SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,

predstavljeni 2. junija 2009 [1]

I – Uvod

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia (Italija), daje Sodišču priložnost, da analizira pravno ureditev mehanizmov „javno-zasebnega partnerstva“ [2] na področju upravljanja javnih služb ter njeno združljivost s členi 43 ES, 49 ES in 86 ES.

2. Neposredna oddaja takih storitev družbi z mešanim kapitalom je v nasprotju s pravom Skupnosti, če se s tem obidejo mehanizmi direktiv o javnih naročilih. Očitek se nanaša na koncesijo za storitve, ker ta krši člena 43 ES in 49 ES ter načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije in preglednosti [3], razen če se v razumnem obsegu uporabijo lastna sredstva [4].

3. Ta zadeva se razlikuje od oddaj naročil, za katere je Sodišče doslej razsodilo, da niso dovoljene, saj čeprav italijansko sodišče navaja neposredno oddajo celostnega upravljanja storitve oskrbe z vodo subjektu, ki združuje javne in zasebne interese, poudarja tudi predhodno izvedbo javnega razpisa, za katerega se vseeno zdi, da je bila njegova tradicionalna funkcija spremenjena.

4. Izbira izvajalca ali koncesionarja se je namreč spremenila v metodo za določitev zasebnega družbenika gospodarske družbe, ki je dobila naročilo ali koncesijo, in ta določitev

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – Kratica „CPP“, ki se uporablja v španski različici teh sklepnih predlogov, pomeni „colaboración público-privada“; v angleščini in francoščini se uporablja kratica „PPP“, ki označuje „public private partnerships“ oziroma „partenariats public-privé“.

3 – Sodbe z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-29/04, ZOdl., str. I-9705, točka 48); z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 33) in z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 52).

4 – Če so izpolnjeni pogoji „‚in house' providing“.

poleg stroškov, ki jih povzroči, vključuje izvajanje storitve.

5. Drugače kot v sodbi Komisija proti Avstriji [5], v kateri je Sodišče ugotovilo, da obstaja umeten konstrukt, ki obsega „več ločenih faz“, in je oddajo naročila pod krinko posla „in house“ [6] družbi z mešanim kapitalom razglasilo za nezakonito, ima razpis v tej zadevi svojo vlogo, in sicer v doslej neznani obliki in v postopku, ki mu je odvzeta neka mera strogosti, kajti samo en akt zadostuje za ustanovitev družbe, dodelitev naloge tej družbi in določitev meril za pridružitev zasebnega gospodarskega partnerja. Kaj več bi lahko zahtevali?

6. Vprašanje je, ali je to sredstvo v skladu z zahtevami prava Skupnosti. [7]

5 – Zgoraj navedena sodba.

6 – Na podlagi dejstev, ki jih je Sodišču predložila Komisija na podlagi člena 226 ES, je bilo mogoče domnevati, da bo tožbi zaradi neizpolnitve obveznosti ugodeno, kajti čeprav je mesto Mödling najprej brez kakršnega koli javnega razpisa družbi Abfall GmbH, ki je bila v njegovi stoodstotni lasti, poverilo zbiranje in obdelavo odpadkov mesta, je kmalu zatem preneslo 49 % svojih delnic na družbo Saubermacher AG; to je bilo odločilno, da je lahko družba Abfall GmbH izvedla to, kar je bila nazadnje neposredna oddaja javnega naročila storitev družbi z mešanim kapitalom, v kateri je imelo zasebno podjetje 49-odstotni delež.

7 – To me spomni na sarkastično razmišljanje C. Dossija v Note Azurre (založba Adelphi, Milano, 1964, zv. I, str. 248), v katerem se posmehuje nečimrnosti uporabe nezakonitih zvijač, če so zakonite zvijače veliko bolj praktične.

II – Predpisi, ki se uporabijo

A – *Pravo Skupnosti*

1. Rimska pogodba

7. V členu 43 ES je določeno:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. […]

Pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 48, pod pogoji, ki jih ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede.“

8. V členu 46 ES je določeno:

„1. Določbe tega poglavja in ukrepi, sprejeti v skladu z njimi, ne vplivajo na uporabo določb zakonov ali drugih predpisov, ki predvidevajo posebno obravnavo tujih državljanov zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja.

2. Svet v skladu s postopkom iz člena 251 sprejme direktive za uskladitev zgoraj omenjenih določb.“

9. V členu 49, prvi odstavek, ES je določeno:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti prepovejo za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav Skupnosti, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.“

10. Člen 86(1) ES države članice opominja, da „glede javnih podjetij ali podjetij, katerim so odobrile posebne ali izključne pravice, ne smejo sprejeti ali ohraniti v veljavi ukrepov, ki so v nasprotju s pravili iz te pogodbe, zlasti iz člena 12 in členov 81 do 89“.

2. Direktive o javnih naročilih

a) Tradicionalni sektorji

11. Številnost predpisov o vidikih, kot so merila za oceno izbire glede na predmet naročila ali postopno zmanjševanje diskrecijske pravice naročnika, je zahtevala reformo, ki je bila po nekaj zadržanih poskusih [8] dosežena s kodifikacijo z Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (v nadaljevanju: Direktiva 2004/18) [9].

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

9 – UL L 134, str. 114.

12. Vendar morajo biti pravila o oddaji javnih naročil v skladu z načeli iz Rimske pogodbe ter zlasti z načeli prostega pretoka blaga, pravice do ustanavljanja, svobode opravljanja storitev in splošnejšimi načeli enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije, vzajemnega priznavanja, sorazmernosti in preglednosti.

13. Za zagotovitev polne učinkovitosti teh načel in odpiranja konkurenci je bilo treba za javna naročila nad določeno vrednostjo „na podlagi teh načel sprejeti določbe o usklajevanju nacionalnih postopkov za dodeljevanje teh naročil […]“ (uvodna izjava 2 Direktive 2004/18).

14. V interesu pravne varnosti je v členu 1 Direktive 2004/18 navedenih več definicij, med katerimi – zaradi prikaza tanke razmejitvene črte med naročilom in koncesijo – trenutno poudarjam:

– javna naročila: „[…] proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev v skladu s pomenom iz te direktive“;

– koncesija za javne gradnje: „[…] naročilo enake vrste kakor javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je razlog za izvedbo gradenj bodisi samo pravica do koriščenja gradnje ali ta pravica skupaj s plačilom“;

– koncesija za storitve: „[…] naročilo enake vrste kakor javno naročilo storitev, z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje storitev bodisi samo pravica do koriščenja storitve ali ta pravica skupaj s plačilom“.

b) Izključeni sektorji

15. Zaradi posebnosti naročil v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev zanje ni bilo mogoče uporabiti splošne ureditve, ne da bi se upoštevale njihove posebnosti.

16. To upoštevanje je bilo zagotovljeno z Direktivo 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 (v nadaljevanju: Direktiva 2004/17) [10], ki temelji na enakih načelih, kot so navedena zgoraj, [11] čeprav v drugačnem duhu, kot je ta, na katerem temelji Direktiva 2004/18, kajti odločilno merilo ni subjekt, ki odda javno naročilo, ampak vrsta dejavnosti, na katero se nanaša naročilo. [12]

17. V Direktivi 2004/17 so urejena javna naročila blaga, gradenj in storitev (člen 1(2)(b), (c) in (d)), ki se jih razlikuje od koncesij (člen 1(3)(a) in (b)), v njej pa je določeno tudi, da se uporablja za „zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo pitne vode“ (člen 4(1)(a)) ter za „dobavo pitne vode takšnim omrežjem“ (člen 4(1)(b)).

B – *Italijansko pravo*

18. V členu 113(5) zakonske uredbe št. 267 z dne 18. avgusta 2000, s katero so bila združena zakonska besedila v zvezi z organizacijo ozemeljskih skupnosti (v nadaljevanju: zakonodajni odlok št. 267/2000) [13], so – v različici, ki se uporablja *ratione temporis* [14] – tem skupnostim [15] ponujeni trije načini upravljanja njihovih javnih služb, odvisno od tega, ali je naročilo oddano:

„[…]

(a) kapitalskim družbam, izbranim v postopku javnega razpisa;

(b) družbam z mešanim kapitalom, v katerih je zasebni družbenik izbran na podlagi postopka javnega razpisa, ki zagotavlja spoštovanje nacionalnih predpisov in predpisov Skupnosti na področju konkurence, v skladu s smernicami, ki jih sprejmejo pristojni organi s posebnimi akti ali z okrožnicami;

10 – UL L 134, str. 1.

11 – Člen 10 in uvodna izjava 9 Direktive 2004/17.

12 – Glej točko 41 mojih sklepnih predlogov, predstavljenih 22. novembra 2007 v zadevi Aigner, v kateri je bilo odločeno s sodbo Sodišča z dne 10. aprila 2008 (C-393/06, ZOdl., str. I-2339).

13 – Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (v nadaljevanju: GURI) z dne 28. septembra 2000, redni dodatek št. 227.

14 – Določba, nadomeščena s členom 35 italijanskega zakona št. 448/2001 (redni dodatek h GURI št. 285 z dne 29. decembra 2001) in spremenjena s členom 14 uredbe-zakona št. 269 o nujnih ukrepih za spodbujanje razvoja in izboljšanje delovanja javne porabe z dne 30. septembra 2003 (redni dodatek h GURI št. 229 z dne 2. oktobra 2003).

15 – S tem, da je bilo najprej opozorjeno na potrebo po upoštevanju področne zakonodaje in zakonodaje Evropske unije.

(c) družbam z izključno javnim kapitalom, če javni organ ali javni organi, v katerih lasti je kapital družbe, nadzorujejo družbo, podobno kot svoje službe, in če ta družba pretežni del svoje dejavnosti opravlja z javnim organom ali javnimi organi, ki jo nadzorujejo“.

19. Točka (a) se nanaša na pogodbeni postopek, točka (c) obsega interne postopke ali postopke v okviru naročila „in house“, [16] točka (b) pa se nanaša neposredno na kočljivo področje „javno-zasebnega partnerstva“.

III – Dejansko stanje v sporu o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

20. Provincia Regionale di Ragusa in njene občine so na podlagi sporazuma o sodelovanju z dne 10. julija 2002 ustanovile „Ambito Territoriale Ottimale“ (v nadaljevanju: ATO) za oskrbo z vodo, ki mu je bila zaupana organizacija „celostne storitve oskrbe z vodo“.

21. Conferenza dei Sindaci e del Presidente (konferenca županov in predsednika) della Provincia Regionale di Ragusa [17] je 26. marca 2004 upravljanje celostne storitve oskrbe z vodo zaupala „mešani družbi s pretežno javnim kapitalom“ v smislu člena 113(5)(b) zakonske uredbe št. 267/2000; 7. junija 2005 je odobrila osnutek ustanovitvenega akta delniške družbe in osnutek statuta, s katerima je bil gospodarski družbi podeljen izključen mandat.

22. V Uradnem listu Evropskih skupnosti (št. S 195 z dne 8. oktobra 2005) je bilo objavljeno obvestilo o naročilu za izbiro manjšinskega partnerskega zasebnega podjetja, ki bi mu bila zaupana izvajanje storitve in izvedba s tem povezanih gradenj.

23. V postopku so sodelovale tri začasne skupine podjetij, in sicer Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA in Aqualia SpA.

24. Komisija, pristojna za oddajo naročila, je izključila družbo Aqualia SpA in dopustila drugi dve; toda potem ko ju je pozvala, naj navedeta, ali ju sodelovanje še vedno zanima, je pritrdilno odgovorila samo družba Acoset SpA.

16 – Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi ANAV preučilo združljivost člena 113(5) zakonske uredbe št. 267/2000 s pravom Skupnosti, vendar se ni lotilo težave, ki jo povzroča točka (b), saj mu je Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia postavilo vprašanje glede široke svobode, ki naj bi jo ta predpis priznaval upravi pri odločitvi, da upravljanje javnega prevoza zaupa družbi, ki jo nadzira lokalna uprava (točka (c)), ali da izvede javni razpis (točka (a)), kot to ustrezno navaja generalni pravobranilec Geelhoed v točki 11 sklepnih predlogov, predstavljenih 12. januarja 2006.

17 – Upravni organ ATO.

25. Kljub temu so se 26. februarja 2007 začeli ukrepi za razveljavitev postopka zaradi bojazni, da je ta v nasprotju s pravom Skupnosti. Konferenca županov in predsednika pokrajine ga je razveljavila s sklepom z dne 2. oktobra 2007 in izbrala konzorcij [18] kot način upravljanja javne službe.

26. Družba Acoset SpA je v tožbi zoper ta upravni akt in akte, na katere se je navezoval, uveljavljala pravico do dodelitve naročila ali do odškodnine in preventivno predlagala zadržanje izvrševanja izpodbijanih odločb.

27. V teh okoliščinah je predložitveno sodišče Sodišču predložilo to vprašanje:

„Ali je oblika mešane javno-zasebne družbe – ki je ustanovljena posebej za opravljanje določene gospodarske javne službe in ima samo eno poslovno dejavnost –, ki ji je neposredno zaupano opravljanje zadevne storitve ter v kateri se zasebni ‚gospodarski' in ‚aktivni' družbenik izbere na podlagi razpisnega postopka po predhodnem preverjanju finančnih in tehničnih zahtev ter tudi resnično vodstvenih in upravljavskih zahtev, ki se nanašajo na javno službo, ki jo je treba zagotoviti, in na posebne storitve, ki jih je treba opraviti, v skladu s pravom Skupnosti, zlasti z zahtevama po preglednosti in svobodni konkurenci iz členov 43, 49 in 86 Pogodbe?"

18 – Glej člen 31(8) zakonske uredbe št. 267/2000.

IV – Postopek pred Sodiščem

28. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil v sodnem tajništvu Sodišča vpisan 14. maja 2008.

29. Konferenca županov in predsednika pokrajine ter občina Vittoria v pisnih stališčih predlagajo, naj se postopek za oddajo naročila razglasi za nezdružljiv s pravom Skupnosti, ker je bila storitev kljub javnemu razpisu za izbiro zasebnega družbenika oddana neposredno družbi z mešanim kapitalom. Občini Comiso in Modica predlagata predhodno odločitev o posledicah neobstoja pravnega interesa družbe Acoset SpA, glede na to, da je bil postopek za oddajo naročila razveljavljen.

30. Družba Acoset SpA, Komisija ter italijanska, avstrijska in poljska vlada nasprotno trdijo, da členi 43 ES, 49 ES in 86 ES ne

nasprotujejo tej oddaji, če se spoštujejo jamstva prava Skupnosti.

31. Zastopniki družbe Acoset SpA, italijanske vlade in Komisije so ustna stališča podali na obravnavi 2. aprila 2008.

V – Dopustnost

A – *Uvodno razmišljanje*

32. Čeprav ni nihče omenil tega vprašanja, bi želel odpraviti dvome o skupnostni razsežnosti vprašanja za predhodno odločanje in ovreči sum, da bi lahko šlo za povsem notranjo zadevo ene države članice, ker imajo vsa vpletena podjetja sedež v Italiji.

33. Ni mogoče izključiti, da lahko sporne storitve zaradi svojega pomena pritegnejo pozornost družbe, ki ima sedež v drugi državi članici, kar pomeni vez s Skupnostjo (sodba Sodišča z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji [19] in zgoraj navedena sodba Parking Brixen), ki jo utrjuje razlaga načel in pravil Pogodbe.

34. Poleg tega je treba, čeprav javno-zasebna partnerstva niso bila usklajena, kot bom podrobneje pojasnil v nadaljevanju, preučiti enotne predpise o javnih naročilih in jih primerjati s koncesijami, čeprav samo za ugotovitev narave storitev in upravljanja v vsakem posameznem primeru.

B – *Nepopolnost vprašanja za predhodno odločanje*

35. Avstrijska vlada trdi, da čeprav je predlog za razlago razumljiv in je nanj mogoče odgovoriti, vseeno ni dovolj jasen, da bi bil lahko koristen v postopku v glavni stvari, ker ne vsebuje informacij o posebnosti storitve, vsebini javnega razpisa ali obsegu predhodnega preverjanja pogojev, ki so morali biti izpolnjeni.

36. Zaradi potrebe po razlagi prava Skupnosti, ki je koristna za nacionalno sodišče in sočasno intervenientom v postopku za predhodno odločanje omogoči predložitev

19 – C-87/94, Recueil, str. I-2043, točki 33 in 54.

stališč, [20] je treba opredeliti dejanski in pravni okvir vprašanj ali vsaj pojasniti dejanske okoliščine, na katerih temeljijo ta vprašanja. [21]

37. Sodišče je razsodilo, da je zavrnitev odločanja o vprašanju za predhodno odločanje upravičena samo, če zahtevana razlaga ni v nobeni zvezi z dejstvi ali s predmetom spora o glavni stvari ali kadar je vprašanje hipotetično. [22]

38. Ker predložitvena odločba vsebuje vsaj nekaj pojasnil o povezavi med členom 113(5) zakonske uredbe št. 267/2000 in postopkom za oddajo naročila, uvedenim na podlagi te določbe, ter upoštevnimi predpisi in načeli Skupnosti, mora Sodišče odgovoriti, [23] saj ni razloga za zavrnitev odgovora *ad limine*.

20 – Sodba Sodišča z dne 1. aprila 1982 v združenih zadevah Holdijk in drugi (od 141/81 do 143/81, Recueil, str. 1299, točka 6).

21 – Sodba Sodišča z dne 26. januarja 1993 v združenih zadevah Telemarsicabruzzo in drugi (C-320/90, C-321/90 in C-322/90, Recueil, str. I-393, točka 6) ter sklepi z dne 19. marca 1993 v zadevi Banchero (C-157/92, Recueil, str. I-1085, točka 4); z dne 7. aprila 1995 v zadevi Grau Gomis in drugi (C-167/94, Recueil, str. I-1023, točka 8) in z dne 22. marca 1996 v zadevi Sunino in Data (C-2/96, Recueil, str. I-1543, točka 4).

22 – Sodba z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, str. I-607, točka 19).

23 – Sodba z dne 13. marca 2001 v zadevi PreussenElektra (C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 38).

C – Procesno upravičenje družbe Acoset SpA

39. Konferenca ter občini Comiso in Modica trdita, da družba Acoset nima pravnega interesa v tem postopku predhodnega odločanja, saj naj bi bil njen edini cilj izpodbijati razveljavitev postopka za izbiro zasebnega družbenika.

40. Ta trditev ni utemeljena in jo je treba zavrniti brez ovinkarjenja.

41. Iz člena 234 ES izhaja, da je za odločitev o predložitvi vprašanja za predhodno odločanje [24] pristojno izključno nacionalno sodišče in ne stranke v postopku, ki pa se lahko vseeno izjavijo v zvezi s tem. [25] Da bi Sodišče stranki dovolilo intervenirati v postopku predhodnega odločanja, zadostuje, da je stranka v postopku v glavni stvari, kar zagotovo velja za družbo Acoset SpA. [26]

24 – O njegovi bistveni naravi kot instrumenta sodelovanja v Skupnosti glej sodbi Sodišča z dne 1. decembra 1965 v zadevi Schwarze (16/65, Recueil, str. 265) in z dne 16. januarja 1974 v zadevi Rheinmühlen (166/73, Recueil, str. 33).

25 – Člen 23 Statuta Sodišča.

26 – Vsekakor ni mogoče prezreti trditve, ki se nanaša na razveljavitev postopka za oddajo naročila, da bi družbi Acoset odrekli procesno upravičenje, saj je bila prav ta razveljavitev razlog za začetek postopka.

VI – Vsebinska analiza vprašanja za predhodno odločanje

A – *Proti avtonomnemu pojmu „javno-zasebnega partnerstva“*

1. Nacionalni pogledi

42. Gospodarske dejavnosti in dejavnosti upravljanja javnih organov so se v zadnjem stoletju temeljito preoblikovale. Od začetnega zadržanega liberalizma, katerega edini namen je bil ohraniti javni red s tradicionalnimi ukrepi nadzora, kot so ukazi in prepovedi, so javni organi postali izvajalci storitev v korist občanov, [27] iz česar je nastalo pojmovanje skrbstva države, ki temelji na solidarnosti [28].

43. S tem razvojem je klasičen model javne službe izgubil tradicionalen pomen, saj stopnja prepustnosti med upravo in državljani ne omogoča več osamitve njihovih funkcij v hermetično zaprte oddelke.

44. Čeprav je ukrepanje uprave usmerjeno v splošni interes, je načinov za njegovo izpolnjevanje več in treba je poudariti tiste, ki s tem da posameznikom omogočajo opravljanje javnih dejavnosti, vključujejo očitno mero sodelovanja. [29]

45. Glede pojavov tega približevanja imata poseben položaj tako imenovano posredno upravljanje javnih služb ali naročil, pojma, ki imata svoj izvor v zgodovini prava.

46. Tako se, kadar zasebno podjetje prevzame odgovornost za opravljanje storitve in zaradi obeta dobička tvega svoje premoženje za zagotovitev njene rednosti in dobrega delovanja, vzpostavi tesna zveza z javnimi sredstvi. Enako velja, kadar uprava, ki se zaveda svojih tehničnih in ekonomskih omejitev, ponudnika uporabi kot sredstvo za izvedbo gradnje ali opravljanje storitve.

27 – Forsthoff, E., Die Verwaltung als Leistungsträger, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, je te storitve vključil v pojem „Daseinsvorsorge“, to je „eksistencialna pomoč“, s katero bi bile zajete najpomembnejše potrebe družbe, ter zagovarjal vzpostavitev močne in dinamične izvršilne veje oblasti, ki bi lahko zadovoljila te potrebe; za pravilno razumevanje te teze glej Martín Retortillo, L., „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge“, v Revista de Administración Pública, št. 38, maj–avgust 1962, str. od 35 do 65.

28 – Eden od njegovih glavnih predhodnikov Duguit, L., v *Leçons de Droit public général* (založba Boccard, Pariz, 1926, str. 36) zavrača silo kot element, značilen za državo, in daje državi nalogo usmerjanja družbene solidarnosti.

29 – Po drugi strani za državo velja zasebno pravo, kadar nastopa v industrijskem sektorju pod enakimi pogoji kot drugi gospodarski subjekti.

47. Zasebni kapital deluje kot posrednik med organom, ki je nosilec dejavnosti ali storitve, in njenimi koristniki, tako da je za te dejavnosti ali storitve ne glede na odtenke vsakega posameznega primera značilen arhetip delitve dela, ki ureja vse njihove vidike.

48. Poleg tega, neodvisno od naročil in koncesij, ni za upravo nič nenavadnega ali novega, da se zasebni subjekti vključijo v izvajanje javnih nalog, ne da bi se ti subjekti zato vključili v strukturo navedene uprave. [30]

49. Da bi „javno-zasebno partnerstvo“ postalo samostojna kategorija, je bilo torej treba izhajati iz vseh vzajemnih vplivov, ki prežemajo nekatere pravne institute.

50. Njegov anglosaški izvor je mogoče zaznati v razpravah o „New Public Management“, pravem gojišču javno-zasebnih partnerstev, ki je vrata uprave odprlo podjetniškim merilom upravljanja, ki zahtevajo zasebni gospodarski prispevek („Private Finance Initiative“).

30 – Santamaría Pastor, J. A., Principios de derecho administrativo, zv. I, 3. izd., Colección Ceura, založba Centro de Estudios Ramón Areces, str. 460, opisuje to sodelovanje in ob tem ugotavlja, da je upravo v strogem pomenu besede vedno spremljala neke vrste vzporedna uprava, ki jo opredeli kot „nepravo“.

51. Toda nato so se začele metode razhajati, kajti čeprav so bili v nekaterih nacionalnih pravnih sistemih uvedeni modeli „partnerskih pogodb“, [31] v drugih ti instrumenti niso tipični. [32]

2. Razdrobljen pogled Skupnosti

52. Čeprav si pravo Skupnosti prizadeva uskladiti nacionalne pravne rede na področju javnih naročil, se njegov polet ustavi pred „pojavom“ javno-zasebnih partnerstev. [33]

53. Vendar države članice zaradi vse več javno-zasebnih partnerstev spodbujajo spre-

31 – V Franciji je bilo to storjeno s sklepom št. 2004/559 z dne 17. junija 2004 in z zakonom št. 2008-735 z dne 28. julija 2008 o partnerskih pogodbah. V Španiji je bilo z zakonom št. 30/2007 z dne 30. oktobra o pogodbah javnega sektorja (BOE št. 261 z dne 31. oktobra 2007, str. 44336) določeno, da ima „javno-zasebno partnerstvo“ status pogodbe.

32 – Za ponazoritev težav, ki jih povzroča njihova opredelitev, glej González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*; avtor v tem delu, ki bo kmalu objavljeno, predvideva nastanek nove oblike pogodb, in potem ko hvali netipičnost, ki naj bi bila skladnejša s potrebo po prožnosti in vključevanju večje mere domišljije v opravljanje storitev, sklene, da gre za sredstvo „vključevanja vseh mehanizmov netipičnih razmerij, ki se pojavljajo v svetu gospodarskih odnosov med posamezniki, v upravno prakso“.

33 – „Zelena knjiga o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij“ z dne 30. aprila 2004 (COM(2004)327 konč., v nadaljevanju: Zelena knjiga) kaže, da je Komisija vsaj takrat tako označila „javno-zasebna partnerstva“.

jetje predpisov na ravni Skupnosti, saj v teh partnerstvih vidijo prednosti.

54. Ti instrumenti se lahko uporabijo za ublažitev učinkov proračunskih omejitev, poleg tega pa spodbujajo zasebno financiranje in uporabo znanja podjetij zunaj javnega sektorja, kot odgovor na spremembo smeri, ki jo vetrovi liberalizacije narekujejo državi, ki je prešla z vloge neposrednega upravitelja na vlogo regulatorja ravnanj, za katera je zadnji porok, kadar zadevajo splošni interes.

55. V razmerah, v katerih za ta ravnanja ne velja nobena posebna obvezujoča ureditev, pravna negotovost zadeva predvsem sodelovanje in sredstva vključevanja zasebnih partnerjev v te gospodarske protiuteži.

56. Tako je nastala potreba po določitvi smernic razlage, da bi se te prakse prilagodilo načelom Pogodbe, kar je bilo storjeno z Razlagalnim sporočilom Komisije [34] z dne 5. februarja 2008 o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva [35].

57. Po mojem mnenju zaradi neusklajenosti [36] na ravni Skupnosti javno-zasebnih partnerstev ni mogoče šteti za prave pogodbe, kar pa ne preprečuje strinjanja, da so te nove oblike sodelovanja posledica dogovorov, ki imajo pogodbeno vrednost ali imajo podobne lastnosti kot koncesija.

58. Celostna ureditev bi odpravila nekatere nevšečnosti ter usmerjala javne organe in zasebne subjekte, ki jih sedanja negotovost pogosto odvrne – v škodo infrastruktur in javnih storitev – od ustanovitve javno-zasebnega partnerstva (kar se sicer priznava v Sporočilu) [37] zaradi bojazni, da bi kršili sistem, ki ga hoče vzpostaviti Evropska unija.

34 – Alonso García, R. v *„El soft law comunitario“* (Revista de Administración Pública, št. 154, januar–april 2001, str. 79) vključi v pozitivne vidike teh instrumentov iz člena 249 ES dejstvo, da je upravam in zasebnim gospodarskim subjektom zagotovljen jasen in skladen okvir za usmeritev njihovega delovanja v smer, ki je združljiva s pravom Skupnosti.

35 – C(2007)6661, v nadaljevanju: Sporočilo.

36 – Vendar je Evropski parlament v svojem mnenju, sprejetem pri prvem branju 10. maja 2002, pozval Komisijo, naj preuči možnost sprejetja predloga direktive (COM(2000)275). Evropski ekonomsko-socialni odbor pa je menil, da je potrebna zakonodajna pobuda (mnenje EESO, UL C 14, 16. januar 2001, poročevalec Levaux, točka 4.1.3, in mnenje EESO, UL C 193, 8. julij 2001, poročevalec Bo Green, točka 3.5.).

37 – Ta odziv, ki je običajen pri osebah, ki se ukvarjajo s pravom, potrjuje Carbonnier, J., v „Sociologie juridique“ Quadrige (PUF, Pariz, 1994, str. 331), kjer navaja različne odzive pravnikov in sociologov na vprašanje kompleksnosti prava: za prve je ta kompleksnost smola ali celo bolezen, zaradi katere hrepenijo po vrnitvi k preprostosti; drugi se vzdržijo mnenja in jo imajo samo za različnost, ki jo je treba analizirati.

59. Ta vrzel relativizira poskuse uvrstitve dejavnosti uprave na področja nadzora, spodbujanja in javnih storitev, [38] čemur je treba dodati, da v globalizirani pravni Skupnosti vsak od teh elementov izraža dojemanja, ki se razlikujejo glede na državo.

60. Natančneje, heterogenost je očitna pri javnih službah, [39] kajti čeprav je v nekaterih sistemih ta pojem temelj upravnega reda, [40] v drugih ne podpira ogrodja upravne ureditve in celo pridržanje nekaterih dejavnosti javnim subjektom („publicatio“) nima bistvene vloge. [41]

61. To je po mojem mnenju eden od razlogov za razdrobljenost v skupini javno-zasebnih partnerstev, ki se srečujejo s še resnejšo težavo: zakonodajalec Skupnosti je uskladil javna naročila, ne pa tudi zapletenih področij koncesij [42] in javnih služb, in ker sta ti kategoriji skriti v številnih javno-zasebnih partnerstvih, torej neobstoj zakonodaje na tem področju ni naključen.

38 – Glej Presutti E., „Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione“, Società Editrice, Milano, 1903.

39 – Kot navaja Evropski ekonomsko-socialni odbor v mnenju z dne 22. maja 2003 o zeleni knjigi o storitvah splošnega pomena (COM(2003)270 konč., UL C 76).

40 – Očitno v Franciji, Italiji in Španiji, v nasprotju s pojmovanji, ki so prevladala, na primer, v Veliki Britaniji, Nemčiji ali na Danskem.

41 – Terminologija se lahko razlikuje, toda podlaga in bistvo javne službe sta ista: González-Varas Ibáñez, S., „El derecho administrativo privado“, založba Montecorvo, Madrid, 1996, str. 398.

42 – Čeprav je res, da Sporočilo Komisije o koncesijah v zakonodaji Skupnosti (UL C 121, str. 6) vsebuje pojem, ki ni odvisen od nacionalnih konceptov.

B – *Razvrstitev javno-zasebnih partnerstev*

62. Kljub neobstoju opredelitve javno-zasebnih partnerstev je bila v Zeleni knjigi predlagana razvrstitev, ki temelji na empirični ugotovitvi, da dva velika modela zajemata raznovrstnost javno-zasebnih partnerstev v državah članicah, odvisno od tega, ali sodelovanje temelji na vezeh, ki so izključno pogodbene (pogodbena javno-zasebna partnerstva), ali je materializirano v subjektu (institucionalizirana javno-zasebna partnerstva).

63. Ta dvojnost je izražena v Sporočilu Komisije, katerega predmet je omejen na drugo skupino, morda zato, ker je veliko število oblik pogodbenega javno-zasebnega partnerstva, ki je posledica nedvomno povečane avtonomije volje, manj primerno za sistematizacijo. [43]

64. V institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstvih se zadevne naloge javnega družbenika in zasebnega partnerja organizirajo v okviru subjekta, ki je ločena pravna oseba in prek katere družbeniki skrbijo za izvedbo gradnje ali opravljanje storitve v korist skupnosti.

43 – V skladu z Zeleno knjigo namreč izraz javno-zasebno partnerstvo „[…] obsega različne strukture, pri katerih je ena ali več bolj ali manj obsežnih nalog dodeljena zasebnemu partnerju, pri čemer te naloge vključujejo zasnovo, financiranje, uresničitev, prenovo ali uporabo gradnje ali storitve“.

65. V nasprotju z nekaterimi vrstami pogodb, v katerih se vzpostavi neposredna povezava med končnim uporabnikom in zasebnim družbenikom, ki opravlja storitev namesto uprave, je pri institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstvih gospodarska družba tista, ki kot izvajalec ali koncesionar vzpostavi „uradno“ razmerje z naslovnikom, čeprav „dejansko“ dejavnost izvaja zasebni družbenik. To poleg tega pojasni, kar je predstavnik družbe Acoset navedel na obravnavi, in sicer da v resnici zasebni družbenik opravlja storitve za družbo z mešanim kapitalom.

66. Poleg opisanih prednosti institucionalizirana javno-zasebna partnerstva spodbujajo osredotočenje razmeroma visoke stopnje nadzora nad potekom postopkov, ki so v rokah javnega partnerja, zaradi njegove navzočnosti med delničarji in v organih odločanja.

67. Ti posamezni primeri v bistvu kažejo, da obstajata dva načina oblikovanja institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva: ustanovitev subjekta ali sprememba kapitala obstoječega subjekta, ki bo, če je v celoti javen, deloma prešel v roke zasebnikov. Dobro razumevanje tega drugega načina seveda zahteva, da je obstoj zasebnega sektorja razkrit pred dodelitvijo ali ob dodelitvi, ne pa po njej. [44]

68. Člen 113(5)(b) zakonske uredbe št. 267/2000 kaže, da gre tu za institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo, ki je bilo omenjeno kot prvo, saj gre za ustanovitev družbe z mešanim kapitalom, katere zasebni partner prevzame celotno upravljanje občinske storitve oskrbe z vodo [45] po javnem razpisu, na podlagi katerega je izbran.

69. Nazadnje, ker lahko institucionalizirana javno-zasebna partnerstva izberejo obliko javnega naročila ali koncesije, jih je mogoče razlikovati tudi na podlagi njihovega namena, na podlagi katerega bo določena ureditev, ki velja zanje v Skupnosti.

C – Razmejitev med javnim naročilom in koncesijo

70. Glede na razvrstitev, navedeno v prejšnji točki, je treba opredeliti javno naročilo v primerjavi s koncesijo, preden se določi pravna ureditev, ki se uporablja za institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo iz občine Ragusa.

44 – To izhaja iz točke 42 zgoraj navedene sodbe Komisija proti Avstriji: da bi preprečili zvijače, ki so tuje pravu Skupnosti, je naročnikom prepovedano, „da se zatečejo k ravnanju za prikrivanje dodelitve javnih naročil storitev podjetjem z mešanim kapitalom“.

45 – Pomembno je, da je v Zeleni knjigi priznano, da države članice uporabljajo take strukture „za upravljanje javnih služb na lokalni ravni (na primer, za storitve oskrbe z vodo ali zbiranja odpadkov)“.

71. Strinjam se s presojo Komisije, da ima lahko dodelitev lokalne javne storitve, kot je celostno upravljanje oskrbe z vodo, obliko javnega naročila ali koncesije in da zaradi nezadostnih informacij, ki jih vsebuje predložitvena odločba, ni mogoče reči, katera od teh poti je bila izbrana.

72. Vendar je treba upoštevati več dejstev: prvič, predložitveno sodišče se v vprašanju sklicuje samo na pravila in načela Pogodbe ter ne na direktive o javnih naročilih [46]; drugič, omenja družbo z mešanim kapitalom „s koncesijo“ in tretjič, 30-letno obdobje bolj ustreza koncesiji [47].

73. Razlika ni zanemarljiva, kajti če bi bila subjektu z mešanim kapitalom dodeljena izvršitev javnega naročila, bi direktivi 2004/17 in 2004/18 določali pravila objavljanja in oblike izbire zasebnega družbenika, zavezanega za to izvršitev, če znesek naročila presega finančni prag, določen v teh predpisih. Če bi, nasprotno, šlo za koncesijo za storitve ali javno naročilo, ki ju ti direktivi ne pokrivata (na primer, ker pragovi niso doseženi), bi bili načela in svoboščine iz Pogodbe edine referenčne točke.

74. Tako je razvidna pomembnost določitve meril za razjasnitev nejasne razlike med javnim naročilom in koncesijo [48], za kar je ob neobstoju potrebnih informacij nazadnje pristojno nacionalno sodišče, na podlagi „poslovnega tveganja“ in „plačila za storitev“, kot ta pojma razlaga Sodišče.

75. Prve težave pri razlikovanju „naročila za javne storitve“ od „koncesije za javne storitve“ izhajajo iz obsega predloga za sprejetje predhodne odločbe.

76. Javno naročilo storitev vključuje plačilo, ki ga naročnik plača neposredno izvajalcu; kadar ne gre za plačilo javnega organa, ampak

46 – Modrost sicilijanskega sodišča je hvalevredna, saj se ob množici pravil in predpisov, ki lahko pravno potrdijo obstoj institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, sklicuje samo na svoboščine in načela Pogodbe, ki so najmanjši skupni imenovalec javnih naročil in koncesij; tako ravna v skladu s priporočilom Francisa Bacona, Essays, založba Cosimo, 2007, poglavje LVI, Of Judicature, str. 137: „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws.“

47 – Na podlagi tega podatka Italijanska republika in družba Acoset pojav brez oklevanja opredelita kot koncesijo. Poleg tega je, kot se je pokazalo na obravnavi, trajanje odvisno od stroškov naložbe, saj je treba amortizirati izdatke.

48 – Passerieux, R. in Thouvenin, J. M., v „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession“, objavljenem v „Revue du Marché commun et de l'Union européenne“, št. 487, april 2005, str. 237, menita, da je prekrivanje teh kategorij glavni vir pravne negotovosti glede na tveganje, da se pogodbe, prvotno sklenjene v okviru prožne ureditve koncesij („javno-zasebna partnerstva koncesij“), prekvalificirajo v „javno-zasebna partnerstva naročil“.

za plačilo prejemnikov storitve, pa gre za koncesijo za javne storitve. [49]

77. Poleg tega je prenos „poslovnega tveganja“ [50] eden od najpomembnejših znakov za določitev te razlike, saj je bistveni element koncesije [51], medtem ko pri naročilu ne obstaja [52].

78. Vendar mora predložitveno sodišče ostati pozorno, ker lahko pri nalogi razmejitve v obravnavanem primeru obstajajo tudi druge ovire; poleg upravljanja storitve so to še gradnje, ki morajo omogočiti to upravljanje, zaradi česar bo moralo analizirati razlike med „naročilom za storitve“, „koncesijo za gradnje“ in „koncesijo za storitve“. [53]

79. V členu 18 Direktive 2004/17 so s področja uporabe tega predpisa izključene „koncesije za gradnje in storitve, ki jih oddajo naročniki, ki opravljajo eno dejavnost ali več teh iz členov od 3 do 7, če se te koncesije podelijo za izvajanje takih dejavnosti“. Poudariti je treba, da v nasprotju z Direktivo 2004/18, ki v členu 17 izključuje samo koncesije za storitve, Direktiva 2004/17 izključuje tudi koncesije za gradnje, kar v skladu s sistematično razlago člena 12 Direktive 2004/18 kaže, da za koncesije za gradnje, tudi če se nanašajo na posebne sektorje (kot je sektor oskrbe z vodo), veljajo samo predpisi tradicionalnih sektorjev. [54]

80. Da bi obvladali zmedo, ki bi lahko nastala pri naročilih, ki se nanašajo na več dejavnosti (na primer storitev oskrbe z vodo, za katero je potrebna izvedba gradenj), je v Direktivi 2004/17 določeno objektivno pravilo, da za tako naročilo veljajo pravila, ki se uporabljajo za glavno dejavnost (člen 9(1)), v skladu s sodno prakso, ki zavrača opredelitev naročila kot naročila „za gradnje“, kadar so te gradnje postranske v primerjavi s storitvami ali dobavo blaga. [55]

81. Tako je očitno, da za koncesije za storitve veljajo pravila in temeljna načela iz Pogodbe, medtem ko za koncesije za gradnje velja tudi

49 – Sodbi z dne 10. novembra 1998 v zadevi BFI Holding (C-360/96, Recueil, str. I-6821) in z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585).

50 – Poudariti je treba, da je predstavnik podjetja Acoset na obravnavi odločno navedel, da je to tveganje na ramenih zasebnega družbenika.

51 – Sodbi z dne 18. julija 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-382/05, ZOdl., str. I-6657, točka 34) in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-437/07, točka 29).

52 – Sodba z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Contse in drugi (C-234/03, ZOdl., str. I-9315, točka 22).

53 – Prispevek k tej pojasnitvi je mogoče najti v razmišljanjih Gimena Feliúa, J. M., „La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma“, založba Thomson Civitas, Madrid, 2006, str. od 151 do 175, ki temeljijo na konceptualni analizi različnih tipologij.

54 – Izključitev koncesij s področja uporabe direktiv o javnih naročilih je bila preučena v sklepu Sodišča z dne 30. maja 2002 v zadevi Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, str. I-4685), vendar so bile s sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745) koncesije za gradnje vključene na področje uporabe pravil, ki urejajo tradicionalne sektorje.

55 – Sodba Sodišča z dne 9. aprila 2004 v zadevi Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, str. I-1329).

Direktiva 2004/18, če je dosežena vrednost, ki sproži uporabo te direktive.

84. Pragmatizem, logična težnja vsakega urejenega sistema, ne sme postati izključna podlaga pravnega sklepanja. Ob upoštevanju tega pridržka se strinjam z mnenjem Komisije, ki ga je treba dopolniti z analizo zahtev, ki jih Skupnost nalaga za javna naročila in koncesije, ki na podlagi osmoze opredeljujejo okvir, v katerem se uporabljajo institucionalizirana javno-zasebna partnerstva.

D – *Parametri nadzora institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev*

82. Zaradi negotovosti, ki jih povzroča člen 113(5)(b) italijanskega zakonske uredbe št. 267/2000, je treba preprosto ugotoviti, ali je treba poleg javnega razpisa za izbiro zasebnega družbenika opraviti tudi javni razpis za oddajo opravljanja storitve.[56] Če bi bil potreben samo en javni razpis, bi bilo treba temeljito preučiti pravne temelje njegove veljavnosti glede na pravico do ustanavljanja (člen 43 ES), svobodo opravljanja storitev (člen 49 ES) in pravila s področja konkurence (člen 86 ES).

85. Uporaba dvojnega postopka javnega razpisa ni združljiva s splošno shemo postopka, ki velja za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva, ustanovitev katerih v samo enem postopku združuje izbiro zasebnega gospodarskega partnerja in dodelitev javnega naročila ali koncesije subjektu z mešanim kapitalom.

86. Strogo rečeno, učinkovitost ne more biti v nasprotju z načelom zakonitosti, ker jo je treba doseči ob upoštevanju tega načela, tako da se je mogoče sklicevati samo na nezakonitost neučinkovitega upravljanja.

1. En javni razpis z dvema ciljema

83. Komisija v Sporočilu meni, da je „dvojni postopek (prvi za izbiro zasebnega partnerja institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva in drugi za oddajo javnega naročila ali koncesije subjektu z mešanim kapitalom) težko izvedljiv […]“

87. Če se upoštevajo omejitve institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev[57], se ta spremenijo v zanesljive kazalce ravnotežja, ki

56 – To tezo zagovarjata konferenca županov in predsednika pokrajine ter občina Vittoria.

57 – Med katerimi so omejitve, ki izhajajo iz pravice do dobrega upravljanja, določene v členu 41 poglavja V, posvečenega pravicam državljanom, Listine o temeljnih pravicah Evropske unije, na katero opiram prepoved, da se posameznikom odvzamejo pravice do obrambe, v sklepnih predlogih, predstavljenih 27. novembra 2007, ki jih je Sodišče delno upoštevalo v sodbi z dne 15. maja 2008 v združeni zadevi SECAP (C-147/06 in C-148/06, ZOdl., str. I-3565).

temelji na načelih gospodarnosti, obrazložitve, usklajevanja in gospodarnosti, ki spodbujajo odgovorno upravljanje za doseganje kolektivne blaginje, sočasno pa upravo oddaljujejo od njene funkcije preprostega „prenosnega jermena“ [58] zakonodaje.

88. Ena od mogočih razlag je, da podjetje, ki se vključi v nov subjekt, deluje kot izvajalec javnega naročila ali kot koncesionar, ko prevzame opravljanje storitve; to je sicer očitno, saj je poleg spremenljivk v zvezi z upravljanjem gospodarske družbe eno od meril za izbiro podjetja njegova sposobnost opravljanja storitve. [59]

89. Izbira izvajalca ali koncesionarja tako posredno izhaja iz izbire gospodarskega družbenika, katerega dejavnost je torej zelo pomembna. Z natančno opredelitvijo značilnosti institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev bi preprečili manipuliranje z njimi zaradi izogibanja novim postopkom javnega razpisa.

90. Ta položaj je povezan z razlogom za njihov obstoj, ki je v tem primeru celostna storitev oskrbe z vodo, kot to kaže omemba „samo ene poslovne dejavnosti“ v vprašanju za predhodno odločanje.

91. Poleg tega se cilj institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva ne sme spremeniti ves čas izvrševanja, [60] čeprav nič ne preprečuje njegove prilagoditve inovacijam ali znanju zasebnega družbenika, če se bistveni pogoji [61] javnega razpisa [62] ne spremenijo.

92. Glede na navedbe predložitvenega sodišča se zdi, da je ta pogoj upoštevan, ker je bilo v specifikacijah navedeno, da bo oddaja gradenj [63], ki jih ne izvede neposredno zasebni družbenik, urejena z „razpisnimi postopki, ki so določeni z zakonom“.

93. Vendar Italijanska republika v točki 8 stališč navaja, da v skladu z *ius variandi*

58 – „Transmission belt“: izraz prihaja iz zdaj splošno znanega članka Stewarta, R. B., „The reformation of American Administrative Law“, Harvard Law Review, zv. 88, št. 8, 1975, str. 1675.

59 – Dejstvo, da mora samo en postopek zadostovati za izpolnitev vseh zadevnih meril, nujno oslabi trditev občine Vittoria, da zaradi razlik pri vsebini in cilju javni razpis za izbiro zasebnega družbenika ne more imeti prednosti pred postopkom, ki se nanaša na dodelitev storitve.

60 – V obravnavanem primeru je to odločilna točka glede na določeno 30-letno obdobje.

61 – V skladu s točko 116 sodbe Sodišča z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99 P, Recueil, str. I-03801) je pogoj bistven, če bi njegova vključenost v obvestilo o naročilu ali specifikacije ponudniku omogočila, da predloži bistveno drugačno ponudbo.

62 – Brez vpliva na izjeme, določene v členih 31 in 61 Direktive 2004/18 ter členu 40(3)(f) in (g) Direktive 2004/17/ES, vsaka sprememba bistvenih pogojev naročila, ki ni bila predvidena v specifikacijah, zahteva nov postopek javnega razpisa (točka 50 sodbe z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji, C-337/98, Recueil, str. I-8377).

63 – Sprva tistih, ki so navedene v triletnem operativnem načrtu, ki ga je 15. decembra 2003 odobrila konferenca županov.

določba, vstavljena v te specifikacije, potrjuje možnost, da bi lahko del kapitala javnih delničarjev kotiral na borzi.

94. S pogodbenega vidika se lahko med izvajanjem dovolijo nekatere nebistvene spremembe, čeprav mora biti to zaradi preglednosti in zaradi preprečevanja izkrivljanja zadevnega naročila izrecno dovoljeno. [64]

95. Italijanska vlada je v pisnih stališčih navedla, da bi, čeprav bi lahko prodaja na borzi spremenila enotnost pogojev, ta prenos kapitala povzročil prenehanje subjekta, ker je v njegovem statutu določen „pretežno javni delež“, njegovo izginotje pa bi prej kot do nezakonitega položaja privedlo do ukinitve zadevnega subjekta. Vendar je zastopnik italijanske vlade na obravnavi pojasnil to stališče s sklicevanjem na „alternativne oblike nadzora“, ki ne temeljijo na lastništvu kapitala; strinjam se s to trditvijo, če povečan zasebni delež ne izkrivlja prevladujočega javnega elementa v družbi, naj ta izhaja iz lastništva večinskega deleža kapitala ali vsaj iz njegovega nespornega vpliva na strateške odločitve v zvezi z oskrbo z vodo. [65]

64 – Zgoraj navedena sodba Sodišča Komisija proti CAS Succhi di Frutta SpA.

65 – V vsakem primeru velja, da se statut družbe z mešanim kapitalom nanaša na „večinski javni delež“, tako da bi – ne glede na prizadevanja za zagotovitev nadaljnjega obstoja družbe – s padcem javnega deleža kapitala pod 50 % izginil eden od bistvenih pogojev za ustanovitev te družbe.

2. Družba z mešanim kapitalom in storitve „in house“: nasprotujoči si stvarnosti

96. Večina stališč, predloženih v obravnavanem primeru, se nanaša na dejavnosti, ki se izvajajo z lastnimi sredstvi, čeprav se ugotovitve razlikujejo: nekateri intervenienti navajajo te primere, da bi potrdili, da niso pravna podlaga načrtovane „celostne storitve oskrbe z vodo“, medtem ko jih drugi navajajo, da bi označili razlike v primerjavi z institucionaliziranimi javno-zasebnimi partnerstvi.

97. Po mojem mnenju javni razpis ni potreben za storitve „in house“ in za nekatera institucionalizirana javno-zasebna partnerstva, ki so pregledna ter spoštujejo načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije.

98. S sodno prakso je izključena uporaba členov 12 ES, 43 ES in 49 ES ter splošnih načel, izraženih v teh členih, kadar je nadzor, ki ga nad koncesionarjem izvaja javni organ, ki podeljuje koncesijo, podoben nadzoru, ki ga ta izvaja nad svojimi službami, če koncesionar opravlja pretežni del svoje dejavnosti s subjektom, ki ga nadzoruje. [66]

66 – Sodba z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 50), zgoraj navedena sodba z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, točka 62, in sodba z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant SA (C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 26).

99. Dejavnost družbe, katere kapital ni izključno javen, po definiciji ne spada na področje meril „in-house“, ker je s posredovanjem zasebnega podjetja javnim organom odvzeto izvajanje „podobnega nadzora“, ki je naveden v prejšnji točki. [67]

100. Čeprav se zavedam, da ni natančnih pravil o deležih, ki omogočajo tak nadzor, menim, da bi bilo koristno, če bi Sodišče pojasnilo svoje stališče v zvezi s tem.

101. Po eni strani v nekaterih sodbah okoliščina, da je javni organ, ki podeljuje koncesijo, lastnik celotnega kapitala družbe, ki je bila izbrana, načeloma kaže na to, da ta organ nad to družbo izvaja podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami. [68]

102. *Nasprotno*, zasebni delež izključuje domnevo postopka „in house“, kot to kažeta sodbi Stadt Halle in Coname, v katerih celo manjšinsko zasebno sodelovanje izključuje tak nadzor.

103. Po drugi strani ta sodna praksa ni jasna, ko Sodišče, ki se sklicuje na sodbo Asemfo, trdi, da „je v nekaterih okoliščinah lahko pogoj glede nadzora, ki ga izvaja javnopravna korporacija, izpolnjen, če ima taka korporacija le 0,25-odstotni kapitalski delež javnega podjetja“. [69]

104. Partnerstvo, ki so ga predlagale konferenca županov in predsednika pokrajine ter občine Ragusa, je zasebnemu družbeniku nalagalo, da vpiše 49 % kapitala nove družbe; [70] ta odstotni delež pa je previsok, da bi se dejavnosti označile kot „in house“, saj bi bilo treba nacionalno sodišče prepričati, da je vpliv javnega delničarja zadosten, da prevlada nad željo zasebnega partnerja pri strateških ciljih subjekta [71].

3. Vaja iz pravnega razstavljanja

105. Ker je možnost, da je ta družba z mešanim kapitalom instrument postopka „in house“, izključena, je treba ugotoviti, ali njen nastanek omogoča, da se javni razpis za dodelitev storitve oskrbe z vodo ne izvede.

67 – To izhaja iz sodb Sodišča z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 49) in z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točka 26).

68 – Sodbi Carbotermo (C-340/04, Recueil, str. I-4137, točka 37) in z dne 19. aprila 2007 v zadevi Asemfo (C-295/05, ZOdl., str. I-2999, točka 57).

69 – Zgoraj navedena sodba Coditel, točka 53, v kateri se Sodišče sklicuje na točke od 56 do 61 sodbe Asemfo, v katerih pa ta odstotni delež ni naveden.

70 – Točka II.7 stališč družbe Acoset in točka 5 stališč italijanske vlade.

71 – Zgoraj navedeni sodbi Parking Brixen in Carbotermo.

106. Ne da bi želel porušiti pravno kategorijo „institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva“, menim, da je treba razločiti njene elemente.

107. Nič ne nasprotuje temu, da javne ozemeljske skupnosti ustanovijo pravno osebo, pri čemer sestavijo njen statut, vpišejo kapital in vstopijo v partnerstvo z osebami po svoji izbiri.

108. Prav tako ni mogoče nič očitati objavi ponudbe za vključitev v to družbo posameznikov, ki so pripravljeni vlagati v njeno delovanje.

109. Neobstoj vsakršnega javnega razpisa v okviru dodelitve storitev ni združljiv s členoma 43 ES in 49 ES ter z načeloma enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije; ta neobstoj omadežuje ustanovitev „celostne storitve oskrbe z vodo“, rešitev tega položaja pa je v merilih za izbiro zasebnega družbenika.

110. Res je, da morajo kandidati dokazati svojo osebno in finančno sposobnost, da postanejo delničarji, toda med elementi, ki jih je treba upoštevati, morajo prevladati njihova tehnična sposobnost ter ekonomske in druge prednosti njihove ponudbe.

111. V Sporočilu o institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstvih je namreč navedeno, da „dejstvo, da zasebno podjetje in naročnik sodelujeta v okviru podjetja z mešanim kapitalom, ne upravičuje neupoštevanja določb o javnih naročilih in koncesijah pri oddaji javnih naročil ali koncesij temu zasebnemu podjetju ali podjetju z mešanim kapitalom“.

112. Zato materialna veljavnost institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev temelji na nepristranskosti in objavljanju, tako da imajo vsi prijavljeni ali potencialni kandidati dostop do ustreznih informacij o naročnikovem načrtu, da ustanovi subjekt z mešanim kapitalom in mu dodeli javno naročilo ali koncesijo.

113. Zahteva po objavljanju za javna naročila izhaja iz člena 41 in naslednjih Direktive 2004/17/ES ter členov 35, 36 in 58 Direktive 2004/18/ES; za koncesije za javne storitve je bila v sodni praksi [72] ta zahteva določena, da se ohranijo načela preglednosti,

72 – Sodba z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, točke od 60 do 62) in zgoraj navedena sodba Coname, točke od 16 do 19.

enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva [73].

114. Sodišče je menilo, da člena 43 ES in 49 ES izražata načelo enakega obravnavanja [74] in prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva [75].

115. Glede konkurence sem v sklepnih predlogih v zadevi Ing. Aigner priporočil, naj se ne popusti kratkovidnosti tistih, ki bi pravo Skupnosti o javnih naročilih želeli skrčiti na vlogo preprostega usklajevanja postopkov oddaje naročil, ker ima pomembnejši cilj: razviti učinkovito konkurenco v tem sektorju z uresničevanjem temeljnih svoboščin za evropske povezave. [76]

116. To mnenje se gotovo nanaša na javna naročila, toda izkrivljanje konkurence je treba ustaviti tudi na področju koncesij za javne storitve, [77] ki temeljijo na istih načelih Pogodbe, čeprav več nacionalnih opredelitev pojmov „koncesija“, „javne storitve v splošnem interesu“, „posebne pravice“ in „izključne pravice“ zakriva njihovo povezavo s členi 81 ES, 82 ES in 86 ES [78].

4. Posledica

117. Zaradi osnovnih razlogov učinkovitosti upravljanja in če jamstva, ki izhajajo iz prava

73 – Vsi ponudniki morajo imeti enake možnosti ne glede na svoje državljanstvo (sodba Sodišča z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji, C-87/94, Recueil, str. I-2043, točki 33 in 54).

74 – Sodba z dne 5. decembra 1989 v zadevi Komisija proti Italiji (C-3/88, Recueil, str. 4035, točka 8).

75 – Sodba z dne 8. oktobra 1980 v zadevi Überschär (810/79, Recueil, str. 2747, točka 16).

76 – Uvodna izjava 2 Direktive 2004/18, uvodna izjava 9 Direktive 2004/17 ter sodbe Sodišča z dne 22. junija 1989 v zadevi Fratelli Costanzo (103/88, Recueil, str. 1839, točka 18 *in fine*); z dne 10. novembra 1998 v zadevi BFI Holding, točka 41; z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge (C-380/98, Recueil, str. I-8035, točka 16); z dne 1. februarja 2001 v zadevi Komisija proti Franciji (C-237/99, Recueil, str. I-939, točka 41), med drugim tudi zgoraj navedeni sodbi Stadt Halle in RPL Lochau, točka 44, in Carbotermo, točka 58.

77 – Muñoz Machado, S., si v „Servicio público y mercado. Los fundamentos“, zv. I, založba Civitas, Madrid, 1998, str. 40, prizadeva pomiriti s pojasnilom, da Evropa ne sovraži javne storitve, ampak jo želi samo prilagoditi konkurenčnemu okolju, kar vodi do novega izziva, nikakor pa ne do njene odprave.

78 – Te vidike je povzel Neergaard, U., „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and national Law“, The new EU public procurement Directives, Ruth Nielsen & Steen Treumer (ur.), Djøf Publishing, 2005, str. od 149 do 181.

Skupnosti, niso kršena, je lahko odgovor na vprašanje za predhodno odločanje samo pritrdilen.

118. Temeljne svoboščine iz Pogodbe zahtevajo, da je treba paziti na preglednost in neobstoj diskriminacije pri javnem razpisu za izbiro zasebnega partnerja subjekta, katerega usoda je, razen manjših sprememb, vezana na upravljanje storitve, katere formalni nosilec je družba z mešanim kapitalom, medtem ko zasebno podjetje zagotavlja njeno izvajanje v praksi.

119. Merila za izbiro zasebnega partnerja ne morejo temeljiti samo na prispevku kapitala, ampak tudi na njegovih izkušnjah in lastnostih njegove ponudbe glede na posebne storitve, ki jih bo treba izvajati.

120. Predložitveno sodišče mora presoditi, ali obvestilo, objavljeno v Uradnem listu Evropskih skupnosti, zadostuje za ohranitev konkurence, svobode opravljanja storitev in pravice do ustanavljanja ter interesov potencialnih zainteresiranih subjektov.

121. Poleg tega bo moralo nacionalno sodišče, da bi preprečilo neupravičene ugodnosti zasebnega družbenika v primerjavi z njegovimi konkurenti,[79] preučiti, ali je bil ta izbran v skladu s postopkom iz Direktiv 2004/17 in 2004/18, če se, seveda, pogoji institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva ujemajo s pogoji naročila storitev ali koncesije za gradnje.

122. Za sprejetje odločitve bo moralo predložitveno sodišče ugotoviti, ali institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo iz občine Ragusa zajema javno naročilo ali koncesijo in ali se, kot je bilo navedeno zgoraj, nanaša na gradnje ali na javno storitev; tako bo lahko opredelilo zavezujočo pravno ureditev, ki je potrebna za zakonito dodelitev in izčrpno objavljanje.

79 – Sporočilo vsebuje nekaj zanesljivih smernic, ker določa, da se v obvestilo o naročilu ali v specifikacije vključijo temeljni podatki o javnem naročilu ali koncesiji, ki bo dodeljeno subjektu z mešanim kapitalom, ki bo ustanovljen, in statut tega subjekta. V Sporočilu se še priporoča vključitev podatkov o delničarskih sporazumih, pogodbenem razmerju med naročnikom in zasebnim partnerjem na eni strani ter subjektom z mešanim kapitalom, ki bo ustanovljen, na drugi strani, ter možnostih podaljšanja ali spremembe javnega naročila ali koncesije in možnostih dodelitve novih nalog.

VII – Predlog

123. Iz teh razlogov Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, odgovori:

Členi 43 ES, 49 ES in 86 ES, Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev ter Direktiva 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 ne nasprotujejo neposredni dodelitvi javne storitve, ki vključuje predhodno izvedbo nekaterih gradenj, družbi z mešanim javnim in zasebnim kapitalom, ustanovljeni posebej v ta namen, če so izpolnjeni ti pogoji:

– družba ohrani to edino poslovno dejavnost ves čas svojega obstoja;

– zasebni družbenik je izbran na podlagi javnega razpisa, po preveritvi finančnih, tehničnih, operativnih in upravljavskih pogojev ter lastnosti njegove ponudbe glede na storitev, ki se bo izvajala;

– zasebni družbenik prevzame – kot poslovni partner – opravljanje storitve in izvedbo gradenj;

– javni razpis je v skladu z načeli svobodne konkurence, preglednosti in enakega obravnavanja, ki jih pravo Skupnosti določa za koncesije, ter po potrebi spoštuje pravila o objavljanju in oddaji, ki veljajo za javna naročila.