SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 10. aprila 2008 *

V zadevi C-393/06,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Avstrija) z odločbo z dne 17. avgusta 2006, ki je prispela na Sodišče 22. septembra 2006, v postopku

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

proti

Fernwärme Wien GmbH,

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik senata, G. Arestis, E. Juhász (poročevalec), J. Malenovský in T. von Danwitz, sodniki,

* Jezik postopka: nemščina.

generalni pravobranilec: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
sodni tajnik: B. Fülöp, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 11. oktobra 2007,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH S. Sieghartsleitner in M. Pichlmair, odvetnika,

– za Fernwärme Wien GmbH P. Madl, odvetnik,

– za avstrijsko vlado M. Fruhmann in C. Mayr, zastopnika,

– za madžarsko vlado J. Fazekas, zastopnica,

– za finsko vlado A. Guimaraes-Purokoski, zastopnica,

– za švedsko vlado A. Falk, zastopnica,

– za Komisijo Evropskih skupnosti X. Lewis, zastopnik, skupaj z M. Núñez-Müllerjem, odvetnikom,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 22. novembra 2007

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago upoštevnih določb 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) in Direktive 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).

2 Ta predlog je bil predložen v okviru spora med družbama Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (v nadaljevanju: Ing. Aigner) in Fernwärme Wien GmbH (v nadaljevanju: Fernwärme Wien) v zvezi s pravilnostjo postopka javnega razpisa, ki ga je izvedla slednja.

Pravni okvir

Skupnostna ureditev

3 Direktiva 2004/17 uvaja usklajevanje postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v posebnih sektorjih, kot so vodni, energetski in transportni sektor ter sektor poštnih storitev. Nadomestila in razveljavila je Direktivo 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), ki se je nanašala na isti predmet.

4 Posebnost sektorjev, ki jih pokriva Direktiva 2004/17, je razvidna iz njene tretje uvodne izjave, iz katere izhaja, da je usklajevanje v teh sektorjih nujno zaradi zaprtosti trgov, na katerih delujejo zadevni naročniki, in to zaradi obstoja posebnih in izključnih pravic, ki jim jih dodelijo države članice v zvezi z dobavami v omrežja, njihovo oskrbo ali njihovim upravljanjem za opravljanje zadevnih storitev.

5 Člen 2(1)(a), drugi pododstavek, Direktive 2004/17 in člen 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 določata, da so „[javni] naročniki“ med drugim „osebe javnega prava“, ki pomenijo:

„[…] vsako osebo:

– ki je ustanovljena samo zato, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa in nima industrijske ali tržne narave,

– ki je pravna oseba, in

jo pretežno financirajo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava ali je njeno vodstvo pod nadzorom teh organov ali pa ima upravni, vodstveni ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov imenujejo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava“.

6 V skladu s členom 2(1)(b) Direktive 2004/17:

„Za namene te direktive:

[…]

(b) ‚javno podjetje' pomeni vsako podjetje, na katero imajo lahko [javni] naročniki neposredno ali posredno prevladujoč vpliv zaradi njihovega lastništva, finančne udeležbe v njem ali pravil, ki urejajo njegovo poslovanje."

7 Člen 2(2) te direktive določa:

„Ta direktiva se uporablja za naročnike:

(a) ki so javni organi ali javna podjetja in opravljajo eno od dejavnosti iz členov 3 do 7;

(b) kadar niso javni organi ali javna podjetja in je ena od njihovih dejavnosti katera koli dejavnost iz členov 3 do 7 ali kombinacija teh dejavnosti in delujejo na podlagi posebnih ali izključnih pravic, ki jim jih podeli pristojni organ države članice."

8 V členih od 3 do 7 Direktive 2004/17 so našteti sektorji dejavnosti, za katere se uporablja ta direktiva. Ti sektorji so plin, toplota in električna energija (člen 3), voda (člen 4), prevozne storitve (člen 5), poštne storitve (člen 6) ter iskanje ali črpanje nafte ali plina, izkopavanje premoga ali drugih trdnih goriv, pristanišča in letališča (člen 7).

9 Člen 3(1) omenjene direktive določa:

„Glede plina in toplote se ta direktiva uporablja za naslednje dejavnosti:

(a) zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo plina ali toplote; ali

(b) dobavo plina ali toplote takšnim omrežjem.“

10 Člen 9 iste direktive določa naslednje:

„1. Za naročilo, ki naj bi zajemalo več dejavnosti, veljajo pravila za dejavnost, za katero je pretežno namenjeno.

Vendar se odločitev o oddaji enega naročila ali več ločenih naročil […] sme sprejeti z namenom izključitve takega naročila iz področja uporabe te direktive ali, kjer je to primerno, Direktive 2004/18/ES.

2. Če za eno od dejavnosti, za katero je naročilo namenjeno, velja ta direktiva in za drugo navedena Direktiva 2004/18/ES in če je objektivno nemogoče določiti, za katero dejavnost je pretežno namenjeno, se naročilo odda v skladu z navedeno Direktivo 2004/18/ES.

[…]“

11 Člen 20(1) iste direktive, z naslovom „Naročila, oddana za druge namene kot za opravljanje dejavnosti, ki so opisane v tej direktivi, ali za opravljanje take dejavnosti v tretji državi“, določa:

„Ta direktiva se ne uporablja za javna naročila, ki jih naročniki oddajo za druge namene kot je opravljanje svojih dejavnosti, ki niso opisane v členih 3 do 7, ali za opravljanje takšnih dejavnosti v tretji državi, v pogojih, ki ne vključujejo fizične uporabe omrežja ali geografskega območja znotraj Skupnosti.“

12 Nazadnje člen 30 Direktive 2004/17, z naslovom „Postopki za ugotavljanje ali je določena dejavnost neposredno izpostavljena konkurenci“, določa:

„1. Ta direktiva se ne uporablja za naročila, katerih namen je omogočiti opravljanje dejavnosti iz členov 3 do 7, če je v državi članici, v kateri se dejavnost opravlja, dejavnost neposredno izpostavljena konkurenci na trgih, do katerih dostop ni omejen.

2. Za namene odstavka 1 se odločitev ali je dejavnost neposredno izpostavljena konkurenci sprejme na podlagi meril, ki so v skladu z določbami o konkurenci iz Pogodbe, kot so lastnosti zadevnega blaga ali storitev, obstoj alternativnega blaga ali storitev, cene in dejanska ali potencialna prisotnost več kot enega dobavitelja zadevnega blaga ali storitev.

[…]“

13 V naslovu II, poglavje II, oddelek 3, Direktive 2004/18 so našteta naročila, ki so izključena iz te direktive. Med njimi so naročila v sektorjih za vodo, energijo, transport in poštne storitve. Člen 12, ki obravnava omenjena naročila, določa:

„Ta direktiva se ne uporablja za javna naročila, oddana v skladu z Direktivo 2004/17/ES za [javne] naročnike, ki opravljajo eno ali več dejavnosti iz členov 3 do 7 navedene direktive, in so oddana zaradi izvajanja teh dejavnosti, […]

[…]“

14 Zgoraj omenjeni prenos ureditve Skupnosti v avstrijsko pravo je bil izveden z zveznim zakonom o javnem naročanju (Bundesvergabegesetz) iz leta 2006.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

15 Družba Fernwärme Wien je bila ustanovljena z aktom o ustanovitvi z dne 22. januarja 1969, za zagotavljanje toplovodnega ogrevanja stanovanj, javnih ustanov, uradov in podjetij na območju mesta Dunaj. Za ta namen je uporabljala energijo, ki nastane pri odstranjevanju komunalnih odpadkov, namesto energije iz neobnovljivih virov.

16 Družba Fernwärme Wien je pravna oseba in je v celoti v lasti mesta Dunaj, ki imenuje in odpoklicuje poslovodje in člane nadzornega sveta ter jim podeljuje razrešnico. Med drugim lahko mestna skupnost prek Kontrollamt der Stadt Wien (nadzorni urad mesta Dunaj) nadzira tudi gospodarsko in finančno poslovanje tega podjetja.

17 Družba Fernwärme Wien se vzporedno, poleg dejavnosti toplovodnega ogrevanja, ukvarja tudi s splošnim načrtovanjem klimatskih naprav pri pomembnejših nepremičninskih projektih. V okviru te dejavnosti je soočena s konkurenco drugih podjetij.

18 Družba Fernwärme Wien je 1. marca 2006 objavila razpis za postavitev klimatskih naprav v načrtovanem poslovnem in trgovskem centru na Dunaju z navedbo, da se avstrijska zakonodaja o javnih naročilih za zadevno naročilo ne uporablja. Družba Ing. Aigner se je prijavila na razpis ter oddala ponudbo. Ker je bila 18. maja 2006 obveščena, da njena ponudba zaradi obstoja neugodnih elementov ne bo obravnavana, je to odločbo izpodbijala pred predložitvenim sodiščem in trdila, da bi bilo treba uporabiti pravila Skupnosti na področju javnih naročil.

19 Predložitveno sodišče ugotavlja, da dejavnost družbe Fernwärme Wien v zvezi z uporabljanjem fiksnega omrežja toplovodnega ogrevanja nesporno sodi na področje uporabe Direktive 2004/17. Nasprotno pa njena dejavnost v zvezi s postavitvami klimatskih naprav ne sodi na področje uporabe te direktive. Zato se predložitveno sodišče sprašuje, ali sodijo slednje dejavnosti prav tako v domet omenjene direktive, ob uporabi, *mutatis mutandis*, načel iz sodbe z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, Recueil, str. I-73, zlasti točki 25 in 26), torej pristop, ki se v doktrini običajno imenuje „teorija kontaminacije“. Če sodi neka dejavnost osebe na področje uporabe direktive v zvezi z javnimi naročili, sodijo v skladu z razlago te sodbe, ki jo je podalo predložitveno sodišče, tudi vse ostale dejavnosti te osebe, neodvisno od njihove morebitne industrijske ali tržne narave, na področje uporabe direktive v tej zadevi.

20 V primeru, da bi zgoraj navedena sodba Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi zadevala le naročnike in zlasti pojem „osebe javnega prava“, v tem smislu, da je treba v skladu s pravom Skupnosti naročnika, ki zadovoljuje potrebe splošnega interesa in nima industrijske ali tržne narave, obravnavati kot „osebo javnega prava“ ne glede na to, ali vzporedno opravlja druge dejavnosti, ki nimajo te narave, se predložitveno sodišče sprašuje, ali je družba Fernwärme Wien oseba javnega prava, torej naročnik v smislu direktiv 2004/17 ali 2004/18.

21 Nazadnje se predložitveno sodišče sprašuje, ali je v primeru, ko naročnik opravlja dejavnosti, ki nimajo industrijske ali tržne narave, in vzporedno dejavnosti, ki so podvržene konkurenčnim zakonitostim, slednje dejavnosti mogoče razlikovati in jih izključiti iz področja uporabe pravil Skupnosti v zvezi z javnimi naročili, in ali je mogoče ločevati med tema dvema vrstama dejavnosti in tako ugotoviti neobstoj njunega medsebojnega gospodarskega vpliva. V zvezi s tem se predložitveno sodišče sklicuje na točko 68 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Jacobsa z dne 21. aprila 2005 v zadevi, v kateri je bil zaradi umika predloga za sprejetje predhodne

odločbe izdan sklep o izbrisu z dne 23. marca 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), kjer je predlagano, naj se v zvezi s tem omili načelo iz zgoraj navedene sodbe Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi.

22 Glede na te ugotovitve je Vergabekontrollsenat des Landes Wien prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba Direktivo 2004/17 […] razlagati tako, da za naročnika, ki opravlja dejavnost iz enega od sektorjev, navedenih v členu 3 te direktive, velja ta direktiva tudi, ko vzporedno opravlja drugo, konkurenčno dejavnost?

2. V primeru, da to velja le za javne naročnike: ali je treba podjetje, kot je Fernwärme Wien GmbH, opredeliti kot osebo javnega prava v smislu Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18 […], če zagotavlja toplovodno ogrevanje na določenem področju brez prave konkurence, ali pa se je treba ravnati po trgu za ogrevanje prostorov, ki zajema tudi takšne vire energije, kot so plin, olje, premog, itd.?

3. Ali je treba v okviru konkurence izvajano dejavnost neke družbe, ki opravlja tudi dejavnost, ki ni industrijske ali tržne narave, vključiti na področje uporabe Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18, če se lahko z učinkovitimi ukrepi, kot so ločeni bilančni in računovodski izkazi, izključi navzkrižno financiranje dejavnosti v okviru konkurence?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

23 S tem vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali mora naročnik v smislu Direktive 2004/17, ki opravlja dejavnost iz enega od sektorjev, navedenih v členih od 3 do 7 te direktive, uporabiti postopek iz omenjene direktive za oddajo javnih naročil v zvezi z dejavnostmi, ki jih ta naročnik v pogojih konkurence opravlja vzporedno v sektorjih, za katere ne veljajo zgoraj omenjene določbe.

24 Da bi lahko odgovorili na to vprašanje, je treba opozoriti, da sta direktivi 2004/17 in 2004/18 med seboj opazno različni tako v zvezi s tem, za katere naročnike velja ureditev, ki izhaja iz teh direktiv, kot tudi glede njune narave in področja uporabe.

25 Prvič, glede naročnikov, za katere velja ureditev iz omenjenih direktiv, je treba ugotoviti, da so v nasprotju z Direktivo 2004/18, ki se na podlagi člena 1(9), prvi pododstavek, uporablja za „[javne] naročnike“, naročniki iz Direktive 2004/17 v njenem členu 2 opredeljeni kot „naročniki“. Iz istega člena 2(2)(a) in (b) izhaja, da se ta direktiva ne uporablja le za naročnike, ki so „javni organi“, ampak tudi za tiste, ki so „javna podjetja“ ali delujejo na podlagi „posebnih ali izključnih pravic, ki jim jih podeli pristojni organ države članice“, če je ena od dejavnosti teh naročnikov katera koli dejavnost iz členov od 3 do 7 omenjene direktive.

26 Drugič, iz členov od 2 do 7 Direktive 2004/17 izhaja, da se usklajevanje, ki se izvaja s to direktivo, ne nanaša na vsa področja gospodarske dejavnosti, ampak zadeva le posebej opredeljene sektorje, na kar nakazuje dejstvo, da se ta direktiva običajno imenuje „sektorska direktiva“. Nasprotno pa so na področje uporabe Direktive 2004/18 vključeni skoraj vsi gospodarski sektorji, kar upravičuje njeno običajno poimenovanje kot „splošna direktiva“.

27 V teh okoliščinah je treba že na začetku ugotoviti, da je treba zaradi splošne uporabnosti Direktive 2004/18 in omejene uporabnosti Direktive 2004/17 slednjo razlagati restriktivno.

28 Meje med področji uporabe teh dveh direktiv so začrtane z izrecnimi določbami. Člen 20(1) Direktive 2004/17 določa, da se ta direktiva ne uporablja za javna naročila, ki jih naročniki oddajo za druge namene kot je opravljanje svojih dejavnosti v sektorjih, ki so opisani v členih od 3 do 7. Tej določbi ustreza člen 12, prvi odstavek, Direktive 2004/18, ki določa, da se ta direktiva ne uporablja za javna naročila, razen za oddajo naročil za dejavnosti javnih naročnikov, ki opravljajo eno ali več dejavnosti iz členov od 3 do 7 Direktive 2004/17.

29 Tako je področje uporabe Direktive 2004/17 strogo omejeno, kar preprečuje, da bi se postopki, ki jih ureja, razširjali izven tega področja uporabe.

30 Zato zgoraj omenjene določbe, v okviru Direktive 2004/17, ne dovoljujejo nobene uporabe pristopa, ki se imenuje „teorija kontaminacije“, ki se je razvila na podlagi

zgoraj navedene sodbe Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi. To sodbo je Sodišče izdalo v okviru Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54), torej na področju, ki zdaj sodi na področje uporabe Direktive 2004/18.

31 Kot so upravičeno opozorile zlasti avstrijska, madžarska in finska vlada ter Komisija Evropskih skupnosti, sodijo na področje uporabe Direktive 2004/17 le naročila, ki jih je naročnik, ki je „naročnik“ v smislu te direktive, oddal v zvezi z dejavnostmi in njihovim opravljanjem v sektorjih, ki so našteti v členih od 3 do 7 omenjene direktive.

32 Takšen sklep izhaja prav tako iz sodbe z dne 16. junija 2005 v združenih zadevah Strabag in Kostmann (C-462/03 in C-463/03, ZOdl., str. I-5397, točka 37). V tej sodbi je Sodišče odločilo, da če se naročilo ne nanaša na opravljanje dejavnosti, ki so urejene v sektorski direktivi, bo zanj veljala ureditev, ki jo, odvisno od primera, predvideva direktiva v zvezi z oddajo javnih naročil storitev, gradenj ali blaga.

33 Ob upoštevanju prejšnjih ugotovitev je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da mora naročnik, v smislu Direktive 2004/17, uporabiti postopek iz te direktive le za oddajo javnih naročil, ki so v zvezi z dejavnostmi, ki jih ta naročnik opravlja v enem ali več sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 omenjene direktive.

Drugo vprašanje

34 Z drugim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali je treba naročnika, kot je družba Fernwärme Wien, opredeliti kot osebo javnega prava v smislu Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18.

35 V zvezi s tem je treba opozoriti, kot izhaja iz točke 5 te sodbe, da je v določbah člena 2(1)(a), drugi pododstavek, Direktive 2004/17 in člena 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 pojem „oseba javnega prava“ opredeljen enako.

36 Iz teh določb izhaja, da pomeni „oseba javnega prava“ vsako osebo, ki je, prvič, ustanovljena samo zato, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa in nima industrijske ali tržne narave, ki je, drugič, pravna oseba in jo, tretjič, pretežno financirajo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava ali je njeno vodstvo pod nadzorom teh organov ali pa ima upravni, vodstveni ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov imenujejo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava. V skladu s sodno prakso Sodišča morajo biti hkrati izpolnjeni vsi trije pogoji (sodba z dne 1. februarja 2001 v zadevi Komisija proti Franciji, C-237/99, Recueil, str. I-939, točka 40 in navedena sodna praksa).

37 Poleg tega, ker je cilj direktiv Skupnosti na področju oddaje javnih naročil zlasti izključitev možnosti, da bi organizacijo, ki jo financira ali nadzoruje država, regionalni ali lokalni organi ali druge organizacije javnega prava, vodili drugi motivi kot ekonomski, je treba pojem „oseba javnega prava“ razlagati namensko (glej v tem smislu sodbo z dne 13. decembra 2007 v zadevi Bayerischer Rundfunk in drugi, C-337/06, ZOdl., str. I-11173, točki 36 in 37 ter navedena sodna praksa).

38 V tej zadevi je treba ugotoviti, da sta izpolnjeni zadnji dve merili, ki izhajata iz ureditve, navedene v točki 36 te sodbe, saj je družba Fernwärme Wien pravna oseba, ki je v celoti v lasti mesta Dunaj, ki nadzira gospodarsko in finančno poslovanje tega podjetja. Poleg tega je treba preučiti, ali je bilo to podjetje ustanovljeno samo zato, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa in nima industrijske ali tržne narave.

39 Prvič, v zvezi z ustanovitvijo zadevnega naročnika in naravo potreb, ki jih zadovoljuje, je treba ugotoviti, tako kot izhaja iz spisa, ki je bil predložen Sodišču, da je bila družba Fernwärme Wien ustanovljena s posebnim namenom zagotavljanja ogrevanja stanovanj, javnih zgradb, poslovnih prostorov in pisarn z uporabo energije, ki nastaja pri sežiganju odpadkov. Na obravnavi pred Sodiščem je bilo poudarjeno, da ta sistem ogrevanja trenutno oskrbuje približno 250.000 stanovanj, številne pisarne in industrijske obrate ter praktično vse javne zgradbe. Zagotavljanje ogrevanja za mestno območje na način, ki varuje okolje, predstavlja cilj, ki nedvomno sodi v splošni interes. Zato ni sporno, da je bila družba Fernwärme Wien ustanovljena za zadovoljevanje potreb splošnega interesa.

40 V zvezi s tem ni pomembno, da takšne potrebe zadovoljujejo ali bi jih lahko zadovoljevala zasebna podjetja. Pomembno je, da gre za potrebe, pri katerih se države ali lokalne skupnosti zaradi splošnega interesa načeloma odločijo, da jih bodo zadovoljevale same, ali da bodo v zvezi z njimi obdržale odločilen vpliv (glej v tem smislu sodbi z dne 10. novembra 1998 v zadevi BFI Holding, C-360/96, Recueil, str. I-6821, točke 44, 47, 51 in 53, ter z dne 10. maja 2001 v združenih zadevah Agorà in Excelsior, C-223/99 in C-260/99, Recueil, str. I-3605, točke 37, 38 in 41).

41 Drugič, da bi preverili, ali potrebe, ki jih zadovoljuje zadevni naročnik v postopku v glavni stvari, nimajo industrijske ali tržne narave, je treba upoštevati vse upoštevne pravne in dejanske elemente, kot so okoliščine, v katerih je bila zadevna oseba ustanovljena, in razmere, v katerih opravlja svojo dejavnost. V zvezi s tem je treba zlasti preveriti, ali zadevna oseba opravlja svojo dejavnost v pogojih konkurence (glej sodbo z dne 22. maja 2003 v zadevi Korhonen in drugi, C-18/01, Recueil, str. I-5321, točki 48 in 49, ter navedena sodna praksa).

42 Kot je bilo izpostavljeno v točki 39 te sodbe, je bila družba Fernwärme Wien ustanovljena s posebnim namenom zagotavljanja ogrevanja na območju mesta Dunaj. Ni

sporno, da ustvarjanje dobička ni bilo povod za ustanovitev tega podjetja. Čeprav ni izključeno, da lahko ta dejavnost ustvari dobiček, ki se ga razdeli v obliki dividend delničarjem omenjenega podjetja, ustvarjanje takšnega dobička ne pomeni njegovega glavnega cilja (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Korhonen in drugi, točka 54).

43 Dalje, v zvezi z upoštevnim gospodarskim okoljem ali povedano drugače v zvezi z referenčnim trgom, kjer je treba preveriti, ali zadevni naročnik opravlja ali ne opravlja svoje dejavnosti v pogojih konkurence, je treba upoštevati, kot predlaga generalni pravobranilec v točkah 53 in 54 sklepnih predlogov, glede na namensko razlago pojma „oseba javnega prava“, sektor, za katerega je bila ustanovljena družba Fernwärme Wien, to je oskrba s toplovodnim ogrevanjem z uporabo energije, ki izhaja iz sežiganja odpadkov.

44 Iz predložitvene odločbe izhaja, da ima družba Fernwärme Wien v tem sektorju položaj dejanskega monopola, ker sta dve drugi družbi, ki tam opravljata svoje dejavnosti, zanemarljive velikosti in zato ne pomenita resnične konkurence. Med drugim je ta sektor precej samostojen, ker je zelo težko zamenjati sistem toplovodnega ogrevanja z drugimi viri energije, saj to zahteva zelo velika preureditvena dela. Nazadnje, mesto Dunaj pripisuje temu sistemu ogrevanja poseben pomen zaradi okoljevarstvenih vprašanj. Zaradi pritiska javnega mnenja ne bi dovolilo odpraviti tega sistema, čeprav bi ta deloval z izgubo.

45 Glede na vse te različne ugotovitve, ki jih je navedlo predložitveno sodišče in ki jih navaja generalni pravobranilec v točki 57 sklepnih predlogov, je družba Fernwärme Wien trenutno edino podjetje, ki lahko zadovolji takšno potrebo splošnega interesa v zadevnem sektorju tako, da bi jo lahko vodili pri oddaji naročil drugi motivi kot ekonomski.

46 V zgoraj navedenih sodbah BFI Holding (točka 49) ter Agorà in Excelsior (točka 38) je Sodišče poudarilo, da bi bil obstoj razvite konkurence pokazatelj dejstva, da ne gre za potrebo splošnega interesa, ki nima industrijske ali tržne narave. V okoliščinah zadeve v postopku v glavni stvari iz predloga za sprejetje predhodne odločbe jasno izhaja, da to merilo obstoja razvite konkurence še zdaleč ni izpolnjeno.

47 Dodati je treba, da v zvezi s tem ni pomembno, da omenjeni naročnik poleg svojih nalog v splošnem interesu lahko opravlja tudi druge dejavnosti s pridobitnim namenom, dokler se še naprej ukvarja s potrebami splošnega interesa, za katere je posebej zadolžen, da jih zadovoljuje. Del, ki ga v okviru splošne dejavnosti tega naročnika zavzemajo dejavnosti, ki se opravljajo zaradi pridobitnega namena, za namene opredelitve tega naročnika kot osebe javnega prava nima pomena (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi, točka 25, sodbo z dne 27. februarja 2003 v zadevi Adolf Truley, C-373/00, Recueil, str. I-1931, točka 56, in zgoraj navedeno sodbo Korhonen, točki 57 in 58).

48 Glede na te ugotovitve je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da je treba naročnika, kot je družba Fernwärme Wien, opredeliti kot osebo javnega prava v smislu člena 2(1)(a), drugi pododstavek, Direktive 2004/17 in člena 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18.

Tretje vprašanje

49 S tretjim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali velja za vsa naročila, ki jih odda naročnik, ki je oseba javnega prava v smislu Direktive 2004/17 ali Direktive

2004/18, ureditev iz ene od teh dveh direktiv, če je mogoče z uporabo učinkovitih ukrepov popolnoma ločiti med dejavnostmi, ki jih opravlja ta oseba za izpolnjevanje svojih nalog zadovoljevanja potreb splošnega interesa, in tistimi, ki jih opravlja v pogojih konkurence, tako da se lahko izključi navzkrižno financiranje med tema vrstama dejavnosti.

50 V zvezi s tem je treba poudariti, da je bila problematika, ki je podlaga za to vprašanje, prvič predmet obravnave Sodišča v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi v zvezi z razlago Direktive 93/37 o oddaji javnih naročil za gradnje. Sodišče je v točki 35 te sodbe ugotovilo, da velja za vsa naročila, ki jih odda oseba, ki je javni naročnik, ne glede na njihovo naravo, ureditev iz te direktive.

51 Sodišče je to stališče ponovilo v zvezi z javnimi naročili storitev v zgoraj navedenih sodbah BFI Holding (točki 55 in 56) ter Korhonen in drugi (točki 57 in 58) ter v zvezi z javnimi naročili blaga v zgoraj navedeni sodbi Adolf Truley (točka 56). To stališče velja prav tako za Direktivo 2004/18, ki pomeni preoblikovanje določb vseh predhodnih direktiv na področju oddaje javnih naročil, ki jih je nasledila (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Bayerischer Rundfunk in drugi, točka 30).

52 To stališče velja prav tako za naročnike, ki uporabljajo sistem računovodstva za popolno notranjo ločitev med dejavnostmi, ki jih opravljajo za izpolnjevanje svojih nalog zadovoljevanja potreb splošnega interesa, in tistimi, ki jih opravljajo v pogojih konkurence.

53 Kot poudarja generalni pravobranilec v točkah 64 in 65 sklepnih predlogov, je namreč mogoče resno podvomiti, da bi bilo v resnici mogoče uveljaviti takšno

ločitev med različnimi dejavnostmi naročnika, ki tvori celovito pravno osebo ter ima enoten sistem premoženja in sredstev ter se odločitve v zvezi z vodenjem in upravljanjem sprejemajo enotno, in to tudi ne glede na številne druge praktične ovire glede nadzora *ex ante* in *ex post* popolne ločitve med različnimi področji dejavnosti zadevnega naročnika in razvrstitve zadevne dejavnosti v eno izmed teh področij.

54 Zato je treba zaradi pravne varnosti, preglednosti in predvidljivosti, na podlagi katerih se vodijo vsi postopki javnih naročil, upoštevati sodno prakso Sodišča, določeno v točkah 50 in 51 obravnavane sodbe.

55 Vendar, kot izhaja iz točke 49 te sodbe, se vprašanje predložitvenega sodišča nanaša na direktivi 2004/17 in 2004/18 hkrati.

56 V zvezi s tem je treba poudariti, da je bilo v okviru obravnave drugega vprašanja za predhodno odločanje ugotovljeno, da je treba podjetje, kot je Fernwärme Wien, opredeliti kot osebo javnega prava v smislu Direktive 2004/17 in Direktive 2004/18. Med drugim je Sodišče v okviru obravnave prvega vprašanja za predhodno odločanje ugotovilo, da je treba za naročnika v smislu Direktive 2004/17 uporabiti postopek iz te direktive le za oddajo javnih naročil, ki so v zvezi z dejavnostmi, ki jih to podjetje opravlja v enem ali več sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 omenjene direktive.

57 Pojasniti je treba, da v skladu s sodno prakso Sodišča Direktiva 2004/17 velja za oddajo naročil na področju dejavnosti, ki so izrecno navedene v členih od 3 do 7 omenjene direktive, kot tudi za naročila, ki imajo drugačno naravo in lahko kot taka običajno spadajo na področje uporabe Direktive 2004/18, če služijo opravljanju

dejavnosti, ki so opredeljene v Direktivi 2004/17 (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Strabag in Kostmann, točki 41 in 42).

58 Zato se za oddajo naročil naročnika, kot je družba Fernwärme Wien, uporabi postopek iz Direktive 2004/17, kadar so v zvezi z dejavnostjo, ki jo ta opravlja v sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 omenjene direktive. Za vse ostale oddaje naročil takega naročnika v zvezi z drugimi dejavnostmi pa se uporabi postopek iz Direktive 2004/18.

59 Zato je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da za naročila, ki jih odda naročnik, ki je oseba javnega prava v smislu direktiv 2004/17 in 2004/18, ter so v zvezi z dejavnostmi, ki jih opravlja ta naročnik v enem ali več sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 Direktive 2004/17, veljajo postopki, navedeni v tej direktivi. Za vse ostale oddaje naročil tega naročnika v zvezi z drugimi dejavnostmi pa se uporabi postopek, naveden v Direktivi 2004/18. Ti direktivi se uporabita ne glede na razlikovanje med dejavnostmi, ki jih ta naročnik opravlja za izpolnjevanje svojih nalog zadovoljevanja potreb splošnega interesa, in dejavnostmi, ki jih opravlja v pogojih konkurence, in to celo takrat, kadar obstaja ločeno računovodstvo za ločitev sektorjev dejavnosti tega naročnika, da bi preprečili navzkrižno financiranje med temi sektorji.

Stroški

60 Ker je ta postopek za stranke 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 (četrti senat) razsodilo:

1. **Naročnik, v smislu Direktive 2004/17 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, mora uporabiti postopek iz te direktive le za oddajo javnih naročil, ki so v zvezi z dejavnostmi, ki jih ta naročnik opravlja v enem ali več sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 omenjene direktive.**

2. **Naročnika, kot je družba Fernwärme Wien GmbH, je treba opredeliti kot osebo javnega prava v smislu člena 2(1)(a), drugi pododstavek, Direktive 2004/17 in člena 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev.**

3. **Za naročila, ki jih odda naročnik, ki je oseba javnega prava v smislu direktiv 2004/17 in 2004/18, ter so v zvezi z dejavnostmi, ki jih opravlja ta naročnik v enem ali več sektorjih, navedenih v členih od 3 do 7 Direktive 2004/17, veljajo postopki, navedeni v tej direktivi. Za vse ostale oddaje naročil tega naročnika v zvezi z drugimi dejavnostmi pa se uporabi postopek, naveden v Direktivi 2004/18. Ti direktivi se uporabita ne glede na razlikovanje med dejavnostmi, ki jih ta naročnik opravlja za izpolnjevanje svojih nalog zadovoljevanja potreb splošnega interesa, in dejavnostmi, ki jih opravlja v pogojih konkurence, in to celo takrat, kadar obstaja ločeno računovodstvo za ločitev sektorjev dejavnosti tega naročnika, da bi preprečili navzkrižno financiranje med temi sektorji.**

Podpisi