprotno bi merilo, ki ga uporablja Komisija, in sicer vpliv tretjega na ponudnika, omogočilo preprosto in predvidljivo razmejitev področja uporabe Direktive 92/50.

2. Presoja

41. Za presojo utemeljenosti tožbe Komisije je treba preučiti ti vprašanji:

a) Ali je treba družbo Abfall, v kateri ima družba Saubermacher 49-odstotni delež, obravnavati kot pravno osebo, ki kljub temu, da je ustanovljena kot ločena pravna oseba, še vedno ostaja sestavni del organizacije, s katero razpolaga mesto Mödling za izvajanje svojih nalog javnega reda, med njimi odstranjevanja odpadkov? Ob predpostavki, da bi bil odgovor na to vprašanje pritrdilen, ali je treba pogodbo o odstranjevanju odpadkov, ki jo je mesto Mödling dodelilo družbi Abfall, šteti kot nalogo, opravljeno v okviru občinske organizacije? Če bi bilo tako, potem ne gre za naročilo, za katerega bi bilo treba uporabiti določbe Direktive 92/50 o dodelitvi naročila;

b) Ali so bile upoštevne določbe Direktive 92/50, če predpostavljamo, da je treba družbo Abfall v sedanji pravni obliki, to je z udeležbo družbe Saubermacher in ob zanjo veljavnih zakonskih

in statutarnih določbah, obravnavati kot subjekt zunaj organizacije mesta Mödling, pravilno uporabljene?

42. Kot sem pojasnil zgoraj, tožba Komisije postavlja vprašanje, kaj je treba razumeti kot naročilo, ki ni dodeljeno v okviru struktur oblasti javnega naročnika. V skladu z ustaljeno sodno prakso se Direktiva 92/50 uporablja, kadar naročnik, kot je regionalna ali lokalna oblast, namerava skleniti pisno odplačno pogodbo s subjektom, ki je formalno ločen od njega.[8] Iz tega izhaja, da se ponudnik ne obravnava kot del istih struktur oblasti kot naročnik, kadar se mora od njega pravno razlikovati. Vendar celo kadar je ponudnik subjekt, ki je pravno ločen od naročnika, lahko obstajajo okoliščine, v katerih javni razpis ni obvezen.[9] V zvezi s tem sodba Teckal ponuja dve kumulativni merili, ki se uporabljata za določitev, ali obstaja notranja struktura oblasti. Tak primer je, ko je izpolnjeno merilo, da „regionalna ali lokalna oblast izvršuje nad zadevnim subjektom podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami, in ko ta subjekt glavni del dejavnosti opravlja s skupnostjo ali skupnostmi, v katerih lasti je“[10].

43. V zgoraj navedeni sodbi Teckal je bila ločena oseba v celoti v rokah organizacije javnega prava. V sodbi Stadt Halle in RPL Lochau[11], izrečeni po koncu pisnega postopka v tej zadevi, je šlo za vprašanje, ali lahko naročnik izvršuje nad tako imenovano „mešano družbo“, to je družbo, v katere kapitalu so udeležena tudi zasebna podjetja, podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami. Sodišče je razsodilo, da „[n]asprotno pa manjšinska udeležba zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, v vsakem primeru izključuje možnost, da bi ta naročnik lahko nad to družbo izvrševal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami“.

44. V tej zadevi je bil eden od razlogov, da je Sodišče razsodilo tako, dejstvo, da bi oddaja javnega naročila mešanemu podjetju brez razpisa natečaja ogrozila cilj proste in neizkrivljene konkurence in načelo enakega obravnavanja zainteresiranih iz Direktive 92/50, zlasti če bi tak postopek zasebnemu podjetju, ki je udeleženo v kapitalu tega podjetja, dajal prednost pred njegovimi tekmeci.[12]

8 — Glej zgoraj navedeni sodbi Teckal in ARGE (točka 40).

9 — Glej sodbo z dne 11. januarja 2005 (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 49).

10 — Sodba Teckal, navedena v opombi 5.

11 — Sodba Stadt Halle in RPL Lochau, navedena v opombi 9.

12 — Sodba Stadt Halle in RPL Lochau, navedena v opombi 9.

45. Skratka, pravnega subjekta s samostojnim pravnim statusom ni mogoče obravnavati kot del naročnika, kadar ima zasebno podjetje delež v kapitalu družbe.

46. Ob upoštevanju dejanskih elementov, razloženih zgoraj v točkah od 7 do 16, in podrobnosti iz statuta, kot jih je brez ugovora navedla Komisija in so na koncu povzete zgoraj v točki 36, lahko ugotovimo naslednje:

— družba Saubermacher ima v lasti 49-odstotni delež družbe Abfall;

— udeležba je vezana na pravico do imenovanja enega od dveh poslovodij;

— poslovodji sta odgovorna za glavni del dejavnosti družbe Abfall;

— za pomembne odločitve o organizaciji in strukturi družbe je potrebna kvalificirana večina na generalni skupščini delničarjev.

47. Ti elementi zadostujejo, da lahko štejemo za upravičeno ugotovitev, da razmerje med mestom Mödling in družbo Abfall ni notranje razmerje, v katerem občina lahko izvršuje podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami. Za to ni pomembno, da se občina lahko odloči, da prekine sodelovanje z družbo Saubermacher. Vendar jo vežejo splošni in posebni predpisi nacionalne zakonodaje o fizičnih in pravnih osebah, ki urejajo razmerja med osebami, ki sodelujejo znotraj podjetja, kar pomeni, da je vsekakor dolžna upoštevati upravičene interese družbe Saubermacher. Težko namreč predpostavljamo, da je bila družba Saubermacher pripravljena z velikim kapitalskim deležem v družbi Abfall začeti sodelovanje z mestom Mödling kot drugim velikim delničarjem, če bi bilo trajanje tega sodelovanje odvisno izključno od dobre volje občine.

48. Poleg tega v tem primeru ne bi mogli trditi, da je preoblikovanje notranje službe na občini mesta Mödling v družbo zasebnega prava resnično razmerje „in house“ glede na način tega preoblikovanja in samo dejavnost družbe Abfall.

49. Neposredno po ustanovitvi družbe Abfall 16. junija 1999 je namreč mesto Mödling po sklepu občinskega sveta z dne

25. junija začelo iskati zasebnega partnerja za podjetje, ki ga je ustanovilo. Z udeležbo družbe Saubermacher je mesto Mödling pridobilo potrebno znanje za poslovodenje družbe Abfall.

50. To razlago dejstev potrjujejo tudi naslednji elementi:

— izvajanje pogodbe o odstranjevanju odpadkov med mestom Mödling in družbo Abfall se je začelo šele potem, ko je družba Saubermacher prevzela delež v družbi Abfall;

— družba Abfall opravlja od 20 do 30 % dejavnosti tudi za tretje osebe (glej zgoraj točko 16).

51. Glede na dejstvo, da je treba družbo Abfall v njeni sedanji pravni obliki, to je z deležem družbe Saubermacher, v okviru veljavnih statutarnih in zakonskih določb obravnavati kot subjekt, ki je zunaj organizacije mesta Mödling, je treba ugotoviti, ali pogodbo o odstranjevanju odpadkov, s katero je mesto Mödling poverilo odvoz in obdelavo odpadkov izključno družbi Abfall, zajema Direktiva 92/50 in v tem primeru njene določbe pravilno uporabljene.

52. Najprej ugotavljam, da je mesto Mödling lokalna oblast. Temu avstrijska vlada ne ugovarja. V členu 1(b) Direktive 92/50 je določeno, da je treba državo, regionalne ali lokalne oblasti, telesa, za katera velja javno pravo, združenja, ki jih ustanovi ena ali več takšnih oblasti ali teles, za katere velja javno pravo, šteti za naročnike. Zato je mesto Mödling kot lokalna oblast naročnik in zato sodi na področje osebne uporabe Direktive 92/50.

53. Poleg tega storitve, ki so predmet spornega razmerja, sodijo na področje uporabe te direktive. V Prilogi I A k tej direktivi je med tam naštetimi kategorijami storitev navedena kategorija 16, ki se nanaša na „[s] toritve pri ravnanju z odpadnimi vodami in odpadki: sanitarne in podobne storitve". Konkretno glede vsebine teh storitev je v Prilogi I A napotilo na vrstno številko iz CPC (Osrednje klasifikacije proizvodov Združenih narodov). Glavna dejavnost družbe Abfall je odvoz in obdelava odpadkov, večjih kosov,

ostankov, biološko razgradljivih odpadkov in nevarnih snovi. Iz tega izhaja, da glavna dejavnost družbe Abfall sodi med storitve, navedene v Prilogi I A k Direktivi 92/50, in da to dejavnost urejajo njene določbe.

54. Drugi vidik, ki ga je treba preučiti, je vrsta razmerij med mestom Mödling in družbo Abfall. V osmi uvodni izjavi je jasno določeno, „da je zagotavljanje storitev opredeljeno le s to direktivo, kolikor temelji na javnih naročilih, medtem ko zagotavljanje storitev na drugih podlagah, kot na primer z zakonom ali podzakonskimi akti ali pogodbami o zaposlitvi, ni opredeljeno". V členu 1(a) je pojem javnih naročil storitev opredeljen v smislu Direktive 92/50, in sicer kot „pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom".

55. Da bi obstoječe razmerje lahko obravnavali kot javno naročilo, je treba ugotoviti, ali je bilo naročilo sklenjeno v obliki pogodbe in ali je bila dogovorjena protivrednost v denarju. Tako je v tem primeru. Ni sporno, da pogodba o odstranjevanju odpadkov, s katero je mesto Mödling poverilo odvoz in obdelavo odpadkov izključno družbi Abfall, določa, da bo mesto Mödling nakazalo družbi Abfall plačilo v stalnem znesku, določenem po smetnjaku ali kontejnerju, za odvoz in obdelavo odpadkov.

56. Poleg tega mora biti mogoče pravni osebi, ki sta sklenili pogodbo, pravno razlikovati, da se ne bi znašli v primeru opravljanja storitev „in house". V točkah od 46 do 50 sem že ugotovil, da družbe Abfall ni mogoče niti pravno niti dejansko obravnavati kot notranjo službo mesta Mödling.

57. Dejstvo, da je bila odločitev, da se sklene pogodba med mestom Mödling in družbo Abfall, sprejeta, ko je bila ta še v celoti v lasti mesta Mödling, v ničemer ne spreminja ugotovitve, da je treba zadevno javno naročilo v skladu s povezanimi določbami členov 8, 11(1) in 15(2) Direktive 92/50 oddati v skladu z njenimi naslovi od III do VI. Gotovost, da bo družba Abfall dobila naročilo mesta Mödling, je namreč zanimiva za zasebnega interesenta za udeležbo v podjetju. Vendar take oblike „zunanje privatizacije", s katerimi „privatizirani" subjekt postane privlačen za zasebne interesente

zaradi obetov takojšnje pridobitve naročila za nedoločen čas kot „dote“, v ničemer ne zmanjšujejo uporabnosti Direktive 92/50 za take strukture.

58. Glede na zgoraj navedeno ugotavljam, da je Komisija nesporno dokazala obstoj kršitve povezanih določb členov 8, 11(1) in 15(2) Direktive 92/50.

VI – Predlog

59. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj:

— ugotovi, da Republika Avstrija ni izpolnila obveznosti iz Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, ker je mesto Mödling sklenilo pogodbo o odstranjevanju odpadkov brez upoštevanja pravil postopka in objave, določenih v povezanih določbah členov 8, 11(1) in 15(2) te direktive;

— Republiki Avstriji naloži plačilo stroškov.