SODBA SODIŠČA (prvi senat)

z dne 11. maja 2006*

V zadevi C-340/04,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italija) s sklepom z dne 27. maja 2004, ki je na Sodišče prispel 9. avgusta 2004, v postopku

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

proti

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

ob udeležbi:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Jezik postopka: italijanščina.

SODIŠČE (prvi senat),

v sestavi P. Jann, predsednik senata, K. Schiemann, sodnik, N. Colneric, sodnica, J. N. Cunha Rodrigues (poročevalec) in E. Levits, sodnika,

generalna pravobranilka: C. Stix-Hackl,
sodna tajnica: C. Strömholm, administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 10. novembra 2005,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Carbotermo SpA A. Sansone in P. Sansone, odvetnika,

– za Consorzio Alisei, skupaj z AGESI, B. Becchi in L. Grillo, odvetnika,

– za Comune di Busto Arsizio C. Caputo, odvetnica,

– za AGESP SpA A. Sciumè in D. Tassan Mazzocco, odvetnika,

– za italijansko vlado I. M. Braguglia, zastopnik, skupaj z G. Fiengom, avvocato dello Stato,

– za nemško vlado W.-D. Plessing, zastopnik,

– za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

– za poljsko vlado T. Nowakowski, zastopnik,

– za vlado Združenega kraljestva M. Hoskins, zastopnik,

– za Komisijo Evropskih skupnosti X. Lewis in D. Recchia, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 12. januarja 2006

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago Direktive Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med podjetjema Carbotermo SpA (v nadaljevanju: Carbotermo) in Consorzio Alisei na eni strani ter Comune di Busto Arsizio (v nadaljevanju: občina Busto Arsizio) in podjetjem AGESP SpA (v nadaljevanju: AGESP) na drugi strani zaradi oddaje slednjemu naročila, ki se nanaša na dobavo goriva ter na vzdrževanje, tehnično obnovo in nadgradnjo grelnih naprav stavb navedene občine.

Pravni okvir

Skupnostna ureditev

3 Člen 1(a) in (b) Direktive 93/36 določa:

„Za namene te direktive:

(a) ‚javna naročila blaga' pomenijo v pisni obliki sklenjene pogodbe s plačilom, ki vključujejo nakup, zakupni najem ali zakup, z ali brez možnosti nakupa, blaga med ponudnikom (fizično ali pravno osebo) in enim od naročnikov, ki so opredeljeni v (b) spodaj. Dobava takšnega blaga lahko dodatno vključuje tudi gradnje na sami lokaciji in izvajanje instalacijskih gradenj;

(b) ‚naročniki' lahko pomenijo državo, regionalne in lokalne oblasti [teritorialne skupnosti], osebe javnega prava, združenja, ki jih oblikuje ena ali več takšnih oblasti ali oseb javnega prava;

‚oseba javnega prava' pomeni lahko katerokoli osebo, ki:

– je ustanovljena s posebnim namenom zadovoljevanja potreb v splošnem interesu, ki ni predelovalne oziroma trgovinske narave, in

– je pravna oseba in

– jo v glavnem financirajo država, regionalne ali lokalne oblasti [teritorialne skupnosti] ali druge osebe javnega prava ali so pod upravljavskim nadzorom teh oseb ali imajo administrativni, upravni ali nadzorni organ, v katerega več kot polovico članov imenujejo država, regionalne ali lokalne oblasti [teritorialne skupnosti] ali druge osebe javnega prava;

[…]"

4 Člen 6 te direktive določa:

„1. Pri oddaji javnih naročil blaga morajo naročniki v spodaj določenih primerih uporabljati [odprte postopke, omejene postopke, postopke s pogajanji] […]

2. Naročniki lahko oddajo svoja javna naročila blaga po postopkih s pogajanji v primeru […]

3. Naročniki lahko oddajo javna naročila blaga po postopku s pogajanjem, brez predhodne objave javnega razpisa v naslednjih primerih:

[…]

4. V vseh drugih primerih morajo naročniki javna naročila blaga oddati po odprtem ali omejenem postopku.“

5 Člen 1, točka 3, Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84) določa:

„V tej direktivi:

[…]

3. ‚povezano podjetje' pomeni vsako podjetje, katerega letni računovodski izkaz je konsolidiran z izkazi naročnika, v skladu z zahtevami sedme Direktive Sveta 83/349/EGS z dne 13. junija 1983 o konsolidiranih računovodskih izkazih [UL L 193, str. 1], ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe EGS, ali pri subjektih, za katere se ne uporablja ta direktiva, vsako podjetje, na katero ima naročnik lahko posredno ali neposredno prevladujoč vpliv v smislu odstavka 2, prav tako pa tudi podjetje, ki bodisi da ima lahko prevladujoč vpliv na naročnika bodisi da je skupaj z naročnikom pod prevladujočim vplivom drugega podjetja, in to na podlagi lastništva, finančne udeležbe ali pravil, ki urejajo njegovo delovanje".

6 Člen 13 te direktive določa:

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

(a) jih naročnik odda povezanemu podjetju;

(b) jih mešano podjetje, ki ga je ustanovilo več naročnikov za opravljanje ene od ustreznih dejavnosti v smislu člena 2(2), odda enemu od tistih naročnikov ali enemu od podjetij, ki je povezano z enim od teh naročnikov,

pod pogojem, da vsaj 80 % povprečnega prometa v zvezi s storitvami, ki ga je to podjetje realiziralo v Skupnosti v poprejšnjih treh letih, izhaja iz zagotavljanja teh storitev podjetjem, s katerimi je povezano.

Kadar isto storitev ali podobne storitve opravlja več kakor eno podjetje, ki je povezano z naročnikom, se upošteva skupni promet, ki ga ta podjetja ustvarijo z zagotavljanjem storitev.

2. Naročniki Komisiji na njeno zahtevo uradno pošljejo naslednje podatke glede uporabe odstavka 1:

– imena zadevnih podjetij,

– vrsto in vrednost javnih naročil zadevnih storitev,

– podatke, ki so po mnenju Komisije lahko potrebni kot dokaz, da je razmerje med podjetjem, kateremu so javna naročila oddana, in naročnikom v skladu z zahtevami tega člena.“

Italijansko pravo

7 Consiglio di Stato je s sodbo št. 5316 z dne 18. septembra 2003 odločilo, da je bila lokalna skupnost upravičena oddati naročilo blaga ponudniku, ne da bi uporabila javni razpis v primerih, ko je lokalna skupnost nad dobaviteljem izvajala nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, in ko je ponudnik pretežen del dejavnosti opravljal s skupnostjo, ki ga je nadzirala.

Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

8 Carbotermo je podjetje, specializirano za dobavo energije in upravljanje ogrevanja za javne in zasebne odjemalce.

9 Consorzio Alisei je podjetje, ki zagotavlja energetske proizvode in storitve, povezane s klimatizacijo in ogrevanjem stavb.

10 AGESP Holding SpA (v nadaljevanju: AGESP Holding) je delniška družba, ki je nastala s preoblikovanjem, odločenim 24. septembra 1997, Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, posebnega podjetja občine Busto Arsizio. Občina Busto Arsizio je trenutno lastnica 99,98 % osnovnega kapitala AGESP Holding. Drugi delničarji so občine Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate in Olgiate Olona, od katerih ima vsaka eno delnico.

11 Na podlagi člena 2 njegovega statuta so naloge AGESP Holding upravljanje storitev družbene koristi v sektorjih plina, vode, ohranjanja okolja, prevoza, parkiranja, javnih kopališč, lekarn, električne energije in ogrevanja, pogrebnih storitev in prometne signalizacije.

12 Člen 6 tega statuta določa:

„[…] Večina delnic je pridržana [občini Busto Arsizio].

[…]

Razen [občine Busto Arsizio] imajo lahko v družbi deleže druge javne lokalne skupnosti (pokrajine, občine in njihova združenja), gospodarske in finančne ustanove, teritorialna in sektorska združenja ter osebe zasebnega prava, ki želijo zasledovati statutarne cilje […]“

13 Člen 7 tega statuta podrobneje določa:

„Noben zasebni družbenik ne sme imeti več kot 10 % celotnega kapitala družbe […]“

14 Na podlagi člena 18 statuta AGESP Holding tega vodi upravni svet.

15 Na podlagi člena 26 navedenega statuta velja:

„Upravnemu svetu se podelijo najobsežnejša pooblastila za redno in izredno vodenje družbe, z možnostjo izvrševanja vseh dejanj, za katere presodi, da so nujni za izvajanje in uresničevanje cilja družbe, z edino izjemo dejanj, ki jih zakon ali statut formalno pridržuje skupščini […]“

16 AGESP je delniška družba, ki jo je 12. julija 2000 ustanovil AGESP Holding, ki je trenutno lastnik 100 % osnovnega kapitala.

17 V skladu s členom 3 njegovega statuta v spremenjeni različici, ki razširja cilj družbe in ki je bil predložen predložitvenemu sodišču, je cilj AGESP opravljanje dejavnosti v zvezi s storitvami družbene koristi v sektorjih plina, vode, ohranjanja okolja, prevoza, parkiranja, električne energije, ogrevanja, klimatizacije, informatike, telekomunikacij, upravljanja podzemlja, razsvetljave in opravljanja različnih storitev za povezane družbe.

18 Člen 7 statuta AGESP določa:

„Noben delničar, z izjemo večinskega delničarja AGESP Holding […], ne more imeti več kot desetino vsega kapitala družbe[…]“

19 V skladu s členom navedenega 17 statuta AGESP vodi svet.

20 Glede tega člen 19 istega statuta podrobneje določa:

„Svet ima brez omejitev najširša pooblastila za zagotavljanje rednega in izrednega upravljanja družbe."

21 Občina Busto Arsizio je 22. septembra 2003 objavila javni razpis za dobavo goriva ter za vzdrževanje, tehnično obnovo in nadgradnjo grelnih naprav občinskih stavb. Naročilo v znesku, ocenjenem na 8.450.000 EUR plus davek na dodano vrednost (DDV), je obsegalo dobavo goriva (od katerega je 4/5 kurilnega olja in 1/5 metana) v znesku 5.700.000 EUR, vzdrževanje grelnih naprav v znesku 1.000.000 EUR ter tehnično obnovo in nadgradnjo navedenih naprav v znesku 1.750.000 EUR.

22 Carbotermo je 22. novembra 2003 predložil ponudbo. Consorzio Alisei je pripravil ponudbo, a je ni predložil v predpisanem roku.

23 Občina Busto Arsizio je 21. novembra 2003 ob upoštevanju sodbe Consiglio di Stato, št. 5316, navedene v točki 7 te sodbe, odločila, da prekine postopek javnega razpisa do 10. decembra 2003.

24 Občina Busto Arsizio je s sklepom z dne 10. decembra 2003 umaknila javni razpis, pri čemer si je pridržala možnost, da naročilo pozneje neposredno odda AGESP.

25 Občina Busto Arsizio je z odločbo z dne 18. decembra 2003 zadevno naročilo oddala neposredno AGESP. To odločbo je obrazložila z ugotovitvijo, da je AGESP izpolnjeval oba pogoja, ki ju sodna praksa Skupnosti in nacionalna sodna praksa določata za oddajo javnih naročil brez javnega razpisa, in sicer da lokalna skupnost nad subjektom, ki je izbrani ponudnik, izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, in da ta subjekt opravlja pretežen del svoje dejavnosti s skupnostjo, ki ga nadzira. Preambula te odločbe po eni strani potrjuje, da razmerje odvisnosti med AGESP in občino Busto Arsizio izhaja iz okoliščine, da ima ta v lasti 99,98 % kapitala AGESP Holding, ki je stoodstotni lastnik kapitala AGESP. Po drugi strani ta preambula navaja, da največji del prometa AGESP izvira iz dejavnosti, ki so mu bile zaupane na podlagi naročil, pridobljenih neposredno od občine Busto Arsizio.

26 AGESP je z obvestilom z dne 23. januarja 2004 v okviru hitrega postopka objavil javni razpis za dobavo zadevnega kurilnega olja in to naročilo 27. februarja 2004 oddal podjetju Pezzoli Petroli Srl. AGESP je 28. aprila, 18. maja, 30. junija in 2. septembra 2004 drugim podjetjem oddal naročila, ki se nanašajo na predelavo metana, prehod na novo tehnologijo, standardiziranje in vgradnjo nadzornega sistema ter daljinsko upravljanje grelnih naprav različnih občinskih stavb. Niti Carbotermo niti Consorzio Alisei nista bila navedena med podjetji, ki so bili izbrani ponudniki teh naročil.

27 Carbotermo in Consorzio Alisei sta pred Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia izpodbijala odločbi o prekinitvi javnega razpisa in o oddaji zadevnega naročila AGESP.

28 Ti podjetji sta pred tem sodiščem trdili, da v tem primeru nista bila izpolnjena pogoja za neuporabo Direktive 93/36. Po eni strani naj občina Busto Arsizio ne bi nadzirala AGESP, ker je imela deleže v AGESP samo prek holdinga, v katerem je bila 99,98-odstotni delničar, in ker je AGESP obdržal vso samostojnost delniške družbe

zasebnega prava. Po drugi strani naj AGESP ne bi opravljal pretežnega dela svoje dejavnosti za občino Busto Arsizio, ker naj bi s to občino ustvaril precej manj kot 80 % svojega prometa, kar je merilo, ki ga mora izpolniti po analogiji s členom 13 Direktive 93/38.

29 Občina Busto Arsizio in AGESP sta odgovorila, da je bila v tem primeru neposredna oddaja dovoljena, ker je občina Busto Arsizio nadzirala AGESP zaradi svojega deleža v njegovem kapitalu, in da je AGESP opravljal pretežni del svoje dejavnosti s to občino. V tem oziru je AGESP podrobneje navedel, da se je več kot 28 % prometa, ustvarjenega na ozemlju občine Busto Arsizio, nanašal na občini neposredno opravljene storitve in da je promet, ustvarjen na ozemlju navedene občine, pomenil 65,59 % njegovega skupnega prometa.

30 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia je v teh okoliščinah prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je v skladu z Direktivo 93/36 […] neposredna oddaja naročila za dobavo goriva za grelne naprave stavb, ki so v lasti ali v pristojnosti občine, ki se nanaša na njihovo upravljanje in vzdrževanje (s pretežnim delom vrednosti dobave) delniški družbi, katere kapital je trenutno v popolni lasti druge delniške družbe, katere večinski (99,98-odstotni) delničar je občina, ki je oddala naročilo, oziroma družba (AGESP), ki ni v neposredni lasti teritorialne skupnosti, temveč neke druge družbe (AGESP Holding), katere kapital je trenutno v 99,98-odstotni lasti teritorialne skupnosti?

2. Ali je treba uporabiti člen 13 Direktive 93/38 […], da bi preverili pogoj, da mora podjetje, ki mu je bilo naročilo blaga neposredno oddano, opravljati pretežni del svoje dejavnosti s teritorialno skupnostjo, ki je lastnica podjetja, in ali je navedeni pogoj mogoče šteti za izpolnjenega, če zadevno podjetje ustvari pretežni del svojega prometa s teritorialno skupnostjo, ki je lastnica podjetja, ali, alternativno, na ozemlju navedene skupnosti?“

Vprašanji za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

31 Sodišče je že presodilo, da če je predmet naročila hkrati blago v smislu Direktive 93/36 in storitve v smislu Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1), naročilo spada pod Direktivo 93/36, kadar je vrednost blaga, vključenega v naročilo, večja od vrednosti storitev (sodba z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal, C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 38). Naročilo, kot je to v postopku v glavni stvari, pri katerem je vrednost blaga višja od vrednosti storitev, ki so njegov predmet, spada torej pod Direktivo 93/36, kot je sicer že ugotovilo predložitveno sodišče.

32 Obstoj pogodbe v smislu člena 1(a) Direktive 93/36 predpostavlja, da je med dvema različnima osebama obstajal sporazum (zgoraj navedena sodba Teckal, točka 49).

33 V skladu s členom 1(a) navedene direktive načeloma zadošča, da je bilo naročilo sklenjeno med teritorialno skupnostjo in osebo, ki je od nje pravno ločena. Kaj drugega

lahko velja le, če teritorialna skupnost nad zadevno osebo izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, in če ta oseba opravlja pretežni del svoje dejavnosti z eno ali več teritorialnimi skupnostmi, ki imajo v njej delež (zgoraj navedena sodba Teckal, točka 50).

34 Iz predložitvenega sklepa in dokumentov iz spisa izhaja, da ima naročnik trenutno 99,98 % kapitala AGESP Holding, 0,02 % pa imajo druge teritorialne skupnosti. Na podlagi statuta AGESP Holding lahko zasebni delničarji vstopijo v kapital te družbe pod dvema pogojema: po eni strani je večina delnic pridržana občini Busto Arsizio in po drugi strani noben zasebni delničar ne more imeti več kot desetino kapitala te družbe.

35 AGESP Holding ima trenutno v lasti stoodstotni kapitalski delež AGESP. V skladu s statutom le-tega smejo zasebni delničarji pridobiti njegov kapital pod edinim pogojem, da noben delničar, z izjemo AGESP Holding, ne more imeti več kot desetino kapitala te družbe.

36 Pri presoji, ali naročnik izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, je treba upoštevati vse zakonske predpise in upoštevne okoliščine. Ta preizkus mora voditi do rezultata, da je družba, ki je izbrani ponudnik, pod nadzorom, ki omogoča naročniku, da vpliva na odločitve navedene družbe. Pri tem mora biti podana možnost odločilno vplivati na strateške cilje in na pomembne odločitve te družbe (glej sodbo z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8612, točka 65).

37 Okoliščina, da je naročnik, sam ali z drugimi državnimi organi, lastnik celotnega kapitala družbe, ki je izbrani ponudnik, stremi k temu, in to ni odločilno, da ta naročnik nad to družbo izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, v smislu točke 50 zgoraj navedene sodbe Teckal.

38 Iz spisa v tej zadevi izhaja, da statuta AGESP Holding in AGESP podeljujeta upravnemu svetu vsakega od teh družb najširša pooblastila za redno in izredno vodenje družbe. Ta statuta občini Busto Arsizio ne pridržujeta nobenega posebnega nadzornega pooblastila ali posebne glasovalne pravice za omejitev svobode delovanja teh upravnih svetov. Nadzor, ki ga občina Busto Arsizio izvaja nad tema družbama, se predvsem kaže v svobodi, ki jo je pravo družb priznalo večini družbenikov, kar znatno omejuje njeno moč vplivanja na odločitve teh družb.

39 Poleg tega občina Busto Arsizio morebiten vpliv na odločitve AGESP izvaja prek holdinga. Posredovanje takega posrednika lahko glede na okoliščine tega primera oslabi morebiten nadzor, ki ga naročnik izvaja nad delniško družbo že zaradi udeležbe v njenem kapitalu.

40 Iz tega izhaja, da naročnik v takih okoliščinah pod pogojem, da jih preveri sodišče, ki odloča o zadevi v glavni stvari, nad družbo, ki je izbrana ponudnica zadevnega javnega naročila, ne izvaja nadzora, podobnega tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami.

41 Člen 6 Direktive 93/36 nalaga naročnikom, ki oddajajo javna naročila, naj uporabijo odprti postopek ali omejeni postopek, razen če naročilo spada v enega od izjemnih

primerov, ki so taksativno našteti v odstavkih 2 in 3 navedenega člena. Iz predložitvenega sklepa ne izhaja, da je naročilo, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, eden od teh primerov.

42 Iz tega sledi, da Direktiva 93/36 nasprotuje neposredni oddaji javnega naročila v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari.

43 V odgovor na to ugotovitev italijanska vlada ugovarja, da dejstvo, da bi moral AGESP za nabavo zadevnega kurilnega olja uporabiti postopek z javnim razpisom, dokazuje, da bi bilo treba občino Busto Arsizio, AGESP Holding in AGESP šteti, kot da skupaj pomenijo enotno „osebo javnega prava“ v smislu člena 1(b) Direktive 93/36, ki je zavezana oddati javna naročila blaga v skladu z zakonodajo Skupnosti in nacionalno zakonodajo na tem področju.

44 Te trditve ni mogoče sprejeti. Po eni strani občina Busto Arsizio spada pod pojem „teritorialne skupnosti“ in ne pod pojem „osebe javnega prava“ v smislu te določbe. Po drugi strani so občina Busto Arsizio, AGESP Holding in AGESP ločena pravna osebnost.

45 Poleg tega, kot je Sodišče že poudarilo v točki 43 zgoraj navedene sodbe Teckal, so edine izjeme, ki dovoljujejo uporabo Direktive 93/36, tiste, ki so tam taksativno in izrecno navedene.

46 Direktiva 93/36 torej ne vsebuje določbe, primerljive s členom 6 Direktive 92/50, ki iz svojega področja uporabe izključuje javna naročila, ki se pod določenimi pogoji oddajo naročnikom (zgoraj navedena sodba Teckal, točka 44).

47 Posledično je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da Direktiva 93/36 nasprotuje neposredni oddaji naročila blaga in storitev, kadar vrednost blaga predstavlja pretežni del, delniški družbi, katere upravni svet ima široka pooblastila za upravljanje, ki jih lahko izvaja samostojno, in katere kapital je trenutno v celoti v lasti druge delniške družbe, katere večinski delničar je naročnik.

Drugo vprašanje

48 Drugo vprašanje vsebuje dva dela.

49 Predložitveno sodišče želi po eni strani izvedeti, ali je treba uporabiti člen 13 Direktive 93/38 pri presoji pogoja, da mora podjetje, ki mu je bilo naročilo blaga neposredno oddano, pretežni del svoje dejavnosti opravljati s skupnostjo, ki je v njem udeležena. Po drugi strani sprašuje, ali je ta pogoj mogoče šteti za izpolnjenega, kadar tako podjetje pretežni del svojega prometa ustvari z javno skupnostjo, ki je v njem udeležena, ali kadar pretežni del svojega prometa ustvari na ozemlju navedene skupnosti.

Prvi del drugega vprašanja

50 Iz predložitvenega sklepa izhaja, da naročilo, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, spada v Direktivo 93/36.

51 Gre torej za vprašanje, ali je treba izjemo iz člena 13 Direktive 93/38 po analogiji uporabiti na področju uporabe Direktive 93/36.

52 Izjema, predvidena v navedenem členu 13, se nanaša samo na naročila storitev in ne vključuje naročil blaga.

53 Člen 13 Direktive 93/38 se nanaša na udeležence in zlasti na mešana podjetja in podjetja, katerih letni računovodski izkazi so konsolidirani in katerih načini delovanja se razlikujejo od načinov delovanja naročnikov, ki jih ureja Direktiva 93/36.

54 Poleg tega se navedeni člen nanaša na sistem obveščanja Komisije, ki ga ni mogoče prenesti na Direktivo 93/36, ker za to ni pravne podlage.

55 Ker je treba izjeme razlagati ozko, iz tega sledi, da uporabe člena 13 Direktive 93/38 ni primerno razširiti na področje uporabe Direktive 93/36.

56 Ta sklep potrjuje dejstvo, da se je zakonodajalec Skupnosti ob prenovi direktiv o javnih naročilih leta 2004 s tem, da je v členu 23 Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL L 134, str. 1) ohranil navedeno izjemo, odločil, da podobne izjeme ne bo vključil v Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114), ki je nadomestila Direktivo 93/36.

57 Glede na vse navedeno je treba na prvi del drugega vprašanja odgovoriti tako, da se člen 13 Direktive 93/38 ne sme uporabiti pri presoji pogoja, da se ne uporabi Direktiva 93/36, v skladu s katerim mora podjetje, ki mu je bilo naročilo blaga neposredno oddano, opravljati pretežen del svoje dejavnosti s skupnostjo, ki ima v njem delež.

Drugi del drugega vprašanja

58 Opozoriti je treba, da je glavni cilj pravil Skupnosti na področju javnih naročil prosti pretok blaga in storitev ter svobodna in neizkrivljena konkurenca v vseh državah članicah (v tem smislu glej sodbo z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 44).

59 Cilj pogojev – ki jih postavlja zgoraj navedena sodba Teckal za ugotovitev, da se Direktiva 93/36 ne uporablja za naročila, dogovorjena med teritorialno skupnostjo in osebo, ki je od nje pravno ločena, da mora hkrati teritorialna skupnost nad zadevno osebo izvajati nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, in da mora ta oseba opravljati pretežen del svoje dejavnosti s skupnostjo ali skupnostmi, ki imajo v njej delež – je predvsem preprečiti izkrivljanje konkurence.

60 Cilj zahteve, da mora zadevna oseba opravljati pretežen del svoje dejavnosti s skupnostjo ali skupnostmi, ki imajo v njej delež, je zlasti zagotoviti, da se Direktiva 93/36 še naprej uporablja v primeru, ko je podjetje, ki ga nadzira ena ali več skupnosti, dejavno na trgu in torej lahko konkurira z drugimi podjetji.

61 Podjetju ni nujno odvzeta svoboda delovanja samo zato, ker odločitve, ki ga zadevajo, nadzoruje skupnost, ki ima v njem delež, če lahko še opravlja pomemben del svoje gospodarske dejavnosti z drugimi gospodarskimi subjekti.

62 Poleg tega morajo biti storitve tega podjetja predvsem namenjene samo tej skupnosti. V teh mejah se zdi upravičeno, da se to podjetje izogne omejitvam Direktive 93/36, ker so te predpisane v skrbi za ohranitev konkurence, kar v tem primeru ni več potrebno.

63 Pri uporabi teh načel lahko štejemo, da zadevno podjetje opravlja pretežni del svoje dejavnosti s skupnostjo, ki ima v njem delež, v smislu zgoraj navedene sodbe Teckal, samo če je dejavnost tega podjetja v glavnem namenjena tej skupnosti, vsaka druga dejavnost pa je samo postranska.

64 Za presojo, ali je tako, mora pristojno sodišče upoštevati vse okoliščine primera, kakovostne in količinske.

65 V zvezi z vprašanjem, ali je v tem kontekstu treba upoštevati samo promet, ustvarjen s skupnostjo, ki izvaja nadzor, ali tistega, ki je ustvarjen na ozemlju te skupnosti, je treba šteti, da je odločilen promet, ki ga zadevno podjetje ustvari na podlagi odločb o oddaji, ki jih sprejme skupnost, ki izvaja nadzor, vključno s prometom, ki ga doseže z uporabniki pri izvrševanju takih odločb.

66 Upoštevati je treba vse tiste dejavnosti podjetja, ki je izbrani ponudnik, ki jih to podjetje opravlja v okviru naročnikove oddaje, in sicer neodvisno od identitete upravičenca, ki je lahko naročnik sam ali uporabnik storitev.

67 Vprašanje, kdo plačuje zadevno podjetje, ni pomembno, pa naj bo to skupnost, ki ima v njem delež, ali tretji uporabniki storitev, ki se zagotavljajo na podlagi koncesij ali drugih pravnih razmerij, ki jih je vzpostavila navedena skupnost. Prav tako ni pomembno, na katerem ozemlju se zagotavljajo navedene storitve.

68 Če ima v postopku v glavni stvari več skupnosti posredni delež v kapitalu podjetja, ki je izbrani ponudnik, je lahko pomembno preučiti vprašanje, ali je dejavnost, ki jo je treba upoštevati, tista, ki jo podjetje, ki je izbrani ponudnik, opravlja z vsemi skupnostmi, ki imajo v njem delež, ali samo dejavnost, opravljena s skupnostjo, ki v tej zadevi deluje kot naročnik.

69 Glede tega je treba opozoriti, da je Sodišče podrobneje določilo, da mora ločena pravna oseba opraviti pretežni del svoje dejavnosti s „skupnostjo ali skupnostmi, ki imajo v njej delež“ (zgoraj navedena sodba Teckal, točka 50). Torej je predvidelo možnost, da se predpisana izjema uporabi ne samo takrat, ko ima v taki pravni osebi delež samo ena skupnost, ampak tudi takrat, ko jih ima več.

70 Kadar ima v podjetju delež več skupnosti, je pogoju v zvezi s pretežnim delom njegove dejavnosti mogoče zadostiti, če to podjetje opravlja pretežni del svoje dejavnosti ne nujno z eno od teh skupnosti, ampak s temi skupnostmi kot celoto.

71 Posledično je dejavnost, ki jo je treba upoštevati pri podjetju, v katerem ima delež več skupnosti, tista, ki jo to podjetje opravlja z vsemi temi skupnostmi.

72 Iz vsega navedenega izhaja, da je treba na drugi del drugega vprašanja odgovoriti tako, da je pri presoji, ali podjetje opravlja pretežni del svoje dejavnosti s skupnostjo, ki ima v njem delež, za namene odločitve, ali se uporablja Direktiva 93/36, treba upoštevati vse dejavnosti, ki jih to podjetje opravlja na podlagi oddaje, ki jo opravi naročnik, in sicer neodvisno od tega, kdo plačuje to dejavnost, bodisi da gre za samega naročnika ali uporabnika opravljenih storitev, pri čemer ni pomembno ozemlje, na katerem se dejavnost opravlja.

Stroški

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

Iz teh razlogov je Sodišče (prvi senat) razsodilo:

1. Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga nasprotuje neposredni oddaji naročila blaga in storitev, kjer vrednost blaga predstavlja pretežni del, delniški družbi, katere

upravni svet ima široka pooblastila za upravljanje, ki jih lahko izvaja samostojno, in katere kapital je trenutno v celoti v lasti druge delniške družbe, katere večinski delničar je naročnik.

2. **Pri presoji pogoja, da se ne uporablja Direktiva 93/36, v skladu s katerim mora podjetje, ki mu je bilo naročilo blaga neposredno oddano, opravljati pretežni del svoje dejavnosti s skupnostjo, ki ima v njem delež, se ne sme uporabiti člen 13 Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju.**

3. **Pri presoji, ali podjetje opravlja pretežni del svoje dejavnosti s skupnostjo, ki ima v njem delež, je za namene odločitve, ali se uporablja Direktiva 93/36, treba upoštevati vse dejavnosti, ki jih to podjetje opravlja na podlagi oddaje, ki jo opravi naročnik, in sicer neodvisno od tega, kdo plačuje to dejavnost, bodisi da gre za samega naročnika ali uporabnika zagotavljanih storitev, pri čemer ni pomembno ozemlje, na katerem se dejavnost opravlja.**

Podpisi