

UDK: 351.712:342.393

Pregledni znanstveni članek

Uporaba pravil javnega naročanja v primeru sodelovanja med javnimi organi

mag. Njives Prelog*

1. Uvod

V praksi se pogosto dogaja, da osebe javnega prava medsebojno sodelujejo pri izvajanju nalog, za katere jim je bilo podeljeno javno pooblastilo, nekoliko manj jasen pa ostaja odgovor na vprašanje, ali so pri takšnem medsebojnem sodelovanju dolžne upoštevati tudi pravila javnega naročanja. Da bi lahko dobili odgovor na takšno vprašanje, je treba naprej razjasniti, kdaj pravno razmerje med osebami javnega prava predstavlja javno-naročniško razmerje in kdaj medsebojno sodelovanje predstavlja nepogodbeno razmerje, ki je predmet notranje organizacije države.

2. Uporaba pravil javnega naročanja in dvojna narava naročnika

Za uporabo pravil o javnem naročanju je ključnega pomena odgovor na vprašanje, kaj je to javno naročilo oziroma kaj predstavlja.

Direktiva 2014/24/EU v 5. točki prvega odstavka 2. člena definira pojem javnih naročil, in sicer da pomenijo pisno sklenjene odplačne pogodbe med

* Direktorica v družbi JNP, javna naročila, svetovanje in izobraževanje, d.o.o.

enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev. Pravila javnega naročanja se torej uporabljajo v primerih, ko gre za primer odplačne pogodbe, sklenjene med gospodarskim subjektom in naročnikom, razen če gre za naročilo, ki predstavlja izjemo, in je izvzeto iz uporabe omenjenih pravil. Navedeno pomeni, da je lahko predmet javnega naročanja tudi razmerje med dvema naročnikoma, in čeprav gre za razmerje med naročnikoma, navedeno še ne pomeni, da je le-to tudi izvzeto iz uporabe pravil o javnem naročanju. Poudariti je potrebno, da lahko isti gospodarski subjekt na trgu nastopa tako v vlogi naročnika kot v vlogi ponudnika. Slednje namreč izhaja tako iz pravne ureditve kot tudi sodne prakse.

Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju: Sodišče EU) je v zadevi **ARGE Gewässerschutz**¹ presodilo, da oseba javnega prava lahko sodelujejo v postopku oddaje javnega naročila in da razmerje med osebo javnega prava ter naročnikom sodi v okvir urejanja evropskih direktiv s področja javnega naročanja, če gre za pravno osebo, ki je formalno ločena in neodvisna glede sprejemanja odločitev od naročnika, in to ne glede na dejstvo, ali je navedena pravna oseba tudi sama naročnik.

Enako stališče glede uporabe pravil o javnem naročanju je Sodišče EU zavzelo tudi v primeru **Auroux**,² kjer je presodilo, da naročnik ni oproščen izvedbe postopkov oddaje javnih naročil gradenj tudi v primeru, ko je mogoče v skladu z nacionalnim pravom tako pogodbo skleniti le z nekaterimi pravnimi osebami, ki so same naročniki in bodo morale oddajo morebitnih nadaljnjih naročil izvesti po navedenih postopkih. Sodišče EU je torej odločilo, da je naročnik zavezan upoštevati pravila javnega naročanja tudi v primerih, ko naročilo odda drugemu naročniku, ki sicer izvedbo pogodbe v celoti prenese na podizvajalce in je pri tem zavezan upoštevati postopke oddaje javnih naročil, ker direktiva ne vsebuje določb, ki bi dopuščale odstopanja od uporabe od njenih pravil, kajti v primeru, ko drugi naročnik prenese izvajanje nadaljnjih del na podizvajalce, po oceni sodišča obstaja tveganje, da se bo zaradi vrednosti nadaljnjih naročil, ki je lahko nižja od v direktivi določenih vrednostih pragov, poskušal izogniti uporabi pravil direktive.

Navedenemu je sledila tudi nova Direktiva 2014/24/EU, ki v 10. točki prvega odstavka 2. člena določa, da »gospodarski subjekt« pomeni katero koli fizično ali pravno osebo ali javni subjekt ali skupino teh oseb in/ali subjektov, vključno z vsakim začasnim združenjem podjetij, ki na trgu ponuja izvedbo gradenj in/ali gradbenega dela, dobavo blaga ali izvedbo storitev. Pri tem iz 14. točke preambule omenjene direktive izhaja:

¹ C-94/99 *Gewässerschutz* proti Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft z dne 7. 12. 2000.

² C-220/05 *Auroux* in drugi proti Commune de Roanne z dne 18. 1. 2007.

»Pojasniti bi bilo treba, da bi morali pojem »gospodarski subjekt« razlagati dovolj široko, da bi zajemal katero koli osebo in/ali subjekt, ki na trgu ponuja izvedbo gradenj, dobavo blaga ali opravljanje storitev, ne glede na to, v kateri pravni obliki se ta oseba in/ali subjekt odloči delovati. Pojem »gospodarski subjekt« bi torej moral zajemati podjetja, podružnice, hčerinske družbe, partnerstva, zadruga, družbe z omejeno odgovornostjo, javne ali zasebne univerze in druge oblike subjektov, ki niso fizične osebe, ne glede na to, ali gre v vseh okoliščinah za »pravne osebe« ali ne.«

Pravila javnega naročanja se torej uporabijo tudi v primeru, ko naročnik odda javno naročilo gospodarskemu subjektu, ki ima status naročnika.

3. Medsebojno sodelovanje oseb javnega prava samo po sebi ni izvzeto iz uporabe pravil javnega naročanja

Ker lahko naročnik nastopa tako v vlogi ponudnika kot naročnika, se je Sodišče EU je v zadevi **Komisija proti Španiji**³ postavilo na stališče, da pogodba o medsebojnem sodelovanju med naročniki sama po sebi ne more biti izvzeta iz uporabe pravil postopka javnega naročanja.

V omenjeni zadevi je Evropska komisija zoper Španijo pred Sodiščem EU vložila tožbo, ker je ta iz zakona s področja uporabe pravil o javnem naročanju izključila sporazume o sodelovanju, sklenjene med osebami javnega prava, čeprav bi ti sporazumi lahko pomenili javna naročila v smislu Direktiv 93/36/EGS in 93/37/EGS. Po mnenju Komisije je ta absolutna izključitev pomenila nepravilen prenos Direktiv 93/36/EGS in 93/37/EGS, ker imajo nekateri sporazumi lahko enako naravo kot javna naročila teh oseb.

Sodišče EU je v zvezi z navedenim sporom najprej pojasnilo, da po opredelitvah člena 1(a) Direktiv 93/36/EGS in 93/37/EGS javno naročilo blaga ali gradenj domneva obstoj pogodbe s plačilom, ki so sklenjene v pisni obliki med ponudnikom ali izvajalcem in naročnikom, katerih predmet je nakup blaga ali izvedba določene vrste gradenj. V skladu s členom 1(a) Direktive 93/36/EGS po navedbah Sodišča EU načelno zadošča, da je bilo naročilo sklenjeno med po eni strani regionalnim organom in po drugi strani z osebo, ki je od njega pravno ločena. Kaj drugega lahko velja le tedaj, če regionalni ali lokalni organ nad zadevno osebo izvršuje nadzor, ki je podoben tistemu, ki ga izvršuje nad svojimi službami, in če ta oseba opravlja bistveni del svoje dejavnosti z regionalnim ali lokalnim organom oziroma organi, katerih del je. Zato v delu, v

³ C-84/03 *Komisija Evropskih skupnost proti Kraljevini Španiji* z dne 13. 1. 2005.

katerem s področja uporabe prečiščenega zakona a priori izključuje razmerja med javnimi organi, njihovimi osebami javnega prava in na splošen način negospodarske osebe javnega prava, ne glede na naravo njihovih razmerij, po stališču Sodišča EU Direktivi 93/36/EGS in 93/37/EGS nista bili pravilno preneseni v omenjeno špansko zakonodajo.

Vendar je nadaljnja sodna praksa pokazala, da so posamezne oblike sodelovanja med naročniki vendarle izvzete iz uporabe pravil javnega naročanja.

4. Sodelovanje med organi javnega prava, ki je izvzeto iz področja uporabe pravil javnega naročanja

Sodišče EU je torej v nadaljevanju izoblikovalo sodno prakso, na podlagi katere je določeno sodelovanje med osebami javnega prava vendarle mogoče izvzeti iz področja javnega naročanja.

Takšno stališče je Sodišča EU zavzelo v zadevi **Komisija proti Zvezni republiki Nemčiji**.⁴ Leta 1995 so štiri upravna okrožja Spodnje Saške, in sicer Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. in Stade, s službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg sklenila pogodbo o odstranjevanju odpadkov v novi sežigalnici v Rugenberger Dammu, z zmogljivostjo 320.000 ton odpadkov. Sežigalnica je bila hkrati namenjena sočasni proizvodnji električne in toplotne energije, katere gradnja naj bi bila končana štiri leta pozneje. Službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg so upravnim okrožjem na podlagi omenjene pogodbe namenile zmogljivost 120.000 ton po ceni, ki se je za vsako stranko oz. okrožje izračunala na enak način. Plačilo pa je bilo namenjeno upravljavcu obrata, sopogodbeniku službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg, s posredovanjem te službe za odvoz odpadkov. Trajanje pogodbe je bilo predvideno dvajset let. Evropska komisija je v skladu s 226. členom ES proti Zvezni republiki Nemčiji pričela neformalni postopek, najprej s pisnim opominom, v katerem je nemške oblasti opozorila, da je z neposredno sklenitvijo pogodbe o odstranjevanju odpadkov brez izvedbe postopka javnega naročanja in oddaje del na ravni Skupnosti kršila določbe Direktive 92/50 ES. Ker se Komisija s stališčem Nemčije, da omenjeno občinsko sodelovanje ni imelo učinka na trg, ker zanj predpisi o javnih naročilih niso veljali, saj se je nanašalo na dejavnost, ki sodi v delovno področje države, ni strinjala, je skladno z določbo 226 ES vložila tožbo na Sodišče EU.

⁴ C-480/06 *Komisija Evropskih skupnosti proti Zvezni republiki Nemčiji* z dne 9. 6. 2009.

Republika Nemčija je v svoj zagovor trdila, da je treba zadevne pogodbe ne stranke obravnavati v smislu, da si nudijo medsebojno upravno pomoč pri izvajanju nalog javne službe. Zato tudi služba za odvoz odpadkov mesta Hamburg naj ne bi bila obravnavana kot ponudnik storitve, ki opravlja storitev za plačilo, temveč kot oseba javnega prava, ki je odgovorna za odvoz odpadkov in ki nudi upravno pomoč sosednjim javnim skupnostim proti povračilu svojih stroškov obratovanja. Kraljevina Nizozemska in Zvezna republika Nemčija sta prav tako poudarili, da bi se moral pojem »opravljanje storitev« nanašati izključno na opravljanje storitev, ki jih subjekti lahko ponujajo na trgu pod določenimi pogoji, medtem ko vsebina zadevne pogodbe presega vsebino javnega naročila storitev, saj morajo upravna okrožja v zameno za ravnanje z odpadki v obratu v Rugenberger Dammu službi za odvoz odpadkov mesta Hamburg po dogovorjeni tarifi dati na razpolago zmogljivosti svojih odlagališč, ki jih same ne uporabljajo, z namenom odprave pomanjkanja odlagalnih zmogljivosti, s katerimi se sooča mesto Hamburg.

Komisija se s stališči Nemčije ni strinjala, ker služba za odvoz odpadkov svojih dejavnosti ni opravljala na podlagi zakona ali drugega enostranskega akta, temveč na podlagi pogodbe. Sodišče EU pa je že v zadevi **Komisija proti Španiji** (C-84/03) po njenem mnenju potrdilo, da za pogodbe o horizontalnem sodelovanju, ki jih sklenejo lokalne skupnosti, veljajo predpisi o javnih naročilih.

Sodišče je presodilo, da je v konkretnem primeru nesporno, da omenjena štiri okrožja ne izvajajo nadzora, podobnega tistemu, ki ga izvajajo nad lastnimi službami, in sicer naj bo to nad sopogodbениkom, to je službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg, ali nad upravljavcem sežigalnice v Rugenberger Dammu, ki je družba, katere osnovni kapital deloma sestoji iz zasebnih sredstev. Sodišče je pojasnilo, da sporna pogodba vzpostavlja sodelovanje med lokalnimi skupnostmi z namenom, da se izvedejo skupne javne naloge, in sicer odstranjevanje odpadkov. Namen pogodbe je bil mestu Hamburg omogočiti izgradnjo in upravljanje obrata za predelavo odpadkov pod najugodnejšimi gospodarskimi pogoji, k čemur so prispevali tudi odpadki iz sosednjih spornih upravnih okrožij, kar je omogočilo, da se doseže večjo zmogljivost (320.000 ton). Zato je bila tudi sprejeta in izvršena odločitev o izgradnji obrata šele po tem, ko so štiri upravna okrožja dosegla sporazum o uporabljanju obrata in se k temu zavezala. Predmet pogodbe je bila v glavnem zaveza službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg, da daje štirim upravnim okrožjem letno na voljo razpoložljivost 120.000 ton za sežig v obratu v Rugenberger Dammu, pri čemer pa služba za odvoz odpadkov mesta Hamburg ne prevzema nobene odgovornosti glede uporabe obrata v Rugenberger Dammu in v zvezi s tem tudi ne nudi nobenega jamstva. Ob ustavitvi ali nepravilnem delovanju obrata so njene obveznosti omejene na ponudbo nadomestnih zmogljivosti, ki pa je

pogojena v dveh pogledih. Po eni strani mora biti odstranjevanje odpadkov iz mesta Hamburg zagotovljeno prednostno in po drugi strani morajo biti na voljo zmogljivosti v drugih obratih, do katerih ima služba za odvoz odpadkov mesta Hamburg dostop. V zameno za ravnanje z odpadki v obratu v Rugenberger Dammu omenjena štiri upravna okrožja nakažejo službi za odvoz odpadkov mesta Hamburg letno plačilo, katerega način izračuna in plačila sta določena v pogodbi. Zmogljivosti dostave in prevzema odpadkov za vsak teden so dogovorjene med službo za odvoz odpadkov in pogajalcem, ki ga določijo ta upravna okrožja. Poleg tega je po ugotovitvah Sodišča EU iz pogodbe razvidno, da glede na to, da je služba za odvoz odpadkov mesta Hamburg upravičena do odškodnine, ki ji jo mora plačati upravljavec omenjenega obrata v Rugenberger Dammu, se zavezuje, da bo v primeru, da bi bila upravnim okrožjem povzročena škoda, branila interese upravnih okrožij nasproti omenjenemu upravljavcu, vključno z vložitvijo tožbe, če bi to bilo v danem primeru potrebno. Na drugi strani je pogodba določala obveznosti tudi za omenjena upravna okrožja, in sicer da morajo slednja službi za odvoz odpadkov mesta Hamburg dati na razpolago tiste zmogljivosti odlagališč, ki jih same ne uporabljajo, z namenom odprave pomanjkanja odlagalnih zmogljivosti mesta Hamburg. Zavezale so se tudi, da bodo sprejela na svoja odlagališča količine žlindre iz sežiga, ki je ni mogoče predelati, v sorazmerju z dostavljenimi količinami odpadkov. V skladu z določili pogodbe so bile pogodbene stranke zavezane po potrebi nuditi pomoč v okviru izpolnjevanja svojih zakonitih obveznosti odstranjevanja odpadkov. V primeru prezasedenosti zadevnega obrata pa so bila dolžna vsa štiri upravna okrožja zmanjšati količino dostavljenih odpadkov in s tem sprejeti omejitev svoje pravice do dostopa do sežigalnice. Opravljene storitve odstranjevanja odpadkov se je plačalo le upravljavcu obrata, kajti iz pogodbe je izhajalo, da na podlagi sodelovanja med službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg in zadevnimi štirimi upravnimi okrožji ni prišlo do drugih finančnih transakcij, razen tistih, ki ustrezajo povračilu tistega dela stroškov, ki jih nosijo upravna okrožja in jih pa upravljavcu plačala omenjena služba za odvoz odpadkov.

Sodišče EU je na podlagi navedenega zaključilo, da je sporna pogodba temelj in pravni okvir za gradnjo in bodoče izkoriščanje obrata, namenjenega izvajanju javne storitve, in sicer sežiga odpadkov. Pri tem je bila pogodba sklenjena izključno med javnimi organi, brez sodelovanja zasebnikov, in ni predvidevala postopka javnega naročanja za gradnjo in izkoriščanje obrata za ravnanje z odpadki.

Sodišče je pri presojanju spora upoštevalo, da lahko javni organ naloge v javnem interesu, ki so mu naložene, izvaja z lastnimi sredstvi in se ni dolžan obrniti na zunanje subjekte, ki niso del njegovih služb, in da jih lahko izvaja v

sodelovanju z drugimi javnimi organi, kakor to izhaja iz sodbe v zadevi *Coditel Brabant*⁵.

Komisija je na obravnavi pojasnila, da če bi sodelovanje, ki je tu obravnavano, potekalo v obliki ustanovitve osebe javnega prava, ki bi ji različne zadevne skupnosti naložile izvajanje naloge v javnem interesu – odstranjevanja odpadkov –, bi se strinjala, da za uporabo obrata od zadevnih upravnih okrožij ne veljajo pravila o javnih naročilih. Vendar meni, da ker takšne medobčinske zadruge ni, bi morale biti naročilo, sklenjeno med službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg in zadevnimi upravnimi okrožji, predmet javnega razpisa.

Sodišče EU je izpostavilo, da pravo Skupnosti javnim organom ne nalaga, da morajo za skupno zagotovitev opravljanja nalog javnih storitev uporabiti posebne pravne oblike. Takšno sodelovanje med javnimi organi po mnenju sodišča ne more spodkopati glavnega namena pravil Skupnosti na področju javnih naročil, in sicer prostega pretoka storitev ter proste in neizkrivljene konkurence v vseh državah članicah, če je izvajanje takšnega sodelovanja urejeno izključno na podlagi zahtev, ki so lastne uresničevanju ciljev v javnem interesu, in če je načelo enakega obravnavanja zainteresiranih strank iz Direktive 92/50/EGS zagotovljeno, tako da nobeno zasebno podjetje ne bi bilo postavljeno v položaj, ki bi mu dajal prednost pred tekmeci.

Glede konkretnega primera je Sodišče EU zaključilo, da iz nobenega dejstva iz spisa ne izhaja, da bi v tej zadevi zadevne lokalne oblasti uporabile konstrukt, katerega namen bi bil obiti predpise o javnih naročilih, zato je tožbo Komisije zavrnilo.

4.1. VSEBINSKI PRISTOP

Sodišče EU se je v omenjeni sodbi, s katero je izvzelo medsebojno sodelovanje oseb javnega prava iz uporabe pravil javnega naročanja zavzelo za vsebinski pristop. Kar pomeni, da sklenitev medsebojne pogodbe še ne pomeni tudi sklenitve javno-naročniškega razmerja, temveč je bistvena vsebina takšnega razmerja, ki ima prednost pred obliko razmerja. Z vsebinskim pristopom je Sodišče EU skušalo zajeti vse možne notranje organizacijske oblike držav članic pri izvrševanju javnih nalog. Na ta način je sodišče sledilo Lizbonski pogodbi, ki je stopila v veljavi 1. decembra 2009 in s katero je bila v primarni zakonodaji Evropske unije prvič priznana pravica do regionalne in lokalne samouprave (člen 4(2) Pogodbe o Evropski uniji)⁶. Zato je tudi Sodišče EU v številnih sodbah

⁵ C-324/07 *Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle in Région de Bruxelles-Capitale ob udeležbi Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélél)* z dne 13. 11. 2008.

⁶ Resolucije Evropskega parlamenta z dne 18. 5. 2010 o novostih na področju javnih naročil (2009/2175(INI)) (v nadaljevanju: resolucija evropskega parlamenta), na voljo na <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0173+0+DOC+XML+V0//SL>>.

opozorilo na pravico do lokalne samouprave ter na to, da »javni organ [...] lahko naloge v javnem interesu, ki so mu naložene, izpolni z lastnimi [...] sredstvi [in tudi] v sodelovanju z drugimi javnimi organi«. Navedenemu je sledila tudi Komisija, ki je, kakor izhaja iz resolucije, pojasnila, da zakonodaja o javnih naročilih ne velja za vsako dejanje javnih organov in da dokler določbe evropskega prava ne zahtevajo, da se ustvari tržišče na določenem področju, se države članice lahko odločajo, ali in v kolikšni meri želijo same izvajati javne funkcije. V resoluciji evropskega parlamenta je bilo prav tako poudarjeno, da zaključki v obravnavani sodbi Sodišča EU ne veljajo neposredno samo za sodelovanje med lokalnimi organi, pač pa je njihova veljavnost splošna, kar pomeni, da jih je mogoče uporabljati za sodelovanje tudi med drugimi javnimi naročniki.

Navedena odločitev je povzročila veliko sprememb v pravni teoriji, saj je v marsikateri državi članici zaradi sodbe *Komisija proti Španiji* (kjer je sodišče presodilo, da je bila direktiva napačno implementirana, ker je bila predvidena izjema od uporabe pravil javnega naročanja za pravna razmerja med državnimi organi, njihovimi javnimi telesi in z lokalno skupnostjo, njihovimi organi in z drugimi javnimi organi) prevladovalo mnenje, da je takšno sodelovanje možno le med tistimi osebami javnega prava, ki se v okviru notranje organizacije države nahajajo na isti ravni. Tako so na Švedskem navedeno sodbo interpretirali na način, da morajo občine in okrožja najprej izvesti postopke javnega naročanja, če želijo skleniti medsebojno pogodbo o sodelovanju, in to ne glede na njeno vsebino oz. na vsebino njihovega sodelovanja. Medtem ko so bili na drugi strani državni organi oproščeni takšnih obveznosti, ne glede na to, kakšen vpliv je imela sklenitev takšne pogodbe na konkurenco, in ne glede na to, ali so bili pogoji za Teckal doktrino sploh izpolnjeni. Veljalo je namreč prepričanje, da so vsi državni organi sestavni del iste pravne osebe, ne glede na to, koliko so pri svojem ravnanju lahko neodvisni, medtem ko so imele občine in okrožja položaj ločene pravne osebe.⁷

Na drugi strani je v Nemčiji, ki ima sodelovanje med občinami prav tako zakonsko urejeno (*Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG) NW*)⁸) v obliki institucionalnega in ne-institucionalnega sodelovanja, v sodni praksi za horizontalno sodelovanje oz. medsebojno sodelovanje občin pred sprejemom predmetne sodbe veljajo, da je podvrženo pravilom javnega naročanja. V praksi je zaradi navedenega prihajalo do neskladja glede uporabe pravil o javnem naročanju. V primeru, ko so občine ustanovile pravni subjekt, jim zaradi *in-house* izjeme oz. institucionalnega sodelovanja pravil javnega naročanja ni bilo potrebno uporabiti, na drugi strani pa, če so za izvršitev istih nalog skle-

⁷ Kristian Pedersen in Erik Olsson: *Commission v Germany: A New Approach on In-house Providing?*, v: *Public Procurement Law Review*, št. 1/ 2010, str. 41.

⁸ Zakon o delu lokalne skupnosti.

nile zgolj medsebojni sporazum, so bile postopek javnega naročanja zavezane uporabiti. Opisano neskladje je bilo s predmetno sodbo odpravljeno, s čimer je nova oblika sodelovanja postala alternativa javno-zasebnemu partnerstvu⁹.

EU je z navedeno sodbo torej oblikovalo novo obliko in-house razmerja v obliki sodelovanja med naročniki, gre za t. i. neinstitucionalizirano/horizontalno sodelovanje naročnikov. Navedena izjema ne temelji na izvrševanju kontrole oz. na obvladovanju drug drugega, kakor to velja za »običajno« in-house oz. vertikalno razmerje, ampak gre za razmerje, v katerem so vsi naročniki medsebojno neodvisni. Sodišče EU je medsebojno primerjalo vsebino pogodbenega sodelovanja oz. razmerja med naročniki in primerom sodelovanja, ko naročniki za ta namen ustanovijo pravno osebo, in ugotovilo, da med obema primeroma ni vsebinske razlike. Ker osebe javnega prava po evropskem pravu za izvrševanje nalog, ki so v javnem interesu, pravnih subjektov niso zavezane ustanavljati, je Sodišče EU zavzelo stališče, da tudi ugotavljanje obstoja in-house razmerja ne sme biti odvisno od tega, ali je bil pravni subjekt ustanovljen ali ne.

5. Primeri, ko ne gre za horizontalno sodelovanje, vendar so prav tako izvzeti iz uporabe direktiv

Na drugi strani se v praksi pojavljajo tudi primeri, ko medsebojno sodelovanje med organi ne temelji na pogodbeni podlagi, ampak gre za primere »sodelovanja«, v katerih se javni organi ne morejo svobodno odločati o tem, ali bodo lahko pri izvršitvi nalog sodelovali ali ne, ampak so zavezani to storiti bodisi na podlagi zakona bodisi pooblastil, ki jih imajo.

Več javnih organov lahko ustanovi nov subjekt in določeno nalogo v celoti prenese nanj. V takem primeru javni organi ne ohranijo nikakršnega nadzora nad izvajano storitvijo, ki jo novi subjekt opravlja popolnoma neodvisno in na svojo odgovornost. Tak prenos javnih nalog spada na področje notranje javno-upravne ureditve zadevne držav članice. V tem primeru ne gre za opravljanje storitve, zato se ne uporabljajo niti Pogodba niti direktivi¹⁰.

Takšen primer je primer Nemčije, v katerem se je Komisija, kljub temu da so štiri nemške občine v North Rhine-Westphalia (Langerwehe, Inden, Linnich in Würselen) storitve odlaganja odpadkov oddale združenju, ki so ga za ta namen ustanovile, brez izvedbe postopka javnega naročanja, odločila, da Nemčije pred Sodiščem EU ne bo tožila. Kot že rečeno, Evropska komisija se je glede

⁹ Norbert Portz: Die alternative zur Privatisierung interkommunale Zusammenarbeit am beispiel des Vergaberechts. Publicus 2011.

¹⁰ Navodila za uporabo pravil Evropske unije o državni pomoči, javnih naročilih in notranjem trgu za storitve splošnega gospodarskega pomena, zlasti storitve splošnega pomena na področju socialne varnosti, SWD(2013) 53 final/2 z dne 29. 4. 2013, str. 106.

navedenega primera postavila na stališče, da v primeru popolnega prenosa javnih nalog z enega javnega organa na drugega z namenom, da jih slednji izvaja samostojno, neodvisno in na svojo lastno odgovornost, ni mogoče šteti, da gre za opravljanje storitev za plačilo v smislu 49. člena PES.¹¹ Takšen prenos javnih nalog predstavlja po stališču Komisije akt notranje organizacije javne uprave države članice, zato kot tak tudi ni predmet urejanja evropskega prava in njegovih svoboščin.¹²

Prenos pristojnosti za izvedbo določene naloge javnega značaja z enega javnega organa na drugega torej pomeni prenos tako javne oblasti kot vseh povezanih gospodarskih dejavnosti. Tako na področju ravnanja z odpadki prenos vseh pristojnosti pomeni prenos pravice določanja cen, predpisov za zbiranje, razvrščanje, shranjevanje in obdelavo odpadkov kot tudi pravice upravljanja in izvedbe naloge v skladu s temi predpisi. Vse te pravice namreč tvorijo javno oblast. Del teh pravic je pravica določiti, kako je treba izvajati konkretne gospodarske dejavnosti, potrebne za izpolnitev naloge javnega značaja (npr. zbiranje, prevoz, shranjevanje, odlaganje in reciklaža odpadkov), tj. ali mora te dejavnosti izvesti javni organ sam ali tretja oseba, ki jo je ta organ pooblastil.¹³

Na drugi strani organ, ki prenaša pristojnost, pri tem ne zadrži pravice določanja izvajanja gospodarskih dejavnosti v okviru zadevne naloge javnega značaja. Take gospodarske naloge se torej izvajajo v pristojnosti organa, na katerega so bile prenesene pristojnosti, vendar to ne izključuje možnosti, da organ, ki prenaša pristojnosti, v določeni meri vpliva na konkretno organizacijo izvajanja zadevne naloge javnega značaja. V praksi so uradniki javnega organa, ki prenaša pristojnosti, lahko člani izvršnega odbora ali upravljalnega odbora organa, na katerega je bila prenesena pristojnost za izvedbo zadevne naloge javnega značaja. Organ, ki prenaša pristojnost, lahko prav tako zadrži pravico do prejemanja nekaterih informacij.¹⁴

Naslednji takšen primer je, ko ima sodelovanje med naročniki podlago v večji ali manjši meri v stalni (re)organizaciji določenega področja, kar kaže na to, da je le-to bolj posledica notranje (re)organizacije notranje javne uprave v posamezni državi članici kot pa pogodbenega razmerja v smislu pravil javnega naročila.

¹¹ Sedaj 56. člena PDEU.

¹² EC Public Procurement Related Infringement Cases, na voljo <https://www.bipsolutions.com/docstore/pdf/04_infringementcases_v3.pdf>.

¹³ Evropska komisija: Delovni dokument služb Komisije o uporabi prava EU o javnem naročanju za odnose med naročniki (»sodelovanje med javnimi subjekti«), Neuradni prevod dokumenta SEC (2011), 1169 konč., z dne 4. 10. 2011, str. 18.

¹⁴ Evropska komisija: Delovni dokument služb Komisije o uporabi prava EU o javnem naročanju za odnose med naročniki (»sodelovanje med javnimi subjekti«), Neuradni prevod dokumenta SEC (2011), 1169 konč., z dne 4. 10. 2011, str. 19.

Gre za primer, kjer razmerje med osebo javnega prava in ponudnikom ne temelji zgolj na trajnem pogodbenem razmerju, ampak predstavlja primer, kjer izvajalec izvaja določene naloge kot svoje, torej neodvisno od javnega organa, v svoji pristojnosti.¹⁵ Navedeno je bilo tudi predmet spora pred Sodiščem EU.

V zadevi **Komisija proti Irski**¹⁶ je Dublin City Council (v nadaljevanju: DCC), ki je bil odgovoren za gasilske storitve v Dublinu, opravljal tudi storitve nujnih prevozov z reševalnimi vozili v delu območja, ki ga je pokrival Eastern Regional Health Authority (v nadaljevanju: zdravstveni organ) v Dublinu. Te storitve je kot zdravstveni organ zagotavljal do leta 1960, nato pa kot lokalni organ v okviru svoje stalne storitve protipožarnega varstva. East Coast Area Health Board, ki je posebni organ zdravstvenega organa, pristojen za področje zdravja, in ki svoje naloge izvršuje na podlagi pooblastila zdravstvenega organa, na podlagi 65. člena Health Act kot finančno podporo opravljanju storitev nujnih prevozov z reševalnimi vozili, na letni ravni DCC izplačuje zneske, katerih končna višina se določi na podlagi pogajanj med DCC in tem organom. Ta znesek po ugotovitvah Sodišča EU predstavlja del stroškov DCC za opravljanje zadevnih storitev. Eastern Health Board in Dublin Corporation Fire Brigade sta junija leta 1998 sestavila osnutek pogodbe glede opravljanja storitev nujnih prevozov z reševalnimi vozili, ki je vseboval načine financiranja med tema subjektoma, in poročilo o upravljanju javnih sredstev v zvezi s takim osnutkom. Zoper ta osnutek pogodbe je bila pri Komisiji vložena pritožba, v kateri je bilo zatrjevano, da bi osnutek pogodbe moral biti predhodno objavljen v skladu z zahtevami iz Direktive 92/50/EGS. Komisija je zoper Irsko sprožila postopek zaradi neizpolnitve obveznosti iz člena 226 ES, ker je bi dogovor za opravljanje storitev nujnih prevozov z reševalnimi vozili za zdravstveni organ sklenjen brez predhodne objave. Sodišče EU je presodilo, da iz spisovne dokumentacije izhaja, da nacionalna zakonodaja tako zdravstveni organ kot DCC pooblašča za izvrševanje storitev nujnih prevozov z reševalnimi vozili, kajti na podlagi 25. člena Fire Services Act 1981 lahko organ za protipožarno varstvo izvede vse nujne posege ali pa pri njih sodeluje, ne glede na to, ali obstaja nevarnost požara, in temu ustrezno sprejme takšne ukrepe za reševanje ali varnost oseb in zaščito premoženja, ki jih šteje za primerne v ta namen. V skladu z 9. členom istega zakona pa je lokalni organ, kot je DCC, pristojni organ glede storitev protipožarne varnosti. Pri tem je DCC od leta 1899 do leta 1960 zagotavljal storitve nujnih prevozov z reševalnimi vozili kot zdravstveni organ, nato je deloval kot lokalni organ in na podlagi 25. člena Fire Services Act 1981 te storitve opravljal v sklopu svoje stalne storitve protipožarne varnosti. Upošteva se navedeno, je

¹⁵ Janicke Wiggan: Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law, v: Public Procurement Law Review, št. 5/2011, str. 165.

¹⁶ C-532/03 – *Komisija proti Irski* z dne 18. 12. 2007.

Sodišče EU zaključilo, da ni mogoče izključiti, da DCC take storitve javnosti zagotavlja v okviru svojih zakonsko določenih pristojnosti in ob uporabi lastnih sredstev, čeprav za ta namen prejema prispevek s strani zdravstvenega organa, ki pokriva del stroškov za te storitve. Po stališču Sodišča EU pa niti trditve Komisije niti predložene listine ne dokazujejo, da naj bi šlo za oddajo javnega naročila, glede na to, da ni mogoče izključiti, da DCC storitve nujnih prevozov z reševalnimi vozili opravlja v okviru lastnih pristojnosti, neposredno določenih z zakonom. Sicer pa zgolj obstoj mehanizma za financiranje takih storitev med dvema javnima subjektoma po presoji Sodišča EU ne pomeni, da gre pri opravljanju zadevnih storitev za oddajo javnih naročil, kar bi bilo treba presojati glede na temeljna pravila pogodbe.

Po mnenju Sodišča EU zgolj dejstvo, da je bila med različnima naročnikoma izvedena finančna transakcija, še ne dokazuje, da med njima obstoji tudi pogodba oz. pogodbeno razmerje. Obrazložitev sodbe temelji na dejstvu, da je DCC izvajal storitve na podlagi zakonskih pooblastil, ki so izhajala iz Fire Services Act, in da je za te storitve proporcionalno nosil tudi del stroškov, na podlagi česar je Sodišče EU tudi zaključilo, da ne more biti izključeno, da DCC take storitve javnosti zagotavlja v okviru svojih zakonsko določenih pristojnosti in ob uporabi lastnih sredstev, čeprav za ta namen prejema prispevek s strani zdravstvenega organa, ki pokriva del stroškov za te storitve. V konkretnem primeru torej ni šlo za pogodbeno razmerje, ker je DCC storitve nujnih prevozov z reševalnimi vozili opravljal v okviru lastnih pristojnosti in na podlagi lastne iniciative.

Na podlagi navedenega je mogoče zaključiti, da kadar imamo opravka s prenosom celotne odgovornosti z ene osebe javnega prava na drugo osebo za izvedbo naloge, v takšnem primeru ne bo šlo za pogodbeno razmerje v smislu javno naročniške direktive, za razliko od primera, ko ponudnik opravi določeno nalogo za naročnika torej po njegovih navodilih, pri čemer je naročnik še vedno tisti, ki je odgovoren za izvajanje storitev. V prvem primeru namreč javni organ kot izvajalec storitve storitve ne izvaja za naročnika v zameno za plačilo, ampak storitev izvršuje iz razloga, ker mu je bila podeljena kot naloga oz. funkcija javne uprave. Takšna oblika sodelovanja je izključena iz uporabe direktive, ne glede na to, ali predstavlja in-house sodelovanje, pač pa zato, ker gre pri prenosu naloge z enega organa na drugi organ za politično in ekonomsko odločitev, kar je pravica vsake države članice do samo-organizacije¹⁷.

Javni organi lahko skupaj izvedejo postopek oddaje javnega naročila. Tako lahko eden izmed njih začne postopek v svojem imenu ali v imenu drugega javnega organa, če ga ta pooblasti. Pravila na področju javnih naročil se torej upo-

¹⁷ Janicke Wiggen: Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law, v: Public Procurement Law Review, št. 5/2011, str. 167.

rabljajo za postopek, ki ga javni organ začne v svojem imenu ali v imenu enega ali več javnih organov, ne uporabljajo pa se za sodelovanje med javnimi organi.

Naročniki lahko nabavijo gradnjo, blago in storitve od osrednjega nakupovalnega organa ali z njegovo pomočjo. Iz delovnega dokumenta služb Komisije¹⁸ izhaja, da lahko centralni nabavni organi delujejo kot trgovci na debelo (v tem primeru nabavljajo, da lahko organi nabavljajo od njih) ali pa kot posredniki, ki so odgovorni za postopke oddaje javnih naročil in upravljanje pogodb, tako da lahko drugi naročniki naročajo preko njih. V obeh primerih postopek javnega naročanja zaradi odnosa med centralnim nabavnim organom in naročniki, ki od njega nabavljajo oziroma naročajo, ni potreben pod pogojem, da centralni nabavni organ svoja javna naročila odda v skladu z ustrezno direktivo EU o javnem naročanju.

Naročnik pa lahko kupuje blago, storitve ali gradnje tudi preko drugega naročnika kot svojega zastopnika. Gre za primere, ko naročnik uporabi drugega naročnika ali osebo javnega prava za vodenje postopka oddaje javnega naročanja, pri čemer je naročnik tisti, ki je pogodbeni stranka sklenjene pogodbe o javnem naročilu. V takšnih primerih javni naročniki, ki oddajo javno naročilo storitev za zagotavljanje centraliziranih nabavnih dejavnosti osrednjemu nabavnemu organu ni potrebno spoštovati javno naročniških pravil, kakor to tudi izhaja iz 70. točke preambule Direktive 2014/24/EU.

Vendar je na drugi strani v primeru zastopanja potrebno paziti na vsebino pravnega razmerja, kajti zastopanje ima lahko naravo javnega naročila storitev. V takšnem primeru je potrebno za izbiro zastopnika upoštevati pravila javnega naročanja. Navedeno izhaja iz sodbe **Komisija Evropskih skupnosti proti Francoski republiki**,¹⁹ v kateri je Sodišče EU presodilo, da pooblastilo za zastopanje investitorja gradnje predstavlja javno naročilo v smislu a) točke 1. člena Direktive 92/50/EES.

Predmet spora se je nanašal na francoski zakon, ki je urejal organizacijo in javno investiranje gradenj. Uporabljal se je za izvajanje vseh gradenj zgradb ali infrastrukture ter za industrijske objekte za njihovo izkoriščanje, kadar so bili investitorji gradenj država, javni subjekti ali nekateri zasebni subjekti. V tem okviru je lahko investitor gradnje sklenil pogodbo o zastopanju brez izvedbe postopka javnega naročanja, pri čemer je bila naloga zastopanja investitorja gradnje pridržana izčrpanemu seznamu pravnih oseb francoskega prava. Del teh oseb so bili naročniki v smislu b). točke 1. člena omenjene direktive. Francoska vlada je v svojem zagovoru trdila, da naročilo zastopniku investitorja

¹⁸ Evropska komisija: Delovni dokument služb Komisije o uporabi prava EU o javnem naročanju za odnose med naročniki (»sodelovanje med javnimi subjekti«), Neuradni prevod dokumenta SEC (2011), 1169 konč., z dne 4. 10. 2011.

¹⁹ C-264/03 *Komisija Evropskih skupnosti proti Francoski republiki* z dne 20. 10. 2005.

gradnje, ki ga predvideva zakon št. 85-704, ni gospodarska pogodba in zato ne spada na področje uporabe Direktive 92/50. Ker naj bi zastopnik sodeloval pri nalogi splošnega pomena, ga ni mogoče šteti za ponudnika storitev. Zastopal naj bi investitorja gradnje, kar naj bi bil v bistvu namen pooblastila. Pri tem naj bi bila nanj prenesena pooblastila, ki vključujejo pravico odločanja. Naloga zastopanja naj bi bila neločljiva od vseh dejanj, ki jih zastopnik opravi za račun pooblastitelja. Za zastopnika, ki izvršuje svoja pooblastila, ki so v bistvu pooblastila naročnika, veljajo direktive Skupnosti o javnih naročilih. Sodišče zagovoru ni sledilo in je pojasnilo, da osebe, ki se jim lahko poverijo pooblastila zastopnika investitorja gradnje, se lahko štejejo za »ponudnike storitev«, če pooblastila, ki so jim podeljena z naročilom zastopniku investitorja gradnje na podlagi člena 3 zakona št. 85-704, ustrezajo opravljanju storitev v smislu prava Skupnosti, in sicer gre za prisotnost sklenitev pisne odplačne pogodbe med ponudnikom storitev in naročnikom. Sodišče je glede konkretnega primera presodilo, da so podani elementi pogodbenega razmerja izpolnjeni, saj iz 3. člena zakona št. 85-704, ki našteva pooblastila, ki jih investitor gradnje sme poveriti zastopniku, izhaja, da naročilo zastopniku investitorja gradnje ni le pogodba, s katero se zastopnik obveže zastopati investitorja gradnje. Omenjena pooblastila obsegajo različne naloge, ki se ujemajo s storitvami upravnega in tehničnega svetovanja in z nalogami, katerih predmet je zastopanje investitorja gradnje in sodijo v seznam storitev v priloge A in B. Razlikovati je namreč potrebno med nalogami zastopanja, kot je podpisovanje pogodb, sklenjenih v imenu investitorja gradnje na eni strani, in storitvami, ki jih za plačilo opravi zastopnik za investitorja gradnje na drugi strani²⁰. Nadalje je sodišče presojalo, ali se z naročilom na zastopnika investitorja prenese javna oblast, kajti obstoj takega prenosa izključuje uporabo omenjene direktive. Sodišče EU je ugotovilo, da čeprav je zastopnik pooblaščen, da podpiše pogodbe o izvedbi projekta in gradbenih del v imenu investitorja gradnje, ni dovolj samostojen pri izvrševanju teh dejanj, da bi se ga lahko štelo kot upravičenca prenosa javne oblasti. Na podlagi 2. člena spornega zakona investitor gradnje kot glavna odgovorna oseba opravlja nalogo splošnega pomena, ki se ji ne more odreči. Poleg tega sme ukrepati le po odobritvi investitorja gradnje, plačilo izvajalcem storitev in gradbenikom zagotovi investitor gradnje, zastopnik v naprej izplača le sredstva, ki mu jih povrne investitor gradnje. Če ne gre za prenos javne oblasti, se zastopnikove naloge obravnavajo le kot storitev, zaradi česar je sodišče presodilo, da na podlagi navedenih okoliščin naročila zastopniku investitorja gradnje, katerih predmet so naloge, ki vključujejo nalogo zastopanja investitorja gradnje, sodijo v člen 9 Direktive 92/50 in njeno prilogo I B.

²⁰ 48. točka sklepnega predloga M. Poiaresa Madura v zadevi C-264/03 *Komisija Evropskih skupnosti proti Francoski republiki*.

6. Sklepno

Pri presoji, ali »sodelovanje« organov predstavlja javno naročniško razmerje ni odvisno od oblike razmerja, torej ali gre za pogodbeno razmerje ali to temelji na pravnem predpisu, temveč je potrebno vsakokrat preučiti notranjo vsebino razmerja. Kajti dejstvo, da določena oseba javnega prava deluje na podlagi pravnega predpisa, še ne pomeni, da v razmerju do druge osebe javnega prava deluje tudi nepogodbeno in obratno če je med njima sklenjena pogodba ali sporazum o medsebojnem sodelovanju, navedeno še ne pomeni, da gre tudi po vsebini za pogodbeno razmerje. Na obstoj pogodbenega razmerja zlasti kažejo okoliščine, ko se lahko ena oseba javnega prava z drugo pogaja o konkretni vsebini storitev, ki jih bo opravljala, in o njihovi ceni ter o možnosti, da se razbremeni odgovornosti, ki izhajajo iz sporazuma o sodelovanju. Če sodelovanje med javnimi organi zahteva določeno stopnjo kompromisa, bo veliko večja verjetnost, da sodelovanje predstavlja pogodbeno razmerje, kar pa pomeni, da je njuno medsebojno razmerje podvrženo pravilom javnega naročanja.