SODBA SODIŠČA (tretji senat)

z dne 25. marca 2010 *

V zadevi C-451/08,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Düsseldorf (Nemčija) z odločbo z dne 2. oktobra 2008, ki je prispela na Sodišče 16. oktobra 2008, v postopku

Helmut Müller GmbH

proti

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

ob udeležbi

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Jezik postopka: nemščina.

mesta Wildeshausen,

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi J. N. Cunha Rodrigues (poročevalec), predsednik drugega senata v funkciji predsednika tretjega senata, P. Lindh, sodnica, A. Rosas, A. Ó Caoimh in A. Arabadjiev, sodniki,

generalni pravobranilec: P. Mengozzi,
sodni tajnik: B. Fülöp, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 23. septembra 2009,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Helmut Müller GmbH O. Grübbel, odvetnik,

– za Bundesanstalt für Immobilienaufgaben S. Hertwig, odvetnik,

– za mesto Wildeshausen J. Lauenroth, odvetnik,

– za nemško vlado M. Lumma in J. Möller, zastopnika,

– za francosko vlado G. de Bergues in J.-S. Pilczer, zastopnika,

– za italijansko vlado G. Fiengo, avvocato dello Stato,

– za nizozemsko vlado C. Wissels in Y. de Vries, zastopnika,

– za avstrijsko vlado E. Riedl in M. Fruhmann, zastopnika,

– za Evropsko komisijo G. Wilms in C. Zadra, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 17. novembra 2009

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago pojma „javna naročila gradenj“ v smislu 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 vložen v okviru spora med družbo Helmut Müller GmbH (v nadaljevanju: Helmut Müller) in Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (zvezni zavod za upravljanje nepremičnin, v nadaljevanju: Bundesanstalt) zaradi prodaje – s strani slednjega – zemljišča, na katerem bi moral kupec pozneje izvesti gradnje, ki bi ustrezale ciljem urbanističnega razvoja, ki jih je opredelila lokalna skupnost, v tem primeru mesto Wildeshausen.

Pravni okvir

Ureditev Unije

3 V uvodni izjavi 2 Direktive 2004/18 je navedeno:

„Za oddajo naročil, sklenjenih v državah članicah v imenu države, regionalnih ali lokalnih in drugih oseb javnega prava, veljajo načela iz Pogodbe [ES] in zlasti načelo prostega pretoka blaga, načelo svobode ustanavljanja in načelo svobode opravljanja storitev ter načela, ki iz teh izhajajo, kot so načelo enakopravnosti, načelo nediskriminacije, načelo vzajemnega priznavanja, načelo sorazmernosti in načelo transparentnosti. Vendar je za naročila nad določeno vrednostjo priporočljivo na podlagi teh načel sprejeti določbe o usklajevanju nacionalnih postopkov za dodeljevanje teh naročil na ravni Skupnosti, da bi zagotovili njihovo uresničevanje in jamčili odpiranje javnih naročil konkurenci. Te usklajevalne določbe bi se zato morale razlagati v skladu z zgoraj navedenimi pravili in načeli kakor tudi z drugimi pravili iz Pogodbe."

4 Člen 1(2) in (3) navedene direktive določa:

„2. (a) ‚Javna naročila' so 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.

(b) ‚javna naročila gradenj' so javna naročila, katerih predmet je bodisi izvedba bodisi izvedba in projektiranje gradenj, povezanih z eno od dejavnosti v skladu s pomenom iz Priloge I, ali gradnja ali izvedba neke gradnje s katerimi koli sredstvi, ki ustreza zahtevam naročnika. ‚Gradnja' pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije.

[…]

3. ‚Koncesija za javne gradnje' je naročilo enake vrste kakor javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je [nasprotna dajatev] za izvedbo gradenj bodisi samo pravica do koriščenja gradnje ali ta pravica skupaj s plačilom."

5 Člen 16(a) Direktive 2004/18 določa:

„Ta direktiva se ne uporablja za javna naročila storitev v zvezi z:

(a) nakupom ali najemom zemljišča s kakršnimi koli finančnimi sredstvi, že zgrajenih stavb ali drugih nepremičnin ali pravic, ki so z njimi povezane; […]"

Nacionalna ureditev

6 Člen 10(1) zakona o gradnji objektov (Baugesetzbuch) z dne 23. septembra 2004 (BGBl. 2004 I, str. 2414, v nadaljevanju: BauGB) določa:

„Občina z odlokom sprejme zazidalni načrt."

7 Člen 12 BauGB določa:

„1. Občina lahko z zazidalnim načrtom v povezavi s projektom določi, da je projekt dopusten, če se je izvajalec na podlagi z občino dogovorjenega načrta za izvedbo gradbenih del in komunalne opremljenosti (načrt gradbenih del in komunalne opremljenosti) pred izdajo odloka iz člena 10(1) pripravljen in sposoben zavezati, da ga bo izvedel v določenem roku in da bo v celoti ali delno nosil stroške načrtovanja in komunalne opremljenosti (izvedbena pogodba). […]

[…]

3. (a) Ko je z določitvijo zazidljivega območja […] ali na drug način v zazidalnem načrtu v povezavi s projektom opredeljena namembnost gradnje […], je treba […] zagotoviti, da se v okviru določenih namembnosti dovolijo samo projekti, za izvedbo katerih se je izvajalec zavezal z izvedeno pogodbo. […]

[…]“

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

8 Bundesanstalt je bil lastnik nepremičnine, imenovane vojašnica Wittekind, ki meri skoraj 24 hektarjev in leži v Wildeshausnu (Nemčija).

9 Oktobra 2005 se je mestni svet Wildeshausna odločil, da bo zaradi prihodnje ponovne uporabe zadevnega zemljišča za civilne namene, ki predstavlja približno 3 % zazidanih in nezazidanih površin tega mesta, pripravil študije za projekt urbanističnega razvoja.

10 Oktobra 2006 je Bundesanstalt po spletu in v dnevnem tisku objavil, da namerava vojašnico Wittekind prodati.

11 Nepremičninska družba Helmut Müller je 2. novembra 2006 vložila ponudbo za nakup po ceni 4 milijone EUR, vendar pod pogojem, da se sprejme urbanistični načrt, ki bo temeljil na njenem projektu uporabe zemljišč.

12 Vojašnica Wittekind je bila opuščena v začetku leta 2007.

13 Januarja 2007 je Bundesanstalt objavil razpis, da želi navedeno nepremičnino čimprej prodati v obstoječem stanju.

14 Družba Helmut Müller je 9. januarja 2007 vložila ponudbo v višini 400.000 EUR, ki jo je 15. januarja 2007 dvignila na 1 milijon EUR.

15 Drugo nepremičninsko podjetje Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (v nadaljevanju: GSSI), ki je bilo tedaj še v ustanavljanju, je vložilo ponudbo v višini 2,5 milijona EUR.

16 Vloženi sta bili še dve drugi ponudbi.

17 Iz cenitve, ki jo je pri predložitvenem sodišču predložil Bundesanstalt, je razvidno, da je bila 1. maja 2007 vrednost zadevnih zemljišč 2,33 milijona EUR.

18 V predložitveni odločbi je navedeno, da je mesto Wildeshausen pozvalo ponudnike, naj predložijo svoje projekte, in je ob navzočnosti Bundesanstalt z njimi razpravljalo o njih.

19 Nato naj bi Bundesanstalt ocenil projekta družb Helmut Müller in GSSI, od katerih mu je bil iz urbanističnih razlogov bolj všeč projekt družbe GSSI, pri čemer je menil, da bo mesto Wildeshausen s tem projektom postalo privlačnejše, in o tem naj bi tudi obvestil to družbo.

20 Tedaj naj bi bilo dogovorjeno, da se bo nepremičnina prodala šele po tem, ko bo mestni svet Wildeshausna projekt potrdil. Bundesanstalt naj bi navedel, da se zanese na odločitev mesta Wildeshausen.

21 V predložitveni odločbi je tudi navedeno, da je mestni svet Wildeshausna sprejel projekt družbe GSSI in da je 24. maja 2007 med drugim sklenil:

„Svet mesta Wildeshausen je pripravljen preučiti projekt, ki ga je predložil g. R. [poslovodja družbe GSSI], in izvesti postopek za izdelavo ustreznega zazidalnega načrta […]

Zakon ne podeljuje nobene pravice do pridobitve zazidalnega načrta (morda vezanega na neki projekt).

Zakon prepoveduje, da bi [mesto Wildeshausen] sprejelo zavezujoče obveznosti glede zazidljivosti ali da bi omejilo svojo diskrecijsko pravico (ki je sicer pravno opredeljena) pred koncem rednega postopka za izdelavo urbanističnega načrta.

Prejšnje odločitve glede urbanističnega načrta [mesta Wildeshausen] zato niso zavezujoče.

Izvajalec in druge osebe, zainteresirane za projekt, so odgovorni za stroške načrtovanja in druge stroške.“

22 Takoj po sprejetju sklepa z dne 24. maja 2007 je mestni svet Wildeshausna preklical sklep, ki ga je sprejel oktobra 2005 o začetku pripravljalnih urbanističnih raziskav.

23 Bundesanstalt je z notarskim zapisom pogodbe z dne 6. junija 2007 vojašnico Wittekind v dogovoru z mestom Wildeshausen prodal družbi GSSI. O tem je 7. junija 2007 obvestil družbo Helmut Müller. Januarja 2008 je bila družba GSSI v zemljiško knjigo vknjižena kot lastnica te nepremičnine. Z notarskim zapisom pogodbe z dne 15. maja 2008 sta Bundesanstalt in družba GSSI potrdila prodajno pogodbo z dne 6. junija 2007.

24 Družba Helmut Müller je pri Vergabekammer (prvostopenjski organ odločanja na področju javnega naročanja) vložila tožbo, v kateri je zatrjevala, da postopek ni bil izveden po pravilih javnega naročanja, čeprav spada prodaja navedene vojašnice na področje prava o javnem naročanju. Družba Helmut Müller je navedla, da je prodajna pogodba nična, ker kot kandidatka za nakup zemljišča ni bila pravočasno o vsem obveščena.

25 Vergabekammer je tožbo zavrgel kot nedopustno z obrazložitvijo, da družbi GSSI ni bilo oddano nobeno naročilo gradenj.

26 Družba Helmut Müller se je zoper to odločbo pritožila pri Oberlandesgericht Düsseldorf in navedla, da je glede na okoliščine treba šteti, da bo družba GSSI pridobila naročilo gradenj v obliki koncesije za gradnje. Po navedbah družbe Helmut Müller sta upoštevne sklepe sprejela sporazumno Bundesanstalt in mesto Wildeshausen.

27 Oberlandesgericht Düsseldorf se s temi trditvami strinja. Meni, da bo mesto Wildeshausen v ne preveč daljni prihodnosti, ki pa je še ni mogoče natančneje določiti,

uresničilo svojo diskrecijsko pravico in izdelalo zazidalni načrt v povezavi s projektom v smislu člena 12 BauGB in z družbo GSSI sklenilo izvedbeno pogodbo v smislu tega člena, s čimer bo tej družbi oddano javno naročilo gradnje.

28 Ker mestu Wildeshausen ne bo treba plačati nobenega nadomestila, navedeno sodišče meni, da bi moralo biti to javno naročilo gradnje oddano v pravni obliki koncesije za javne gradnje in da bi morala družba GSSI nositi gospodarsko tveganje te transakcije. Poleg tega meni, da bi bilo treba prenos lastništva zemljišča in oddajo javnega naročila gradnje z vidika prava o javnem naročanju obravnavati kot celoto. Bundesanstalt in mesto Wildeshausen naj bi ravnala le s časovnim zamikom.

29 Oberlandesgericht Düsseldorf dodaja, da je imelo tako stališče tudi v drugih sporih, o katerih je odločalo, med drugim v odločbi z dne 13. junija 2007 glede letališča Ahlhorn (Nemčija). Z njegovo analizo pa naj se ne bi vsi strinjali, kajti prevladujoče stališče nemških sodišč nasprotuje tej razlagi. Poleg tega, kot je navedeno v predložitveni odločbi, namerava nemška zvezna vlada spremeniti nemško zakonodajo o javnem naročanju tako, da bo nasprotna stališču, ki ga zagovarja navedeno sodišče.

30 V predlogu zakona, ki ga omenja predložitveno sodišče, je predvideno, da bo natančneje opredeljen pojem „javna naročila gradenj“ iz člena 99(3) zakona o prepovedi omejevanja konkurence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) z dne 15. julija 2005 (BGBl. 2005 I, str. 2114), in sicer tako (predvidene spremembe so v poševnem tisku):

„Naročila gradenj so pogodbe, ki določajo, da se *za naročnika* bodisi izvedejo bodisi projektirajo in izvedejo gradnje ali gradnja, ki pomeni zaključeno visoko ali nizko

gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije, ali gradnja, *ki ima za naročnika neposredno gospodarsko korist* in jo izvedejo tretje osebe v skladu z njegovimi zahtevami."

31 Predvideno naj bi bilo tudi, da se v členu 99 navedenega zakona doda nov odstavek 6 s tako opredelitvijo koncesije za javne gradnje:

„Koncesija za gradnje je pogodba, ki se nanaša na izvedbo naročila za gradnje, v kateri nasprotna dajatev za gradnjo ni plačilo, ampak pravica do koriščenja objekta za določeno obdobje ali morebiti ta pravica skupaj s plačilom."

32 Kmalu po vložitvi tega predloga za sprejetje predhodne odločbe so bile take spremembe sprejete v okviru zakona o modernizaciji prava o javnem naročanju (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) z dne 20. aprila 2009 (BGBl. 2009 I, str. 790).

33 Oberlandesgericht Düsseldorf je v teh okoliščinah prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je za javno naročilo gradenj v skladu s členom 1(2)(b) Direktive 2004/18 nujno, da je gradnja za naročnika materialno ali fizično izvedena in da ima od nje neposredno gospodarsko korist?

2. Če glede na opredelitev pojma javnega naročila gradenj iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 ni mogoče opustiti dejavnika izvedbe: ali je glede na drug primer iz te določbe mogoče domnevati, da je bila gradnja izvedena, če naj bi projekt gradnje za naročnika izpolnil določen javni namen (na primer, da je namenjen urbanističnemu razvoju komunalnega področja) in je naročnik na podlagi naročila odgovoren, da zagotovi, da se ta javni namen doseže in bo gradnja za ta namen na razpolago?

3. Ali iz pojma javnega naročila gradenj glede na prvi in drugi primer iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 nujno izhaja, da je podjetje neposredno ali posredno zavezano, da gradnjo izvede, in ali gre v takem primeru nujno za iztožljivo zavezo?

4. Ali iz pojma javnega naročila gradenj glede na tretji primer iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 nujno izhaja, da je podjetje h gradnji zavezano ali da je gradnja predmet naročila?

5. Ali naročila, s katerimi naj bi se – ob upoštevanju zahtev naročnika – zagotovilo, da bo gradnja, ki jo je treba izvesti, namenjena določenemu javnemu namenu, in na podlagi katerih je naročnik (v skladu s pogodbenim dogovorom) odgovoren, da (posredno v lastnem interesu) zagotovi razpoložljivost gradnje za javni namen,

spadajo v okvir pojma javnega naročila gradenj glede na tretji primer iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18?

6. Ali je pojem ‚zahteve naročnika' iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 izpolnjen, če mora biti gradnja izvedena po načrtih, ki jih je naročnik pregledal in odobril?

7. Ali je v skladu s členom 1(3) Direktive 2004/18 treba zavrniti koncesijo za javne gradnje, če je koncesionar lastnik ali pa bo postal lastnik zemljišča, na katerem naj bi se gradilo, ali če je bila koncesija za gradnje dana za nedoločen čas?

8. Ali je treba Direktivo 2004/18 – iz katere za naročnika izhaja obveznost razpisa – uporabiti tudi, če prodaja zemljišča prek tretje osebe in oddaja javnega naročila gradenj nastopita s časovnim zamikom in ob sklenitvi posla v zvezi s prodajo zemljišča javno naročilo gradenj še ni oddano, vendar je naročnik v svoji zadnji izjavi izrazil namen, da bo takšno naročilo podelil?

9. Ali je različne, vendar med seboj povezane posle v zvezi s prodajo zemljišča in javnim naročilom gradenj v okviru oddaje naročila treba presojati kot celoto, če je ob sklenitvi pogodbe glede zemljišča obstajal namen oddaje javnega naročila gradenj in so stranke zavestno ustvarile tesno povezavo v vsebinskem – kjer je to upoštevno, pa tudi v časovnem – smislu med pogodbama (glej sodbo Sodišča z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji, C-29/04, ZOdl., str. I-9705)?"

Vprašanja za predhodno odločanje

Uvodne ugotovitve

34 V večini jezikovnih različic Direktive 2004/18 vsebuje pojem „javna naročila gradenj“ iz njenega člena 1(2)(b) tri možne primere. V prvem gre za izvedbo ali izvedbo in projektiranje gradenj, ki izhajajo iz ene od kategorij, naštetih v Prilogi I k tej direktivi. V drugem gre za izvedbo ali izvedbo in projektiranje gradnje. V tretjem pa gre za izvedbo neke gradnje s katerimi koli sredstvi, ki ustreza zahtevam naročnika.

35 „Gradnja“ v smislu iste določbe je opredeljena tako, da „pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije“.

36 V večini jezikovnih različic je v drugem in tretjem primeru uporabljen izraz „gradnja“, v nemški različici pa sta uporabljena dva različna izraza, in sicer „Bauwerk“ (gradnja) v drugem primeru in „Bauleistung“ (izvedba gradnje) v tretjem.

37 Poleg tega je samo v nemški različici navedenega člena 1(2)(b) določeno, da mora biti dejavnost v tretjem primeru izvedena ne samo „s katerimi koli sredstvi“, ampak tudi „s strani tretjih oseb“ („durch Dritte“).

38 V skladu z ustaljeno sodno prakso se formulacija določbe prava Unije, ki se uporablja v eni od jezikovnih različic, ne more uporabljati kot edina podlaga za razlago te določbe oziroma ne more imeti prednosti pred drugimi jezikovnimi različicami. Tak pristop namreč ne bi bil združljiv z zahtevo po enotni uporabi prava Unije. Če se med jezikovnimi različicami besedila Skupnosti pojavijo razlike, je zadevno določbo treba razlagati glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katere del je (glej sodbe z dne 27. marca 1990 v zadevi Cricket St Thomas, C-372/88, Recueil, str. I-1345, točki 18 in 19; z dne 12. novembra 1998 v zadevi Institute of the Motor Industry, C-149/97, Recueil, str. I-7053, točka 16, in z dne 9. oktobra 2008 v zadevi Sabatauskas in drugi, C-239/07, ZOdl., str. I-7523, točki 38 in 39).

39 Glede na te ugotovitve je treba odgovoriti na vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče.

Prvo in drugo vprašanje

40 S tema vprašanjema, ki ju je treba obravnavati skupaj, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 zahteva, da so gradnje, ki so predmet naročila, za naročnika materialno ali fizično izvedena in da ima od nje neposredno gospodarsko korist, ali pa zadošča, da te gradnje izpolnijo določen javni namen, kot je urbanistični razvoj dela občinskega ozemlja.

41 Takoj na začetku je treba pojasniti, da če javni organ proda podjetju nepozidano ali pozidano zemljišče, ne gre za javno naročilo gradenj v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18. Prvič, javni organ mora biti namreč pri takem naročilu kupec, in ne prodajalec. Drugič, predmet takega naročila mora biti izvedba gradenj.

42 Besedilo člena 16(a) navedene direktive potrjuje to analizo.

43 Izključeno je torej, da bi bila prodaja, kakršna je v postopku v glavni stvari, kjer je Bundesanstalt družbi GSSI prodal vojašnico Wittekind, sama po sebi javno naročilo gradenj v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18.

44 Vendar se ti vprašanji predložitvenega sodišča ne nanašata na to razmerje prodajalca do kupca, ampak na razmerja med mestom Wildeshausen in družbo GSSI, to je med javnim organom, pristojnim za urbanizem in kupcem vojašnice Wittekind. Navedeno sodišče želi zvedeti, ali bi ta razmerja lahko pomenila javno naročilo gradenj v smislu navedene določbe.

45 Glede tega je treba poudariti, da so javna naročila v skladu s členom 1(2)(a) Direktive 2004/18 proti plačilu pisno sklenjene pogodbe.

46 Pojem pogodbe je bistven za opredelitev področja uporabe Direktive 2004/18. Kot je navedeno v uvodni izjavi 2 te direktive, je njen predmet uporaba pravil prava Unije za oddajo naročil, sklenjenih v imenu države, regionalnih ali lokalnih in drugih oseb javnega prava. Na druge kategorije dejavnosti javnih organov pa se navedena direktiva ne nanaša.

47 Poleg tega je samo proti plačilu sklenjena pogodba lahko javno naročilo s področja uporabe Direktive 2004/18.

48 Odplačnost pogodbe pomeni, da se za naročnika, ki je oddal javno naročilo gradenj, na njegovi podlagi opravi storitev za nasprotno dajatev. Ta storitev je izvedba gradenj, ki jih želi naročnik (glej sodbi z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti in drugi, C-399/98, Recueil, str. I-5409, točka 77, in z dne 18. januarja 2007 v zadevi Auroux in drugi, C-220/05, ZOdl., str. I-385, točka 45).

49 Naročnik mora imeti od take storitve zaradi njene narave ter sistematike in namena Direktive 2004/18 neposredno gospodarsko korist.

50 Ta gospodarska korist je jasno izkazana, kadar je določeno, da bo naročnik postal lastnik gradenj ali gradnje, ki so predmet naročila.

51 Za tako gospodarsko korist gre lahko tudi, kadar je določeno, da bo naročnik pridobil pravni naslov, ki mu bo zagotovil, da bo imel gradnje, ki so predmet naročila, na razpolago zaradi njihove namenjenosti javnosti (glej zgoraj navedeno sodbo Ordine degli Architetti in drugi, točka 67, 71 in 77).

52 Gospodarska korist je lahko tudi v ekonomskih ugodnostih, ki jih bo lahko imel naročnik s prihodnjo uporabo ali prodajo gradnje, v dejstvu, da je finančno prispeval k izvedbi gradnje, ali v tveganjih, ki jih prevzema v primeru gospodarskega neuspeha gradnje (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Auroux in drugi, točke 13, 17, 18 in 45).

53 Sodišče je že presodilo, da lahko pogodba, s katero prvi naročnik drugemu naročniku zaupa izvedbo gradnje, pomeni javno naročilo gradenj, ne glede na dejstvo, ali je ali ni

določeno, da je prvi naročnik lastnik ali bo postal lastnik celotne gradnje ali njenega dela (zgoraj navedena sodba Auroux in drugi, točka 47).

54 Iz zgoraj navedenega je razvidno, da pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 zahteva, da so gradnje, ki so predmet naročila, izvedene v neposredno gospodarsko korist naročnika, vendar ne da bi bilo nujno, da ima storitev obliko nakupa materialnega ali fizičnega predmeta.

55 Postavlja se vprašanje, ali so ti pogoji izpolnjeni, kadar se z načrtovanimi gradnjami želi doseči javni cilj v splošnem interesu, za katerega zagotavljanje je odgovoren naročnik, kot je urbanistični razvoj ali usklajenost dela občinskega ozemlja.

56 V državah članicah Evropske unije je treba običajno za izvajanje gradbenih del, vsaj za večje, pridobiti predhodno dovoljenje javnega organa, pristojnega za urbanizem. Ta organ mora v okviru izvajanja pristojnosti urbanističnega urejanja presoditi, ali je izvedba gradenj v skladu z javnim interesom.

57 Vendar namen preprostega izvajanja pristojnosti urbanističnega urejanja zaradi uresničevanja splošnega interesa ni, da bi naročnik pridobil pogodbeno storitev ali neposredno gospodarsko korist, kot zahteva člen 1(2)(a) Direktive 2004/18.

58 Zato je treba na prvo in drugo vprašanje odgovoriti, da pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 ne zahteva, da bi bile gradnje, ki so predmet naročila, za naročnika materialno ali fizično izvedene, če so te gradnje izvedene

v neposredno gospodarsko korist tega naročnika. To, da ta naročnik izvaja pristojnost urbanističnega urejanja, ne zadošča za izpolnitev tega zadnjega pogoja.

Tretje in četrto vprašanje

59 S tretjim in četrtim vprašanjem, ki ju je treba obravnavati skupaj, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 zahteva, da prevzemnik naročila neposredno ali posredno prevzame obveznost za izvedbo gradenj, ki so predmet naročila, in da je izvedba te obveznosti iztožljiva.

60 Kot je bilo opozorjeno v točkah 45 in 47 te sodbe, člen 1(2)(a) Direktive 2004/18 opredeljuje javno naročilo gradenj kot odplačno pogodbo. Ta pojem temelji na tem, da se prevzemnik naročila zaveže, da bo za nasprotno dajatev izvedel storitev, ki je predmet pogodbe. Prevzemnik javnega naročila gradenj se torej zaveže, da bo izvedel ali da bo dal izvesti gradnje, ki so predmet tega naročila.

61 Ni pomembno, ali prevzemnik naročila gradnje izvaja s svojimi sredstvi ali s podizvajalci (glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi Ordine degli Architetti in drugi, točka 90, in Auroux in drugi, točka 44).

62 Ker so obveznosti, ki izhajajo iz naročila, pravno zavezujoče, je nujno, da je njihova izvedba iztožljiva. Kadar pravo Unije nekega področja ne ureja, se po načelu procesne avtonomije podrobna pravila za izvajanje takih obveznosti predpišejo z nacionalnim pravom.

63 Zato je treba na tretje in četrto vprašanje odgovoriti, da pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 zahteva, da prevzemnik naročila neposredno ali posredno prevzame obveznost za izvedbo gradenj, ki so predmet naročila, in da je izvedba te obveznosti iztožljiva na podlagi podrobnih pravil, ki jih določa nacionalno pravo.

Peto in šesto vprašanje

64 S petim in šestim vprašanjem, ki ju je treba obravnavati skupaj, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali lahko „zahteve naročnika“ v smislu tretjega primera iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 vsebujejo bodisi izvajanje naročnikove pristojnosti, da zagotavlja, da bo bodoča gradnja ustrezala javnemu interesu, bodisi izvajanje njegove pristojnosti, da preverja in potrjuje gradbene načrte.

65 Ti vprašanji izhajata iz dejstva, da v postopku v glavni stvari domnevni naročnik, to je mesto Wildeshausen, ni pripravil specifikacij zahtev za gradnjo na zemljišču vojašnice Wittekind. Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je mesto Wildeshausen samo sklenilo, da je pripravljeno preučiti projekt, ki ga je predložila družba GSSI in izvesti postopek za izdelavo ustreznega zazidalnega načrta.

66 V tretjem primeru iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 pa je določeno, da je predmet javnih naročil gradenj izvedba „neke gradnje, ki ustreza zahtevam naročnika“.

67 Da bi se lahko ugotovilo, da je naročnik opredelil svoje zahteve v smislu navedene določbe, mora biti izpolnjen pogoj, da je naročnik sprejel ukrepe za opredelitev značilnosti gradnje ali vsaj za izvajanje odločilnega vpliva na njeno projektiranje.

68 Zgolj dejstvo, da javni organ v okviru izvajanja pristojnosti urbanističnega urejanja, preuči neke gradbene načrte, ki so mu bili predloženi, ali sprejme sklep na podlagi pristojnosti na tem področju, ne ustreza pogoju, ki se nanaša na „zahteve naročnika“ v smislu navedene določbe.

69 Zato je treba na peto in šesto vprašanje odgovoriti, da „zahteve naročnika“ v smislu tretjega primera iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18, ne morejo vsebovati samo tega, da javni organ preuči gradbene načrte, ki so mu bili predloženi, ali da sprejme odločbo v okviru izvajanja pristojnosti urbanističnega urejanja.

Sedmo vprašanje

70 S sedmim vprašanjem predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali je koncesija za javne gradnje v smislu člena 1(3) Direktive 2004/18 izključena, kadar je edini subjekt, ki mu je mogoče podeliti koncesijo, že lastnik zemljišča, na katerem se bo gradilo, ali kadar je bila koncesija podeljena za nedoločen čas.

71 Člen 1(3) Direktive 2004/18 določa, da je koncesija za javne gradnje „naročilo enake vrste kakor javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je nasprotna dajatev

za izvedbo gradenj bodisi samo pravica do koriščenja gradnje ali ta pravica skupaj s plačilom“.

72 Da bi lahko naročnik na svojega sopogodbenika prenesel pravico do koriščenja gradnje v smislu te določbe, mora biti ta naročnik v položaju, v katerem ima na voljo koriščenje te gradnje.

73 Običajno pa ni tako, kadar je edina podlaga za pravico do koriščenja lastninska pravica zadevnega subjekta.

74 Lastnik zemljišča ima namreč pravico do njegovega koriščenja ob upoštevanju veljavnih zakonskih določb. Dokler ima subjekt pravico do koriščenja zemljišča, katerega lastnik je, je možnost, da bi javni organ podelil koncesijo za to koriščenje, načeloma izključena.

75 Poleg tega je treba poudariti, da je bistvo koncesije, da koncesionar nosi glavno ali v vsakem primeru bistveno poslovno tveganje, povezano s koriščenjem (glej v tem smislu v zvezi s koncesijami za javne storitve sodbo z dne 10. septembra 2009 v zadevi Eurawasser, C-206/08, ZOdl., str. I-8377, točki 59 in 77).

76 Komisija Evropskih skupnosti zatrjuje, da se lahko to tveganje pojavi v obliki negotovosti podjetnika glede tega, ali bo urbanistična služba zadevne skupnosti te načrte potrdila ali ne.

77 Te trditve ni mogoče sprejeti.

78 V primeru, kakršnega navaja Komisija, bi bilo tveganje povezano z naročnikovimi pristojnostmi urbanističnega urejanja, in ne s pogodbenim razmerjem na podlagi koncesije. Zato tveganje ne bi bilo povezano s koriščenjem.

79 Glede trajanja koncesij pa je iz resnih razlogov, med katerimi je zlasti ohranjanje konkurence, vsekakor treba ugotoviti, da bi bila podelitev koncesij za nedoločen čas v nasprotju s pravnim redom Unije, kot je poudaril generalni pravobranilec v točkah 96 in 97 sklepnih predlogov (glej v tem smislu sodbo z dne 19. junija 2008 v zadevi pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ZOdl., str. I-4401, točka 73).

80 Zato je treba na sedmo vprašanje odgovoriti, da je v okoliščinah, kakršne so v postopku v glavni stvari, koncesija za javne gradnje v smislu člena 1(3) Direktive 2004/18 izključena.

Osmo in deveto vprašanje

81 Osmo in deveto vprašanje predložitvenega sodišča je treba obravnavati skupaj. Predložitveno sodišče z osmim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali se določbe Direktive 2004/18 uporabljajo za primer, da javni organ proda zemljišče podjetju, medtem ko namerava drug javni organ oddati naročilo gradenj za to zemljišče, za njegovo oddajo pa še ni sprejel formalne odločitve. Deveto vprašanje pa se nanaša na to, ali se lahko prodaja zemljišča in poznejša oddaja naročila gradenj za to zemljišče s pravnega vidika štejeta za celoto.

82 Glede tega je pomembno, da se ne izključi takoj uporaba Direktive 2004/18 za postopek oddaje v dveh fazah, za katerega je značilna prodaja zemljišča, ki bo nato predmet naročila gradenj, pri čemer se ti transakciji štejeta za celoto.

83 Vendar pa okoliščine v postopku v glavni stvari ne potrjujejo obstoja predpostavk za tako uporabo navedene direktive.

84 Kot je v pisnih stališčih poudarila francoska vlada, se stranki v postopku v glavni stvari nista pogodbeno dogovorili za obveznosti, ki bi bile pravno zavezujoče.

85 Prvič, mesto Wildeshausen in družba GSSI nista prevzeli nobene take obveznosti.

86 Drugič, družba GSSI se ni zavezala, da bo izvedla projekt načrtovanja kupljenega zemljišča.

87 Tretjič, v notarskem zapisu prodajne pogodbe ni nikjer omenjena poznejša oddaja javnega naročila gradenj.

88 Namere, ki so razvidne iz spisa, ne pomenijo zavezujočih obveznosti in nikakor ne morejo izpolnjevati zahteve po pisni pogodbi, ki jo vsebuje sam pojem javnega naročila iz člena 1(2)(a) Direktive 2004/18.

89 Zato je treba na osmo in deveto vprašanje odgovoriti, da se v okoliščinah, kakršne so v postopku v glavni stvari, določbe Direktive 2004/18 ne uporabljajo za primer, v katerem javni organ proda zemljišče podjetju, medtem ko namerava drug javni organ oddati naročilo gradenj za to zemljišče, za njegovo oddajo pa še ni sprejel formalne odločitve.

Stroški

90 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 (tretji senat) razsodilo:

1. **Pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev ne zahteva, da bi bile gradnje, ki so predmet naročila, za naročnika materialno ali fizično izvedene, če so te gradnje izvedene v neposredno gospodarsko korist tega naročnika. To, da ta naročnik izvaja pristojnost urbanističnega urejanja, ne zadošča za izpolnitev tega zadnjega pogoja.**

2. **Pojem „javna naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 zahteva, da prevzemnik naročila neposredno ali posredno prevzame obveznost**

za izvedbo gradenj, ki so predmet naročila, in da je izvedba te obveznosti iztožljiva na podlagi podrobnih pravil, ki jih določa nacionalno pravo.

3. **„Zahteve naročnika“ v smislu tretjega primera iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18, ne morejo vsebovati samo tega, da javni organ preuči gradbene načrte, ki so mu bili predloženi, ali da sprejme odločbo v okviru izvajanja pristojnosti urbanističnega urejanja.**

4. **V okoliščinah, kakršne so v postopku v glavni stvari, je koncesija za javne gradnje v smislu člena 1(3) Direktive 2004/18 izključena.**

5. **V okoliščinah, kakršne so v postopku v glavni stvari, se določbe Direktive 2004/18 ne uporabljajo za primer, v katerem javni organ proda zemljišče podjetju, medtem ko namerava drug javni organ oddati naročilo gradenj za to zemljišče, za njegovo oddajo pa še ni sprejel formalne odločitve.**

Podpisi