

HORIZONTALNO SODELOVANJE (DOKTRINA HAMBURG) KOT OMEJITEV UPORABE PRAVIL O JAVNEM NAROČANJU TER PODELJEVANJU KONCESIJSKIH POGODB Z VIDIKA PRAVA EU IN NACIONALNEGA PRAVA

Aleksij Mužina,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent na MLC
Fakulteti za management in pravo Ljubljana, odvetnik v Odvetniški pisarni
Mužina, Žvipelj in partnerji, d. o. o.*

Žiga Rejc,

*magister poslovnih ved, univerzitetni diplomirani pravnik, asistent na
Fakulteti za državne in evropske študije, odvetniški kandidat v Odvetniški
pisarni Mužina, Žvipelj in partnerji, d. o. o.*

1. UVOD

V zvezi z odplačno pogodbo med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katere predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev, je treba praviloma izvesti ustrezen postopek javnega naročanja v skladu z Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES,¹ Direktivo 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES² oziroma z Zakonom o javnem naročanju (ZJN-3).³ Vendar pa je Sodišče EU s svojo prakso, ki je bila pozneje z vsebinsko identičnimi

¹ Ur. l. EU L 94, 28. marec 2014, str. 65–242.

² Ur. l. EU L 94, 28. marec 2014, str. 243–374.

³ Ur. l. RS, št. 91/15.

določbami poleg obeh direktiv o javnem naročanju kodificirana tudi z Direktivo 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb⁴ – na tej podlagi pa prenesena v ZJN-3, ki je začel veljati lani – izoblikovalo dve situaciji, ki uporabo pravnih pravil javnega naročanja kljub izpolnitvi vseh temeljnih pogojev, ki jih zajema opredelitev javnega naročila, izključujeta. Gre za t. i. *in-house* razmerja (vertikalnega) sodelovanja ter t. i. horizontalna sodelovanja. Analizi slednjih, ki so bila tudi časovno vzpostavljena pozneje, je namenjen ta članek.

Pomen tega članka je v dejstvu, da so bile vse tri omenjene direktive pri »povzemanju« sodne prakse Sodišča EU ob njenemu inkorporiranju v besedilo pravzaprav identičnega (le enega) odstavka člena besedila,⁵ dokaj jedrnate, zato je treba njihove določbe – ter posledično določbe ZJN-3 – nujno razlagati v luči zadevnih odločb Sodišča EU. Pri tem ne gre spregledati niti dejstva, da je pomemben del sodne prakse Sodišča EU, ki tudi pripomore k osvetlitvi posameznih relevantnih vidikov, nastal šele naknadno, torej po oblikovanju predloga besedila (in kasnejšem sprejetju) predmetnih Direktiv.

Prav tako je treba poudariti, da se besedilo ZJN-3, ki se nanaša na horizontalno sodelovanje, nekoliko razlikuje od omenjenih treh direktiv, zato je treba posebno pozornost nameniti tudi nekaterim razlikam nacionalnega prava v primerjavi s pravom EU. Še posebej ta članek izvirno izpostavlja in kritično analizira določbe aktualnega predloga Zakona o podeljevanju koncesij,⁶ pri katerem so prisotne nekatere poenostavitve v primerjavi z določbami Direktive 2014/23/EU, ki bi lahko, če bodo sprejete v predlagani obliki, nasprotovale zavezam Republike Slovenije kot državi članici EU po lojalnemu sodelovanju pri doseganju ciljev, postavljenih z Direktivo 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb.

Ta članek je sestavljen iz dveh vsebinskih sklopov. V prvem je prikazana relevantna praksa Sodišča EU glede razlage nekaterih temeljnih pojmov, ki sestavljajo opredelitev javnega naročanja, s posebnim poudarkom na vprašanju razlage v primerih, ko taki projekti presegajo nacionalne okvire. Drugi del pa se osredinja na pogoje, ki jih je Sodišče EU glede posamezne določbe predmetnega besedila vseh treh direktiv izoblikovalo v zvezi s situacijo horizontalnega sodelovanja, pri čemer je poudarjena že omenjena razlika med besedili vseh treh direktiv in ZJN-3 ter predlogom Zakona o podeljevanju koncesij.

⁴ Ur. l. EU L 94, 28. marec 2014, str. 1–64.

⁵ Glede na dejstvo, da je besedilo, ki neposredno ureja horizontalno sodelovanje, v vseh treh zadevnih direktivah pravzaprav identično, se v interesu večje preglednosti besedila članka glavno besedilo v nadaljevanju sklicuje predvsem le na Direktivo 2014/24/EU o javnem naročanju, sklici na drugi dve direktivi pa so praviloma v opombah.

⁶ EVA: 2017-1611-0001.

2. OBVEZNOSTI UPORABE POSTOPKOV JAVNEGA NAROČANJA PRI SKLEPANJU POGODB (V RAZMERJIH Z MEDNARODNIM ELEMENTOM)

Direktiva 2014/24/EU v 5. točki prvega odstavka 2. člena ter ZJN-3 v 1. točki prvega odstavka 2. člena javno naročilo opredeljujeta popolnoma enako, in sicer kot pisno sklenjeno odplačno pogodbo med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katere predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev.⁷ Direktiva 2014/23/EU pa v 1. točki prvega odstavka 5. člena posebej razlikuje med pojmom (a) koncesije za gradnje in (b) koncesije za storitve. Koncesija za gradnje pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov izvedbo gradenj zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe gradenj, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom; koncesija za storitve pa pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov opravljanje in upravljanje storitev, razen izvajanja gradenj iz točke a, zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom.⁸

Ob teh izhodiščnih ugotovitvah je treba najprej odgovoriti na vprašanje, za katere (zadevne) pogodbe je treba uporabiti pravila javnega naročanja oziroma pravila o podeljevanju koncesijskih pogodb.⁹

⁷ Direktiva 2014/25/EU v 1. točki prvega odstavka 2. člena identično opredeljuje »naročilo blaga, storitev ali gradenj«.

⁸ Tukaj naj poudariva ključno vsebinsko razliko med javnimi naročili in koncesijami, kot jo obrazloži Direktiva 2014/23/EU v 18. točki preambule: »Glavna značilnost koncesije, tj. pravica do uporabe gradenj ali storitev, vedno pomeni prenos gospodarskega operativnega tveganja na koncesionarja, kar lahko tudi pomeni, da naložbe in stroški, ki nastanejo pri izvajanju gradenj ali storitev, pod običajnimi pogoji delovanja ne bodo v celoti povrnjeni, čeprav del tveganja še vedno nosi javni naročnik ali naročnik. Uporaba posebnih pravil, ki urejajo podeljevanje koncesij, ne bi bila upravičena, če bi razbremenil gospodarskega subjekta morebitnih izgub tako, da bi mu jamčil minimalne prihodke, ki bi bili enaki ali višji od naložb in stroškov, ki so gospodarskemu subjektu nastali pri izvajanju pogodbe. Hkrati bi bilo treba pojasniti, da bi bilo treba nekatere ureditve, ki jih izključno poplača javni naročnik ali naročnik, uvrstiti med koncesije, če je povrnitev naložb in stroškov, ki so gospodarskemu subjektu nastali pri izvedbi gradnje ali opravljanju storitve, odvisna od dejanskega povpraševanja po storitvah ali sredstvih oziroma od njihove dobave.«

⁹ Pri tem naj že tukaj poudariva, da so pravna razmerja, ki jih lahko v skladu s pogoji, predstavljenimi v nadaljevanju, opredelimo kot horizontalno sodelovanje, kot bo tudi posebej poudarjeno, izvzeta od uporabe pravil o javnem naročanju oziroma o podeljevanju koncesij. Zato za predmetne pogodbe ni relevanten vrednostni prag, kot ga določajo Direktiva 2014/24/EU v 4. členu, Direktiva 2014/15/EU v 15. členu in Direktiva 2014/23/

2.1. Odplačnost pogodbe

Pravila o javnem naročanju veljajo (le) za odplačne pogodbe. Pri tem je treba poudariti, da je treba za pogodbo šteti, da je sklenjena odplačno v smislu pravil o javnem naročanju, tudi če je določeno plačilo omejeno (le) na povračilo stroškov, ki so nastali zaradi dobave dogovorjene storitve;¹⁰ oziroma, povedano drugače, pogodba ne more biti izključena s področja javnih naročil le zaradi dejstva, ker je plačilo stroškov zanjo omejeno na povračilo stroškov, ki so nastali zaradi te storitve.¹¹ Kadar take pogodbe sklepajo javni naročniki, je treba upoštevati postopke, ki jih določajo omenjene tri direktive in ZJN-3. Pogodba, sklenjena v nasprotju s pravili javnega naročanja, je v skladu z izrecno zakonsko določbo namreč nična.¹²

2.2. Pojem javnega naročnika

Kot izhaja tudi iz predstavljene opredelitve, pogodbe o javnem naročanju sklepajo javni naročniki. Te Direktiva 2014/24/EU na splošno opredeljuje v 1. točki prvega odstavka 2. člena, v kateri navaja, da javni naročniki pomenijo državne, regionalne ali lokalne organe, osebe javnega prava ali združenja enega ali več takih organov oziroma enega ali več takih oseb javnega prava.¹³

Pri tem se je Sodišče EU že v sodbi v zadevi C-31/87 z dne 20. septembra 1988 opredelilo, da je treba pojem države razlagati v funkcionalnem smislu. V sodbi C-470/99 z dne 12. decembra 2002 pa je Sodišče odločilo, da ima lahko tudi podjetje, ki ni bilo ustanovljeno z namenom zadovoljevanja potreb v javnem interesu, značaj osebe javnega prava, vendar pod pogojem, da odgovornost zadovoljevanja potreb v javnem interesu pozneje dejansko pridobi. Tudi osebo javnega prava kot javnega naročnika je treba torej razumeti v funkcionalnem

EU v 8. členu; v skladu z načelom konformne razlage pa posledično tudi ne nacionalni vrednostni prag po 21. členu ZJN-3.

¹⁰ Sodba Sodišče EU C-386/11 z dne 18. julija 2013, točka 31.

¹¹ Sodba Sodišča EU C-159/11 z dne 1. februarja 2013, točka 29.

¹² Tako določa 2. točka prvega odstavka 44. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN, Ur. l. RS, št. 43/11, 60/11 – ZTP-D, 63/13 in 90/14 – ZDU-II), pred tem pa je bila zadevna prepoved urejena v 110. členu Zakona o javnem naročanju (ZJN-2, Ur. l. RS, št. 12/13 – uradno prečiščeno besedilo, 19/14, 90/14 – ZDU-II in 91/15 – ZJN-3).

¹³ Identična opredelitev izhaja tudi iz prvega odstavka 6. člena Direktive 2014/23/EU in prvega odstavka 3. člena Direktive 2014/25/EU. Tukaj je treba posebej poudariti določbe 7. člena Direktive 2014/23/EU oziroma 4. člena Direktive 2014/25/EU, ki ob »javnih naročnikih« še posebej opredelujeta »naročnike«, ki (poleg javnih naročnikov) vključujejo tudi vse subjekte, ki delujejo na podlagi posebnih ali izključnih pravic, ki so jim bile dodeljene za izvajanje njihove dejavnosti.

in ne formalnem smislu.¹⁴ Po stališču Sodišča Evropskih skupnosti v sodbi v zadevi C-373/00 z dne 27. februarja 2003 besedne zveze zagotavljanje »potreb v javnem interesu« (angl. *needs in the general interest*) prav tako ne moremo neposredno primerjati z ustaljenimi pojmi v nacionalnih zakonodajah, saj gre za avtonomen koncept evropskega prava. Pojmov, ki so bili prevzeti iz prava EU, torej ne moremo razlagati v skladu z nacionalnim pravnim razumevanjem, ampak precej bolj avtonomno, ob upoštevanju ciljev skupnega trga in s pritegnitvijo avtentičnih jezikovnih različic zadevnega pravnega akta.

Ob tem je treba glede problema opredelitve oseb javnega prava v luči nacionalnih posebnosti ureditve posameznih držav članic o vprašanju opredelitve kroga javnih naročnikov poudariti dilemo, ali je treba tujo osebo javnega prava, tj. subjekt, ki ima po tujem pravu status osebe javnega prava (ne nujno doktrinarno, temveč tudi zgolj osebe javnega prava po opredelitvi v javno-naročniški zakonodaji),¹⁵ tudi v domačem pravu obravnavati enako kot domače osebe javnega prava. Povedano z drugimi besedami: ali bi bilo mogoče v posameznemu primeru šteti, da je treba tuj pravni subjekt, ki ima po tujem nacionalnem pravu status osebe javnega prava, v posameznemu primeru v skladu z (domačimi) pravili javnega naročanja obravnavati kot pravno osebo zasebnega prava.¹⁶

Glede tega je treba poudariti, da so enotna pravila obeh direktiv o javnem naročanju in direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb prvenstveno na-

¹⁴ Funkcionalna opredelitev pojma osebe javnega prava kot podmnožice subjektov, ki jih pravo EU opredeljuje kot javne naročnike, izhaja tudi iz določbe četrte točke 2. člena Direktiva 2014/24/EU (v zvezi z 10. točko njene preambule), ki jo je ZJN-3 implementiral v 9. členu (primerjaj 6. in 7. člen Direktive 2014/23/EU oziroma 3. in 4. člen Direktive 2014/25/EU). Ob tem je tudi Računsko sodišče v primerljivi zadevi s področja *in-house* naročanja v koliziji med formalnim in funkcionalnim razlogovanjem pravnega reda dalo prednost slednjemu (glej mnenje Računskega sodišča št. 330-2/2015/16 z dne 12. januarja 2016). Čeprav to presega predmet tega članka, dodatno omeniva, da je bilo glede tega v domači literaturi še posebej veliko napisanega glede vprašanja opredelitve javnega podjetja. Ob tem avtorji poudarjajo, da pravo EU v luči nacionalnih posebnosti ureditev izhaja iz funkcionalne – ne formalne opredelitve (glej na primer B. Brezovnik, nav. delo, str. 177–195). Dano vprašanje je sicer v pravu javnega naročanja še posebej relevantno tudi zaradi različne obravnave pojma javno podjetje po ZJN-3 in ZGJS – na kar opozarja tudi V. Kranjc, nav. delo, str. 59. To bi tudi zahtevalo razpravo onkraj okvirjev tega članka.

¹⁵ Glej opombo 13.

¹⁶ Na dejstvo različnih opredelitev oseb javnega prava v različnih nacionalnih pravnih ureditvah držav članic navsezadnje posebej opozarjajo tudi direktive o javnem naročanju: »[...] vendar pa bi lahko politične stranke v nekaterih državah članicah uvrstili med osebe javnega prava« (točka 29 preambule Direktive 2014/24/EU; enako tudi točka 37 preambule Direktive 2014/23/EU). Zgolj za ponazoritev ob tem poudariva, da tudi v domači pravni literaturi ni vzpostavljen neki univerzalen sistem kriterijev, ki bi razmejevali osebe javnega in zasebnega prava oziroma posamezni avtorji glede tega poudarjajo različne vidike. Za pregleden prikaz različnih pogledov na razvrščanje pravnih oseb na osebe javnega prava in osebe zasebnega prava glej na primer v: R. Bohinc, nav. delo, str. 68 in nasl.

menjene zagotavljanju konkurence na skupnem evropskem trgu oziroma preprečevanju, da bi subjekti javnega prava (naročniki oziroma javni naročniki) brez izvedbe ustreznih postopkov, ki omogočajo čim bolj enakovredno konkuriranje interesentov za izvedbo nekega posla, favorizirale posamezne subjekte,¹⁷ s čimer bi bile lahko konkurenčne silnice izkrivljene ali celo zatrte, posledica tega pa bi bil okrnjen gospodarski razvoj.¹⁸

Glede na to z vidika pravil javnega naročanja oziroma podeljevanja koncesij pri presoji statusa tujega subjekta, ki je udeležen v pravnemu razmerju, ki ga lahko subsumiramo pod pravila t. i. horizontalnega sodelovanja, tako meniva, da ni relevantno, kakšen je glede na nacionalno pravo formalni status tega subjekta v njegovi domači državi članici EU. Zato ni mogoče preprosto sklepati, da doktrina *Hamburg* omogoča sodelovanje med subjekti javnega prava različnih držav članic, ki jim tak status daje domače nacionalno pravo – oziroma, *a contrario*, ni mogoče tudi tako aksiomatično obratno sklepanje, temveč je treba v vsakem relevantnem posameznem primeru opraviti vsebinsko presojo, ali udeleženi subjekti izpolnjujejo kriterije, ki jih postavlja pravo EU.

Čeprav je bilo o tem, katere subjekte je mogoče šteti za osebe javnega prava glede na določbe prava EU, tudi v domači pravni literaturi že precej napisanega,¹⁹ pa nisva našla neposrednega odgovora, kako je treba ob kapitalski udeležbi subjektov tujega prava presojati določbo točke c tretjega odstavka 9. člena ZJN-3.²⁰ Da bo njihova razlaga konformna s pravom EU, je treba izraze omenjene določbe nacionalnega zakona »državni ali lokalni organi ali druge osebe javne-

¹⁷ »Pri tem pa nobeno izvzeto javno-javno sodelovanje ne sme izkrivljati konkurence glede na zasebne gospodarske subjekte, tako da zasebnemu izvajalcu storitev zagotavlja prednost pred njegovimi konkurenti« (drugi odstavek 31. točke preambule Direktive 2014/24/EU).

¹⁸ Dana pravila izhajajo iz temeljne predpostavke, da je prost trg oziroma okolje, ki zagotavlja največjo možno stopnjo konkurence med subjekti na trgu, praviloma zagotovilo za optimalen gospodarski razvoj, kar poudarja tudi besedilo preambul direktiv o javnem naročanju in podeljevanju koncesij: »Oddaja javnih naročil, ki jo izvedejo organi držav članic ali se izvede v njihovem imenu, mora biti v skladu z načeli Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), zlasti z načeli prostega pretoka blaga, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev« (2. točka preambule Direktive 2014/24/EU; smiselno enako tudi preambuli Direktiv 2014/23/EU v točki 4 oziroma 2014/25/EU v točki 2).

¹⁹ Posamezni kriteriji, kot izhajajo iz opredelitve osebe javnega prava v vseh treh direktivah oziroma ZJN-3 so ob prikazu prakse Sodišča EU obrazloženo predstavljeni na primer v: M. Basta Trtnik, v: M. Basta Trtnik in drugi, nav. delo, str. 71 in nasl.; oziroma V. Kranjc, nav. delo, str. 58 in nasl.

²⁰ Ta določba nacionalnega prava kot ena od konstitutivnih lastnosti »osebe javnega prava« določa, da »jo več kot v 50 odstotkih financirajo državni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava ali so pod upravljavskim nadzorom teh organov ali oseb ali imajo upravni, vodstveni ali nadzorni organ, v katerega več kot polovico članov imenujejo državni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava«.

ga prava« razlagati tako, da se ne nanašajo samo na tiste domače subjekte, ki jih lahko subsumiramo pod te določbe, oziroma na subjekte, ki so kot taki opredeljeni z nacionalnim pravom – temveč tudi na vse subjekte, ki jih je mogoče glede na relevantne kriterije prava EU mogoče šteti za »državne, regionalne ali lokalne organe, osebe javnega prava ali združenja enega ali več takih organov oziroma enega ali več takih oseb javnega prava«.²¹

V domači praksi informativnega objavljanja javnih naročnikov je to vprašanje sicer na prvi pogled ustrezno obravnavano. Na tem seznamu tako najdemo tudi na primer podjetje Nuklearna elektrarna Krško, d. o. o., katere 50-odstotni lastnik je Republika Hrvaška prek podjetja Hrvatska Elektroprivreda, d. d., torej ni v več kot 50-odstotni lasti oziroma upravljanjem oziroma nadzorom slovenske osebe javnega prava. Kljub temu je pristojni organ to podjetje kot osebo, ki je sicer skupaj v celoti v lasti in pod nadzorom (slovenskih in hrvaških) oseb javnega prava, uvrstil na informativni seznam javnih naročnikov.²²

2.3. Pojem ponudnika

Prav tako je treba poudariti vprašanje, koga lahko štejemo za ponudnika v postopkih javnega naročanja. Nanj je še posebej jasno odgovorilo Sodišče EU v sodbi v zadevi C-203/14 z dne 6. oktobra 2015, v kateri je odločilo, da so subjekti javnega prava lahko ponudniki v postopkih javnega naročanja, pri čemer je poudarilo, da tudi iz predhodne sodne prakse Sodišča izhaja, da lahko predloži ponudbo oziroma se prijavi kot kandidat vsaka oseba ali subjekt, ki se glede na pogoje, navedene v objavi naročila, šteje za sposobno neposredno ali s podizvajalci zagotoviti izvedbo tega naročila, ne glede na to, ali je oseba zasebna ali javnega prava in ali je redno aktivna na trgu ali deluje le priložnostno oziroma ali se financira iz javnih sredstev ali ne.²³

Enako lahko ugotovimo tudi pri obratnem razlogovanju sodne prakse Sodišča EU, iz katere izhaja, da notranja organizacija države (*iure imperii*) ne spada na področje uporabe prava Unije in da je način, kako države članice organizirajo izvajanje javnih pooblastil znotraj države, odvisen le od ustavnega sistema posamezne države članice. Sodišče EU je namreč večkrat priznalo, da lahko vsaka država članica prosto, kakor se ji zdi najbolj primerno, razdeli pristojnosti na

²¹ Točka 1 prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU; enako prvi odstavek 6. člena Direktive 2014/23/EU oziroma prvi odstavek 3. člena Direktive 2014/25/EU.

²² Glej priložo 3 Uredbe o informativnem seznamu naročnikov in obveznih informacijah v obvestilih za postopek naročila male vrednosti (Ur. l. RS, št. 37/16).

²³ Pri tem se je sklicevalo tudi na sodbi v zadevah C305/08 z dne 23. decembra 2009, točka 42, ter C568/13 z dne 18. decembra 2014, točka 35.

nacionalni ravni²⁴ in da je način, kako države članice organizirajo izvajanje javnih pooblastil znotraj države, odvisen le od ustavnega sistema posamezne države članice.²⁵ Dodatno je treba opozoriti na preambulo Direktive 2014/24/EU, ki poudarja, da »popolnoma upravno razmerje zaradi nepogodbenega značaja ne bi smelo spadati na področje postopkov javnega naročanja«.²⁶

Če se konkretno sodelovanje med javnimi naročniki nanaša na izvajanje javne storitve kot servisne (in torej ne oblastne) funkcije države, izključitev uporabe pravil javnega naročanja, ki bi temeljila na zgornjih premisah – kot izhaja iz njihove razlage na podlagi argumenta *a contrario* – ne bi bila dopustna.²⁷ Uporabiti bi bilo torej treba pravila o javnem naročanju.

2.4. Omejitve uporabe pravil o javnem naročanju

Vendar pa pravo EU opredeljuje tudi nekatere specifične, zaradi katerih je mogoče pod taksativno naštetimi pogoji, kot bova podrobneje predstavila v nadaljevanju, dogovor, glede katerega bi bilo treba praviloma izvesti ustrezen postopek javnega naročanja, vendarle skleniti tudi kot neposredno pogodbo, tj. brez izvedbe takega postopka. Pri tem je treba posebej poudariti sodelovanje med subjekti javnega prava, ki ni utemeljeno na upravnem razmerju, temveč na sodelovanju ob uresničevanju skupnih ciljev v javnem interesu. Takega sodelovanja, utemeljeno na istih argumentih, tudi ni dopustno omejevati v okviru državnih meja, kot to *a contrario* velja za notranjo organizacijo države kot *iure imperii*. Tudi za primer situacij, pri katerih so *prima facie* podane predpostavke, ki zahtevajo izvedbo postopka javnega naročanja, je treba namreč poudariti, da je Sodišče EU v svoji praksi opredelilo nekatere situacije, v katerih – ob podanih izrecno določenih predpostavkah – osebe javnega prava niso zavezane k uporabi pravil o javnem naročanju.

²⁴ Glej na primer sodbe Sodišča EU v zadevah C301/12 z dne 8. maja 2014, točka 42; C391/11 z dne 4. oktobra 2012, točka 31; in C428/07 z dne 16. julija 2009, točka 50.

²⁵ Tako na primer v sodbah C428/07, točka 49, in C156/13 z dne 12. junija 2014, točka 33.

²⁶ Točka 34 preambule Direktive 2014/24/EU. Smiselno enako tudi Direktiva 2014/23/EU v točki 6 in Direktiva 2014/25/EU v točki 8 preambule.

²⁷ Ker velja toliko manj za dolžni prenos teh »oblastnih« nalog na izvajalca, kar bi bil pogoj za dopustnost te izjeme, kot poudarjajo sklepni predlogi generalnega pravobranilca Sodišča EU v zadevi C-51/15 z dne 30. junija 2016: »[I]z zahteve, ki jo je izpostavilo Sodišče, da se mora organ, ki prenaša pristojnost, odreči svoji pristojnosti, da se prenos pristojnosti dejansko izvrši, izhaja, da mora biti prenos pristojnosti celovite narave. (35) Subjekt, na katerega so pristojnosti prenesene, mora tako razpolagati z vsemi pooblastili in odgovornostmi, ki jih potrebuje za popolno in samostojno izvajanje javne naloge, za katero so mu bile podeljene pristojnosti. Zlasti mora biti pooblaščen za določanje regulativnega okvira in načinov izvajanja te naloge. Nasprotno morajo biti organu, ki prenaša pristojnost, po prenosu odvzete vse pristojnosti v zvezi z zadevno javno nalogo«.

Te situacije, v katerih je (izjemoma) dopustno sklepanje neposrednih pogodb, bi lahko vsebinsko razdelili na dve skupini.²⁸ Pri prvih gre za **notranje (*in-house*) razmerje** (v literaturi se po imenu stranke v postopku pred Sodiščem EU, v katerem je bila prvič opredeljena, uporablja tudi izraz doktrina *Teckal*²⁹), katerega ključni element je neposredna ali posredna lastniška povezanost med subjekti, ki sklepajo predmetne pogodbe.³⁰ Druga situacija pa je **horizontalno sodelovanje**, imenovano tudi »pravo medobčinsko sodelovanje«³¹ ki predpostavlja udeležbo medsebojno lastniško nepovezanih subjektov javnega prava. Njeno oblikovanje je Sodišče EU postavilo v zadevi C480/06,³² ki se je nanašala na odlagališče odpadkov v mestu Hamburg, zato ga imenujemo doktrina *Hamburg*.

Pravna literatura ob tem poudarja, da pri doktrinah *Teckal* in *Hamburg*, torej pri (vertikalnih) *in-house* razmerjih in horizontalnem sodelovanju, **ne gre za izjemi od pravil javnega naročanja, temveč za omejitev obsega pravil o javnem naročanju**. Z drugimi besedami: pojem javnega naročanja, kot ga opredeljuje pravo EU, ne obsega situacij, za katere lahko uporabimo pravila, ki izhajajo iz obeh omenjenih doktrin Sodišča EU, kar pomeni, da tudi niso predmet direktiv. To naj bi odpiralo nekatere možnosti za upoštevanje širših interesov deležnikov pri razlagi skladnosti konkretnih situacij v zvezi s predstavljenimi omejitvami.³³

3. HORIZONTALNO SODELOVANJE (DOKTRINA HAMBURG; PRAVO MEDOBČINSKO SODELOVANJE; NEPRAVI *IN-HOUSE*)

Pri horizontalnem sodelovanju, ki je predmet tega prispevka, ne gre za »pravo« *in-house* razmerje,³⁴ saj ne gre za sodelovanje med javnim naročnikom in

²⁸ Situaciji sta kot taki še posebej izrecno opredeljeni v točkah 31 do 35 sodbe Sodišča EU v zadevi C-159/11 ter točkah 33 do 37 v zadevi C-386/11.

²⁹ Sodba Sodišča EU v zadevi C107/98 z dne 18. novembra 2009.

³⁰ Analiza (pravih) *in-house* razmerij presega namen tega članka. O njih soavtor tega članka na primer v članku A. Mužina, nav. delo (2012a), str. 21–22.

³¹ Tako poimenovanje uporablja, med drugimi, tudi generalna pravobranilka v sklepnih predlogih zadeve C-159/11 z dne 23. maja 2015.

³² Sodba sodišča EU v zadevi C480/06 z dne 1. avgusta 2009.

³³ Tako S. Arrowsmith, nav. delo, str. 527 v zvezi s str. 477. Opozoriti je treba tudi na razliko med nekaterimi komentarji ZJN-3, ki o horizontalnem sodelovanju govorijo kot o izjemi pravil javnega naročanja (glej na primer V. Kranjc, nav. delo, str. 130).

³⁴ Horizontalno sodelovanje se označuje tudi z izrazom »nepravi *in-house*«; v sodbi v zadevi C-15/13 z dne 13. junija 2014 pa najdemo v 33. točki tudi izraz »horizontalni *in-house* posli«.

od njega odvisno pravno osebo, ampak za sodelovanje dveh (ali več) javnih naročnikov pri doseganju nekega skupnega cilja, ki, kot bomo v nadaljevanju podrobneje opredelili, predpostavlja skupno izvajanje ene ali več javnih storitev javnih naročnikov in s tem gospodarnejše in lažje opravljanje teh nalog.

Sodišče EU je svoje stališče glede horizontalnega sodelovanja najprej razvijalo skozi sodno prakso, v letu 2014 pa so bile nato sprejete direktive, ki so to v bistvenem povzele in opredelile v obliki člena.³⁵ Horizontalno sodelovanje ureja Direktiva 2014/24/EU v četrtem odstavku 12. člena,³⁶ v katerem je določeno, da pogodba o izvedbi javnega naročila, sklenjena izključno med dvema ali več javnimi naročniki (ali naročniki), ne spada v področje uporabe direktiv, če so izpolnjeni naslednji pogoji:

1. pogodba (o izvedbi javnega naročila) določa ali vzpostavlja sodelovanje med sodelujočimi javnimi naročniki za zagotovitev javne storitve, ki jih morajo opraviti, ob čemer uresničujejo cilje, ki so jim skupni;
2. pri tem sodelovanju se upoštevajo le vidiki javnega interesa;
3. sodelujoči javni naročniki (ali naročniki) na trgu izvajajo manj kot 20 odstotkov dejavnosti, ki jih zajema sodelovanje.

Predstavljene določbe direktiv o javnem naročanju so bile v vsebinsko identičnem besedilu prenesene v šesti odstavek 28. člena ZJN-3, pri čemer pa je bil v nacionalni zakonodaji opredelitvi horizontalnega sodelovanja, kot bo podrobneje predstavljeno v nadaljevanju, dodan še en pogoj – pravzaprav gre za ostanek predhodnih zakonskih ureditev – da mora biti vrednost predmeta naročanja enaka ali nižja od cene za predmet sodelovanja na trgu.

Horizontalno sodelovanje je – kot bova predstavila v nadaljevanju – v primerjavi tako z Direktivo 2014/23/EU kot tudi z ZJN-3 nekoliko drugače urejeno v aktualnem predlogu Zakona o podeljevanju koncesij, in sicer v šestem odstavku 10. člena, ki določa:

»Za pogodbo, ki določa ali se z njo izvaja sodelovanje med organi koncedenta ali več koncedenti v primeru občin, s ciljem zagotoviti, da se javne storitve, ki jih morajo opraviti, izvajajo ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni in se pri tem sodelovanju upoštevajo le vidiki javnega interesa, se določbe tega zakona ne uporabljajo.«

³⁵ Kot izhaja iz točke 2 preambule Direktive 2014/24/EU, je bila ta sprejeta tudi z namenom, da pojasni nekatere pojme in koncepte, da bi se zagotovila pravna varnost in upoštevalo nekatere vidike do tedaj vzpostavljene povezane in uveljavljene sodne prakse Sodišča EU. Enako določa 4. točka preambule Direktive 2014/25/EU.

³⁶ Direktiva 2014/23/EU horizontalno sodelovanje ureja v četrtem odstavku 17. člena, Direktiva 2014/25/EU pa v četrtem odstavku 28. člena.

Iz sodbe prakse Sodišča EU nedvomno izhaja, da morajo biti za to, da lahko posamezno razmerje kvalificiramo kot t. i. horizontalno sodelovanje, kumulativno podane vse navedene predpostavke.³⁷ Iz tega je očitno, da je uporaba doktrine *Hamburg*, ki se nanaša na horizontalno sodelovanje, omejena na razmeroma ozek krog življenjskih situacij, pri katerih morajo biti izkazane natančno določene okoliščine, ki so z vidika strank, udeleženih v pogodbenem razmerju, tako objektivne kot tudi subjektivne.

3.1. Pogoj lojalnega sodelovanja

Točka a četrtega odstavka 12. člena Direktive 2014/24/EU³⁸ kot prvi pogoj za horizontalno sodelovanje določa, da mora pogodba (o izvedbi javnega naročila) določati ali vzpostavljati sodelovanje med sodelujočimi javnimi naročniki (ali naročniki), z namenom zagotovitve izvajanja javnih storitev, ki jih morajo opraviti, ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni. To bi lahko skupaj poimenovali pogoj lojalnega sodelovanja. Gre za kompleksen (nujni) pogoj za horizontalno sodelovanje,³⁹ glede katerega pravo EU postavlja zahteve, ki jih bova razčlenila v naslednjih razdelkih.

3.1.1. Sodelovanje med javnimi naročniki

Da lahko neko razmerje štejejo za horizontalno sodelovanje v skladu z določbami prava EU, ni dovolj zgolj dejstvo, da pogodbo sklepajo subjekta javnega prava, saj je treba praviloma pri takih pogodbah uporabiti postopek javnega naročanja. Hkrati pa mora biti lastnost javnega naročnika nujno izkazana pri vseh subjektih, vključenih v sodelovanje, kar jasno izhaja tudi iz dikcije direktiv. Pri tem sicer ni predpisano, v kakšni obliki oziroma na kakšnem pravnem temelju to sodelovanje poteka; lahko gre tako za projekt *joint venture* kot tudi za pogodbeno sodelovanje.⁴⁰

Novi predlog Zakona o podeljevanju koncesij je glede tega precej bolj omejevalen od Direktive 2014/23/EU, saj krog subjektov, za katere naj bi veljala pravila horizontalnega sodelovanja, omejuje le na »organe koncedenta ali

³⁷ Glej na primer točko 36 zadeve C159/11 ter točko 38 zadeve C-386/11.

³⁸ Člen 17 Direktive 2014/23/EU oziroma 28. člen Direktive 2014/25/EU.

³⁹ To še zlasti jasno izhaja izreka sodbe v zadevi C-386/11: »Pogodba, kakršna je ta v postopku v glavni stvari in s katero javni subjekt – ne da bi se za izvajanje skupne naloge javne službe vzpostavilo sodelovanje med javnima subjektoma, ki sta v pogodbenem razmerju – zaupa drugemu javnemu subjektu nalogo...je javno naročilo storitev [...]«.

⁴⁰ »Javni naročniki bi morali imeti možnost, da se odločijo, da bodo prek sodelovanja skupaj izvajali svoje javne storitve, ne da bi morali uporabljati kakršnokoli določeno pravno obliko.« (33. točka preambule Direktive).« Glej tudi točko 47 sodbe C-480/06.

več koncedentov v primeru občin«, ⁴¹ pri čemer v prvemu odstavku 7. člena določa, da pod pojmom koncedent razume le državo oziroma občine. V primerjavi z dikcijo ZJN-3 na tem mestu novi predlog zakona tako iz določb o horizontalnem sodelovanju izpušča subjekte, ki so v točki c prvega odstavka 9. člena ZJN-3 opredeljeni kot »druge osebe javnega prava«. Takega ožanja pri tem predlog v ničemer ne pojasni. V luči neobstoja argumentacije za tako oblikovanje predloga zadevne določbe sicer meniva, da gre ali za napako ali pa za premalo premišljen predlog nacionalne posebnosti; najverjetneje zgolj za pretirano prakticističnost pristopa pri normativni dejavnosti.

Tako doktrini *Teckal* (*in-house* naročila) kot tudi *Hamburg* (horizontalno sodelovanje) je namreč Sodišče EU razvilo, direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb pa kodificirala ob spoznanju, da v nekaterih situacijah, ko oddaja naročil neposredno ne vpliva na delovanje trga, ni smotno vzpostavljati okolja, ki povzroča nepotrebne transakcijske stroške sklepanja dogovorov med takساتivno opredeljenimi subjekti. Glede na to, da je dana izjema od pravila nastala na podlagi sistematičnega razvoja sodne prakse EU, se zdi že *prima facie* nerazumno, da bi jo na nacionalni ravni zdaj (brez kakršnekoli vsebinske utemeljitve, ki bi bila avtorjema poznana) zoževali, s čimer se odpira tako praktična kot tudi pravna dilema glede razumevanja razhajanja med nacionalnimi pravili in pravili EU.

3.1.2. Skupno izvajanje javnih storitev pogodbenih strank

V že omenjeni zadevi C480/06, ki je bila izhodišče za dano doktrino, je sodelovanje štirih upravnih okrožij Spodnje Saške in mesta Hamburg ustvarilo potrebne pogoje za vzpostavitev sistema obratovanja nove sežigalnice v Rugenberger Dammu. Prav sodelovanje med subjekti, ki so bili vsi zavezani k izvajanju javnih storitev ravnanja z odpadki, na katere se je sodelovanje nanašalo, je v obravnavanem primeru mestu Hamburg namreč omogočilo izgradnjo in upravljanje obrata za predelavo odpadkov. Ker je bila zaradi sodelovanja dosežena kritična masa odpadkov, je sodelovanje zagotovilo učinkovitejše izvajanje te javne službe. ⁴²

Ob tem je Sodišče EU posebej poudarilo, da sporna pogodba vzpostavlja sodelovanje med lokalnimi skupnostmi, katere namen je zagotoviti izvajanje skupne javne naloge, in sicer odstranjevanje odpadkov. ⁴³ Izvajanje naloge javne službe, ki je skupna vsem subjektom, vključenim v horizontalno sodelovanje,

⁴¹ Šesti odstavek 10. člena predloga Zakona o podeljevanju koncesij.

⁴² C-480/06, točka 38.

⁴³ Prav tam, točka 37.

je kot ključni pogoj za to izrecno poudarilo tudi v drugih sodbah.⁴⁴ Ob tem pa zgolj izvajanja posameznih podpornih storitev ni mogoče šteti za predmet horizontalnega sodelovanja.⁴⁵

3.1.3. Pristno in medsebojno sodelovanje, ki mora zasledovati skupni cilj

Nadalje gre za horizontalno sodelovanje (tudi glede na dikcijo direktiv) le, če imajo subjekti javnega prava pri svojem delovanju v okviru sodelovanja neki skupen cilj, pogodba pa je sporazum o sodelovanju oziroma o skupnih nalogah za doseganje tega cilja. Pri tem je mogoče iz sodne prakse Sodišča EU razumeti, da morajo subjekti pri horizontalnem sodelovanju tak skupni cilj zasledovati že od vsega začetka sodelovanja. Namen pogodbenih strank torej ne sme biti v tem, da bi se z (naknadnim) (pre)oblikovanjem sodelovanja na način, da bi to formalno ustrezalo pogojem za horizontalno sodelovanje, v resnici pa bi zasledovalo neke druge interese, obšlo predpise o javnem naročanju, kar je v konkretnem primeru izrecno poudarilo tudi Sodišče EU.⁴⁶

V primeru, v katerem je bila oblikovana doktrina *Hamburg*, je bila pogodba o odstranjevanju odpadkov v novi sežigalnici sklenjena že štiri leta pred predvidenim končanjem njene gradnje,⁴⁷ pri čemer je Sodišče EU izrecno ugotovilo, da je bila odločitev o izgradnji obrata sprejeta in izvršena šele po tem, ko so štiri upravnna okrožja dosegla sporazum o uporabljanju obrata in se k temu zavezala.⁴⁸ Seveda tega ne moremo razumeti kot absolutnega nujnega pogoja za pristnost in medsebojnost sodelovanja, vendarle pa kaže, da mora to presegati okvire golega naročniško-plačniškega razmerja.

⁴⁴ »[G]re za pogodbe, ki vzpostavljajo sodelovanje med javnimi organi, katerih namen je zagotoviti izvajanje naloge javne službe, ki je skupna vsem tem javnim organom« (C-159/11, točka 34; identično tudi C386/11, točka 36); oziroma, *a contrario*, ko Sodišče razlaga, zakaj konkretnega razmerja ne moremo šteti za horizontalno sodelovanje: »Sodelovanje, vzpostavljeno med univerzo in družbo HIS, namreč ni namenjeno izpolnjevanju skupne naloge javne službe v smislu sodne prakse« (C-15/13, točka 35).

⁴⁵ To je Sodišče posebej poudarilo v zadevi C159/11: »V tem pogledu, se zdi, da iz navedb, vsebovanih v predložitveni odločbi izhaja, prvič, da ta pogodba vsebuje veliko materialnopravnih vidikov, katerih pomemben, če ne celo odločujoč del, ustreza dejavnostim, ki jih na splošno opravljajo inženirji ali arhitekti in ki, četudi temeljijo na znanstveni osnovi, ne spadajo v okvir znanstvenega raziskovanja« (točka 37).

⁴⁶ »Poleg tega je treba ugotoviti, da iz nobenega dejstva iz spisa, ki je bilo predloženo Sodišču, ne izhaja, da bi v tej zadevi zadevne lokalne oblasti uporabile konstrukt, katerega namen bi bil obiti predpise o javnih naročilih« (C480/06, točka 48).

⁴⁷ Prav tam, točka 4.

⁴⁸ Prav tam, točka 38.

Da bi lahko govorili o uresničevanju skupnih ciljev, mora biti torej sodelovanje pristno in medsebojno. Zahteve direktiv enako razume tudi primerjalna literatura. Tako zasledimo tudi poimenovanje razmerja, kot bi bilo podano v obravnavanem primeru, kot neinstitucionalno horizontalno sodelovanje (angl. *non-institutional horizontal cooperation*), pri čemer želiva glede obravnavane dileme povzeti poudarek, da gre pri tem za pristno sodelovanje in ne za navadno pogodbo (*»genuine cooperation non ordinary contract«*).⁴⁹

Tudi pravobranilka je v sklepnih predlogih zadeve C-159/11 posebej poudarila, da primerov, pri katerem en javni organ zgolj stroškovno ugodno uporablja sredstva drugega javnega organa, ni mogoče šteti za horizontalno sodelovanje, temveč gre v takih primerih pravno gledano za pogodbo o opravljanju storitev, ki se opravljajo proti plačilu – torej za javno naročilo.⁵⁰

Ob tem je treba ugotoviti, da se za horizontalno sodelovanje zahteva, da pogodbene stranke oblikujejo tako sodelovanje in medsebojne obveznosti, ki vodijo k sinergijskim učinkom za vse vpletene subjekte na področju izvajanja (vsem skupne) javne službe, na katero se horizontalno sodelovanje nanaša.⁵¹ V konkretnih primerih je bil ta cilj dosežen na naslednje načine:

1. kot je bilo že poudarjeno je v zadevi C480/06, je sodelovanje subjektov mestu Hamburg omogočilo izgradnjo in upravljanje obrata za predelavo odpadkov, saj je bila tako zagotovljena kritična masa odpadkov za učinkovito izvajanje javne službe;⁵²
2. prav tako je v zadevi C480/06 pogodba o sodelovanju vključevala zaveze lokalnih skupnosti, ki so v neposredni zvezi z javnimi storitvami, in sicer so upravna okrožja dala službi za odvoz odpadkov mesta Hamburg na voljo tiste zmogljivosti odlagališč, ki jih same ne uporabljajo, za odpravo pomanjkanja odlagalnih zmogljivosti mesta Hamburg; prav tako so se zavezala, da bodo na svoja odlagališča sprejela žlindro iz sežiga, ki je ni mogoče predelati, v sorazmerju z dostavljenimi količinami odpadkov, ter si tudi sicer po potrebi nudila pomoč v okviru vzajemnih obveznosti odstranjevanja odpadkov.⁵³

Iz teh primerov sicer izhaja, da lahko horizontalno sodelovanje med subjekti poteka ob različni delitvi konkretnih operativnih nalog med njimi. Pri doseganju skupnega cilja se lahko torej posamezna stranka specializira oziroma

⁴⁹ J. Wiggen, nav. delo, str. 83.

⁵⁰ Sklepni predlogi v zadevi C-159/11, točka 92.

⁵¹ Tako tudi S. Arrowsmith, nav. delo, str. 522.

⁵² Sodba sodišča EU v zadevi C-480/06, točka 38.

⁵³ Prav tam, točki 41 in 42.

prevzame specifične naloge opravljanja skupne javne službe.⁵⁴ Vse stranke pa morajo prevzeti nekatere zaveze, ki presegajo golo odmeno za opravljanje nalog drugih strank, in ki so za vse sodelujoče subjekte vzajemno koristne pri sledenju skupnim ciljem, kar je v zadevi C-159/11 še posebej izrecno in jasno poudarila tudi generalna pravobranilka:

»Zato ni dovolj, da se zakonska obveznost za opravljanje sporne javne naloge nanaša le na enega od udeleženih javnih organov, medtem ko drugi nastopa v vlogi pomočnika pri izpolnitvi, ki na podlagi naročila prevzame izvedbo te tuje naloge. To se zdi prepričljivo, kajti če se upošteva etimološki pomen besede ‚sodelovanje‘, je bistvo takega sodelovanja vendarle prav skupna strategija strank, ki temelji na medsebojni izmenjavi in določitvi vsakokratnih interesov. Enostransko sledenje lastnim interesom zgolj enega udeleženca je težko opisati kot ‚sodelovanje‘ v zgoraj navedenem smislu.«⁵⁵

Tudi komentatorji ZJN-3, ob sklicevanju na Delovni dokument služb Evropske komisije o uporabi prava EU o javnem naročanju za odnose med naročniki,⁵⁶ poudarjajo, da je pri horizontalnem sodelovanju bistveno, da:

»gre za posebno sodelovanje, ki pomeni več kot zgolj izvedbo (dobavo blaga, izvedbo storitve ...) predmeta naročila [...] Skupno izvajanje nalog pomeni sodelovanje in medsebojne obveznosti sopogodbenih partnerjev, s čimer se ustvarjajo sinergije«,

pri čemer posebej poudarjajo svoje razumevanje, da:

»iz splošne razlage sodne prakse [Sodišča EU] ravno tako izhaja, da mora imeti dogovor značilnosti resničnega sodelovanja v nasprotju z običajnim javnim naročilom, pri katerem ena stran izvaja določeno nalogo v zamenjavo za plačilo. Takšna enostranska dodelitev naloge med naročnikoma se ne more šteti za sodelovanje.«⁵⁷

⁵⁴ Tako tudi preambula Direktive 2014/24/EU v 33. točki: »Ni potrebno, da so storitve, ki jih izvajajo različni sodelujoči organi, nujno enake; lahko se tudi dopolnjujejo [...] Tako sodelovanje ne pomeni, da morajo vsi sodelujoči organi izvajati glavne pogodbene obveznosti, pod pogojem, da se zavežejo, da bodo prispevali k skupnemu izvajanju zadevne javne storitve.« Arrowsmith (nav. delo, opomba št. 616 na str. 527) sicer ob tem poudarja, da je bila v predlogu besedila Direktive prvotno predvidena zahteva po skupnem izvajanju, kar pa nato ni bilo sprejeto v *corpus* Direktive. To lahko zopet razumemo kot dodatno utemeljitev, da ni nujno, da vsi subjekti izvajajo konkretno storitev, ki je predmet horizontalnega sodelovanja.

⁵⁵ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Sodišča EU v zadevi C-159/11, točka 75.

⁵⁶ Neuradni prevod v slovenski jezik je objavljen na <http://www.djn.mju.gov.si/resources/files/Predpisi/razlag_in-house%20in%20public-public%20sodelovanje_en.pdf> (1. 6. 2017).

⁵⁷ S. Matas, v: M. Basta Trtnik in drugi, nav. delo, str. 155.

Da bi lahko za posamezen pravni posel uporabili pravila o horizontalnem sodelovanju, bi ga bilo treba izpeljati v okviru širše zastavljenega projekta, ki bi zasledoval skupne cilje pri izvajanju skupnih javnih nalog na danem področju, na primer glede večje učinkovitosti izrabe zmogljivosti preko zavez o redni dobavi minimalnih količin, vzajemnega strateškega sodelovanja pri izrabi presežnih zmogljivosti vseh sodelujočih strani, opredelitve sistema vzajemne pomoči v primeru izrednih dogodkov in okoliščin na danem področju, ipd. Šele takrat bi ga bilo mogoče izpeljati na podlagi neposredne pogodbe, torej brez izvedbe postopka javnega naročanja.

3.2. Pogoj zasledovanja javnega interesa

Direktiva 2014/24/EU v točki b četrtega odstavka 12. člena⁵⁸ horizontalno sodelovanje pri skupnem opravljanju nalog javnega značaja nadalje pogojuje z urejanjem pravnih razmerij samo ob upoštevanju vidikov javnega interesa. Poleg že omenjene zahteve po sodelovanju pri izvajanju skupne javne naloge subjektov se ta pogoj glede na sodno prakso Sodišče EU nanaša tudi na omejitve finančnih transakcij v zvezi s predmetom horizontalnega sodelovanja med subjekti ter tudi na zahtevo po nefavoriziranju zasebnega kapitala pri projektu, ki je predmet sodelovanja.

3.2.1. Omejevanje finančnih nakazil med subjekti sodelovanja

Sodišče EU je večkrat poudarilo omejitve, da naj finančna nadomestila, ki jih subjekti plačujejo drugim subjektom zaradi opravljanja nalog, ki so predmet (horizontalnega) sodelovanja, pomenijo zgolj odmeno za pri tem nastale stroške.⁵⁹ Glede vprašanja, na katere stroške se nanaša izraz »povračilo stroškov«, je generalni pravobranilec v sklepnih predlogih v zadevi C-113/13 z dne 30. aprila 2014 izoblikoval jasno stališče, ki ga je na podlagi njegovega predloga povzelo Sodišče EU v sodbi z dne 23. januarja 2015:

»Ni pomembno, ali stroški, ki jih morajo tem združenjem povrniti javni organi, obsegajo stroške, ki so neposredno povezani z zagotavljanjem zadevnih storitev, ali tudi del splošnih stroškov«.

⁵⁸ Direktiva 2014/23/EU v 17. členu in Direktiva 2014/25/EU v 28. členu.

⁵⁹ Tako na primer že v zadevi C-480/06, točka 43: »Nasprotno pa je iz zadevne pogodbe razvidno, da na podlagi sodelovanja, ki ga vzpostavlja ta pogodba med službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg in zadevnimi štirimi upravnimi okrožji, med temi subjekti ne pride do drugih finančnih transakcij, razen tistih, ki ustrezajo povračilu tistega dela stroškov, ki jih nosijo upravna okrožja, jih pa upravljavcu plača ta služba za odvoz odpadkov.« Glej tudi na primer sodbi v zadevah C-159/11, točka 29; C-386/11, točka 31.

Pri tem je bistvo ureditve takega sodelovanja ustvarjanje medsebojnih zavez za doseganje sinergijskih učinkov pri zagotavljanju javnih storitev in ne obračunavanje dražjih storitev v eni lokalni skupnosti na račun nižjega obračunavanja storitev v drugi lokalni skupnosti ali ustvarjanja dobička (presežka) izvajalca javne storitve. Zato naj bi bilo pravno razmerje mogoče šteti za horizontalno sodelovanje zgolj v primeru njegovega izvajanja na način, da zajema le finančne transakcije, ki se nanašajo na povračilo dejanskih stroškov izvajanja javnih storitev.

Ob tem moramo razumeti, da so pravila, ki dopuščajo sklepanje neposrednih pogodb, še glede dopustnega povračila stroškov precej bolj restriktivna, kot so sicer. Z vidika dopustnosti izvrševanja pravnega odnosa je treba tako poudariti, da se ta sme izvrševati samo pod pogojem povračila dejanskih stroškov, vsakršen tržni interes pa mora biti izključen (oziroma je tako preplačilo z vidika prava EU protipravno in je sankcionirano s povračilom). Predstavljeno stališče je zavzela tudi Državna revizijska komisija, ki je poudarila, da je eden od pogojev, ki mora biti izpolnjen, da bi razmerje lahko opredelili kot razmerje *public-public cooperation*, namen sodelovanja, ki je:

»skupno izvajanje javne službe, zato lahko tako sodelovanje vključuje le finančne transakcije, ki se nanašajo na povračilo dejanskih stroškov izvajanja javnih storitev, tržni interes pa mora biti v celoti izključen.«⁶⁰

Literatura poudarja, da ta pogoj ni bil neposredno vključen v Direktivo, še posebej pa poudarja, da je Komisija v predlogu tako izrecno določbo predvidela, vendar pozneje ni bila sprejeta, kar naj bi tudi nakazovalo na to, da zadevni pogoj ni absoluten v vseh primerih horizontalnega sodelovanja.⁶¹

3.2.2. Posebnost ureditve v ZJN-3

Vendar pa je treba posebej opozoriti na specifiko nacionalne zakonodaje, saj ZJN-3 v točki č šestega odstavka 28. člena, v katerem povzema določbe direktiv glede horizontalnega sodelovanja – v nasprotju z njimi – določa, da mora biti pri temu vrednost predmeta naročanja enaka ali nižja od cen za ta predmet na trgu. Iz tega izhaja, da mora naročnik po nacionalnem pravu tudi v primeru horizontalnega sodelovanja ugotavljati, kakšna je ponudbena cena, in da mora biti ta cena enaka ali nižja od tržne.

Čeprav ti zahtevi v pravu EU nista poznani in primerljiva literatura s področja upravnega prava celo ugovarja dopustnosti drugačnega urejanja od ureditve

⁶⁰ Sklep Državne revizijske komisije z dne 11. januarja 2012 v zadevi št. 018-402/2011-6.

⁶¹ S. Arrowsmith, nav. delo, str. 526, 530.

v evropskih direktivah,⁶² ZJN-3 ohranja ti omejitvi iz prej veljavnih zakonov, ki sta urejala postopke javnega naročanja. Meniva, da je to neustrezno iz več vidikov. Prvič, s teleološkega vidika se zdi neustrezno doktrino *Hamburg*, ki je po svoji naravi negacija trga in je namenjena izvzemu notranjih razmerij od tržnih pravil, ker uporaba tržnih pravil zanje ni primerna, podrejata prav tem tržnim pravilom, in to še celo v fazi presoje dopustnosti njene uporabe. Zapisano drugače: pogoj, da mora biti vrednost predmeta naročanja enaka ali nižja od cen za ta predmet na trgu, vnaša v nacionalne določbe o horizontalnem sodelovanju prav tisto, kar naj bi ta doktrina izključevala, zaradi česar je ta pogoj njeno zanikanje.⁶³

Drugič, treba je potegniti vzporednico s položajem *in-house*, pri katerem, kot poudarjata direktivi o javnem naročanju in o podeljevanju koncesijskih pogodb v svojih preambulah, med predmetnima subjektoma oblikovano »popolnoma upravno razmerje zaradi nepogodbenega značaja ne bi smelo spadati na področje postopkov javnega naročanja«. ⁶⁴ Čeprav pri horizontalnem sodelovanju ne gre za tako medsebojno razmerje, pa je mogoče tudi v temu primeru oblikovati ugotovitev, da sama vzpostavitev takega sodelovanja, tako kot to velja tudi za *in-house*, *per se* ne vpliva na trg, saj se primarno izvaja v razmerju med javnimi naročniki v zvezi s skupnim izvajanjem javnih nalog. Če bi pridobivali konkretno blago, storitve ali gradnje na trgu od subjektov, ki niso javni naročniki, pa bi bilo treba s strani sodelujočih subjektov v projektu horizontalnega sodelovanja – ki so (po definiciji javni) naročniki – v vsakemu primeru izpeljati ustrezne postopke javnega naročanja.

Glede doktrine *Hamburg* oziroma njene nacionalne inkorporacije v šesti odstavek 28. člena ZJN-3 je treba omeniti tudi zahtevo nacionalnega zakona iz

⁶² Ob tem je treba – zgolj kot opombo, ki zaradi kompleksnosti vprašanja, ki ga odpira, kot taka sicer presega okvire tega članka – poudariti dilemo dopustnosti postavljanja strožjih pogojev v slovenski zakonodaji za uporabo doktrine, razvite v pravu EU. To vprašanje je pomembno zaradi manevrskega prostora države članice pri izvedbi direktive v nacionalno pravo, pa tudi glede pravnih posledic, ki jih različne metode harmonizacije povzročajo (posledica obrnjene diskriminacije, tj. slabšega položaja domačih subjektov). Tudi vodilna italijanska literatura s področja upravnega prava se namreč sklicuje na stališče italijanskega Ustavnega sodišča, da nacionalna zakonodaja ne sme nasprotovati 12. členu Direktive kot kodifikaciji sodne prakse Sodišča EU. Glej R. Angioni, M. Pani & C. Sanna, nav. delo.

⁶³ O tem pogoju tudi R. Pirnat, nav. delo, str. 20: »Temeljni problem tega pogoja pa je, da je pravzaprav nasproten sami ideji *in-house* javnih naročil.«

⁶⁴ Točka 34 preambule Direktive 2014/24/EU oziroma točka 48 preambule Direktive 2014/23/EU. O t. i. izjemah *in-house* glej še zlasti eno zadnjih mnenj generalnega pravobranilca v zadevi C-567/15 z dne 27. aprila 2017, točke 60 in naslednje. Pregledno o *in-house* naročilih v domači literaturi sicer na primer R. Pirnat, nav. delo, str. 13 in nasl.; oziroma, prav tam, tudi A. Mužina, nav. delo (2017), str. 25 in nasl.

devetega odstavka 28. člena ZJN-3, ki se (širše) nanaša na javna naročila med osebami v javnem sektorju, da mora v vseh primerih oddaje javnega naročila na podlagi tega člena oseba, ki ji je to naročilo oddano, blago, storitve ali gradnje naročati ob upoštevanju pravil javnega naročanja, čeprav sama ni naročnik v skladu z zakonsko opredelitvijo. V tem delu ZJN-3 ni neposredno povzel besedila direktiv o javnem naročanju, saj te nimajo take dobresedne prepovedi.⁶⁵ Meniva, da je taka zakonska določba sicer skladna s temeljnim namenom direktiv. Iz njihovih preambul namreč izhaja zahteva, da je treba ob uporabi določb o oddaji javnih naročil med osebami v javnem sektorju v vsakem primeru poskrbeti, da ne pride do izkrivljenja konkurence; torej ne glede na formalnopravni status udeleženih subjektov.

Vendar pa je hkrati treba ugotoviti tudi, da je glede določbe šestega odstavka 28. člena ZJN-3, ki se nanaša na horizontalno sodelovanje, v vsakem primeru nepotrebna – saj horizontalno sodelovanje že po definiciji vključuje zgolj javne naročnike, ki pa so vsi dolžni pri pridobivanju blaga, storitev in gradenj na trgu izvajati postopke javnega naročanja. Pogoj, da mora biti vrednost predmeta naročanja pri horizontalnem sodelovanju enaka ali nižja od cen za ta predmet na trgu, ob izhodišču, da pravila javnega naročanja varujejo konkurenco na trgu – in ne gospodarnost poslovanja državnih in lokalnih organov ter oseb javnega prava, kot je večkrat napačno interpretirano⁶⁶ – je torej logično neskladen z namenom pravil o javnem naročanju. Ob dejstvu, da se horizontalno sodelovanje primarno ne odvija na trgu, vsi morebitni »posegi na trg« pa se morajo izvesti v skladu s pravili javnega naročanja, k temu cilju (ki ga sicer v ničemer ne ovira tudi) namreč nič ne pripomore.

Ob tem navedimo tudi stališče avtorjev komentarja k ZJN-3, ki ob sklicevanju na že omenjeno strokovno literaturo⁶⁷ o vprašanju, kaj se lahko šteje kot primerna podlaga za (horizontalno) sodelovanje v javnem interesu, navajajo, da:

»čeprav je bilo iz prvotnega predloga Direktive odstranjeno besedilo, da takšno sodelovanje ne sme vsebovati drugih finančnih transferjev razen

⁶⁵ To ugotavlja tudi V. Kranjc, 2016, str. 130.

⁶⁶ Ne moremo spregledati nekaterih zadnjih odločb Vrhovnega sodišča RS, na primer v zadevi III Ips 155/2015 z dne 18. aprila 2017, v kateri sodišče navaja, da je »glavni namen postopkov oddaje javnih naročil [...] gospodarna nabava blaga, storitev in gradenj«. Namen (enotnih EU) pravil o javnem naročanju in podeljevanju koncesij namreč ni v tem, da bi se čim bolj gospodarno porabljala javna sredstva; temveč v varovanju tržnega okolja, ki bo zagotavljalo konkurenčna pravila igre vsem ponudnikom na trgu, brez privilegiranja s strani entitet, ki neposredno ali posredno upravljajo proračunska sredstva, ki jih niso pridobili v konkurenčnem boju z drugimi (potencialnimi) konkurenti na trgu.

⁶⁷ J. Wiggen, nav. delo, str. 91.

povračila za stroške, bo to verjetno primerna podlaga za presojo, ali takšno sodelovanje sledi javnemu interesu.«⁶⁸

Zdi se namreč, da je taka razlaga tudi v skladu preambulo Direktive 2014/24/EU, v kateri je navedeno, da:

»bi bilo treba pri sodelovanju, vključno z vsakršnimi finančnimi transferji med sodelujočimi javnimi naročniki, upoštevati le vidike javnega interesa.«⁶⁹

Poudariti je treba, da vse to nakazuje, da je treba pri horizontalnem sodelovanju glede morebitnih medsebojnih plačil med subjekti, ki v njem sodelujejo, o teh ostati v gabaritih, ki pomenijo (le) pokrivanje stroškovne cene storitev – in torej niso podlaga za doseganje dobičkov posameznega sodelujočega subjekta. Meniva, da pri tem pojmovno ni mogoče izključiti, da bi stroški, na katere se nanaša povračilo, lahko nastali tudi z izvajanjem storitev na trgu – v smislu povračila stroškov enega partnerja v projektu horizontalnega sodelovanja drugemu, glede katerih je ta blago, storitve ali gradnje pridobil na trgu prek izvedbe postopka javnega naročanja.

Tretjič, že pred nekaj leti je strokovna literatura opozarjala pred tem, da postopki javnega naročila postali samo »preizkušanje« trga pred sklenitvijo *in-house* pogodbe (kar smiselno velja tudi za horizontalno sodelovanje), vključno z odškodninski posledicami takega ravnanja (preizkušanja).⁷⁰ Čeprav direktive ne uvajajo polne harmonizacije, pa bi določilo točke č šestega odstavka 28. člena ZJN-3 lahko pomenilo poseg v doktrino *Hamburg*. Poleg tega je treba izraziti tudi pomislek o tem, kako bi bilo mogoče *in concreto* preizkusiti ceno, kot ta obveznost glede na dikcijo zakonskega določila izhaja iz ZJN-3. Ne glede na vse to pa je treba poudariti, da je ZJN-3 pozitivno pravo in ga je kot takega treba spoštovati.

3.2.3. Nefavoriziranje zasebnega kapitala

Nekatere ugotovitve Sodišča EU ob vzpostavljanju doktrine horizontalnega sodelovanja bi lahko na prvi pogled razumeli tudi kot prepoved kakršnegakoli sodelovanja zasebnega kapitala.⁷¹ (Tudi) glede tega literatura opozarja, da ta omejitvev ni nujno absolutna, pri čemer poudarja, da je tako omejitev, ki jo je predlog direktive, kot ga je pripravila Komisija, sicer najprej vseboval, nato pa

⁶⁸ S. Matas, v: Basta Trtnik in drugi, nav. delo, str. 156.

⁶⁹ Točka 33 preambule Direktive 2014/24/EU; primerjaj s točko 29 sodbe Sodišča EU v zadevi C-159/11.

⁷⁰ O tem na primer A. Mužina, nav. delo (2012b), str. 177–184.

⁷¹ Glej na primer sodbi C-480/06, točki 44 in 45; C-159/11, točka 35.

ni bila dobesedno vključena v Direktivo 2014/24/EU.⁷² Čeprav je krog potencialnih subjektov, ki lahko sodelujejo v okviru t. i. horizontalnega sodelovanja že po definiciji omejen na natančno opredeljene (javne) naročnike – po ZJN-3 na naročnike iz točk a, b ali c prvega odstavka 9. člena, tj. na organe Republike Slovenije, organe samoupravnih lokalnih skupnosti ter druge osebe javnega prava – pa je lahko v delu teh po nacionalni dikciji pri »drugih osebah javnega prava« prisoten tudi zasebni kapital.

Meniva, da je taka ureditev tudi z vidika zagotavljanja delovanja konkurenčnih silnic na trgu v redu, saj ne favorizira zasebnega kapitala v smislu zagotavljanja zasebnim subjektom prednosti na posameznemu trgu. Vsak poseg v trg s strani sodelujočih (javnih) naročnikov v projektu horizontalnega sodelovanja bo namreč v vsakemu primeru opravljen po ustreznemu postopku javnega naročanja; remuneracija pa bo v luči nujnega omejevanja na kritje stroškov tudi znotraj kroga sodelujočih subjektov preprečila ustvarjanje dobičkov za zasebni kapital. Je pa hkrati za horizontalno sodelovanje nesporno absolutni nujni pogoj mogoče najti v zahtevi, da to ne sme v nobenem primeru pomeniti postavljanja konkretnega zasebnega subjekta v privilegiran položaj v primerjavi s konkurenti na trgu.⁷³ To sicer izhaja že iz splošnih ciljev pravil o javnem naročanju.⁷⁴

3.3. Pogoj omejenega dohodka iz dejavnosti, ki je predmet sodelovanja

Točka c četrtega odstavka 12. člena Direktive 2014/24/EU⁷⁵ nazadnje kot pogoj horizontalnega sodelovanja določa, da sodelujoči javni naročniki (ali naročniki) na trgu izvajajo manj kot 20 odstotkov dejavnosti, ki jih zajema sodelovanje, pri čemer je bila tudi ta določba glede na izhodiščni predlog besedila direktiv v končnem besedilu nekoliko omiljena. Namen takega omejevanja aktivnosti subjektov, ki so vključeni v sodelovanje, pri njihovem delovanju na trgu, je v tem, da zaradi sklepanja neposrednih pogodb med subjekti, ki so sicer javni naročniki, ne pride do motenja delovanja konkurenčnih silnic na trgu.

Predlog zakona o podeljevanju koncesij ne pozna omejitve 20-odstotnega maksimalnega izvajanja predmetne dejavnosti na trgu. To je mogoče logično

⁷² S. Arrowsmith, nav. delo, str. 524. Tako meni tudi R. Pirnat, nav. delo, str. 23: »Taka določba je bila vključena v predlog Direktive o javnem naročanju iz leta 2014, vendar te določbe v sprejetem besedilu direktive ni. To pa pomeni, da z uveljavitvijo Direktive ta zahteva ne velja več.«

⁷³ Glej sodbe C-480/06, točka 47; C-159/11, točka 35; C-386/11, točka 37.

⁷⁴ Kronološki prikaz prakse Sodišča EU v zvezi z vprašanjem, ki ga obravnava ta razdelek, pri *in-house* naročilih, na primer v R. Pirnat, nav. delo, str. 19.

⁷⁵ Člen 17 Direktive 2014/23/EU oziroma 28. člen Direktive 2014/25/EU.

povezati s predhodno izpostavljenim (nepojasnjanim) predvidenim dodatnim omejevanjem kroga subjektov, ki lahko sodelujejo v razmerjih horizontalnega sodelovanja, zgolj na državo in lokalne skupnosti – kar odstopa od ureditve Direktive 2014/23/EU. Predlagatelj zakona očitno izhaja iz tega, da delovanje države in občin nikakor ne obsega storitev, ki bi lahko vplivale na delovanje trga, zato po njegovem take omejitve ne bi potrebovali.

Tako razmišljanje bi lahko povzročilo situacije, ki bi nasprotovale temeljnim izhodiščem EU prava koncesij. Tudi občina lahko namreč na primer med drugim prek svojega režijskega obrata neposredno opravlja storitve, ki lahko denimo v okviru nalog, povezanih z opravljanjem javnih služb, v nekaterih vidikih pomenijo tudi posege na trg. Če pa bomo uzakonili pravila, ki v nasprotju z izhodiščem *exceptiones non sunt extendae* v primerjavi z Direktivo 2014/23/EU ureja blažje pogoje za možnost horizontalnega sodelovanja med subjekti, pa meniva, da je utemeljena bojazen ravnanja države v navzkrižju z načelom lojalnega sodelovanja pri zagotavljanju konkurenčnih pravil delovanja skupnega trga EU.

4. SKLEP

Pravo EU ureja dve skupini situacij, ko je sklepanje pogodb med javnimi naročniki, za katerega bi bilo treba sicer praviloma izpeljati ustrezen postopek javnega naročanja, izvzeto iz okvira danih pravil. Eno takih v skladu s strani Sodišča EU izoblikovane doktrine *Hamburg* je horizontalno sodelovanje, ki sta ga leta 2014 v četrtem odstavku 12. člena, 17. členu oziroma 28. členu zalele tudi Direktiva o javnem naročanju, Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb in Direktiva o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev. Obe direktivi o javnem naročanju sta bili v nacionalno zakonodajo vključeni z ZJN-3, inkorporacija Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb pa se pripravlja z aktualnim predlogom Zakona o podeljevanju koncesij.

Da lahko razmerje med subjekti opredelimo kot horizontalno sodelovanje, je treba kumulativno izpolniti več pogojev. Prvi pogoj, ki bi ga lahko poimenovali pogoj lojalnega sodelovanja, zajema zahteve, da so sodelujoči subjekti javni naročniki; da ti sodelujejo pri izvajanju javne naloge oziroma javne službe, ki je vsem skupna – pri čemer sicer ni treba, da bi vse posamezne naloge, ki so potrebne za sodelovanje, izvajali prav vsi subjekti, temveč je dopuščena specializacija za opravljanje posameznih ožjih dejavnosti; ter da mora sodelovanje biti postavljeno na širši, strateški ravni, tako da pomeni zasledovanje nekega konkretnega skupnega cilja sodelujočih subjektov – torej tako, da presega okvire golega naročniško-plačniškega razmerja. Novi Predlog zakona o pode-

ljevanju koncesij krog subjektov, za katere naj bi veljala pravila horizontalnega sodelovanja, omejuje le na državo oziroma občine. Ker za to ne ponuja nobene pojasnila, meniva, da gre bodisi za napako bodisi za premalo premišljen predlog. Glede na to, da je dana izjema od pravila nastala na podlagi sistematičnega razvoja sodne prakse EU, se zdi tako omejevanje namreč že na prvi pogled nerazumno in nepotrebno.

Drugi pogoj – pogoj zasledovanja javnega interesa – poudarja zahtevo po omejenosti medsebojnih finančnih nakazil med subjekti sodelovanja ter, še posebej izrecno, zahtevo po nefavoriziranju zasebnega kapitala. Tretji pogoj pa, tudi v luči omejevanja potencialnih vplivov na tržne silnice segmenta prostega trga, ki ga tako sodelovanje potencialno ogroža, omejuje delež dohodka sodelujočih subjektov pri njihovem nastopanju na prostem trgu v okviru opravljanja nalog oziroma dejavnosti. Tudi tukaj je Predlog zakona o podeljevanju koncesij poseben – tokrat v obratni smeri, tj. v širitvi možnosti horizontalnega sodelovanja v nasprotju z načelom o ozki razlagi izjem – saj takega pogoja sploh ne vsebuje. Meniva, da je predlagatelj izhajal iz domneve, da država oziroma občine ne morejo opravljati storitev na trgu, s čimer pa se ne moreva strinjati brez zadržka. Zato bi lahko bil predlog v nasprotju s cilji, ki jih zasleduje Direktiva 2014/23/EU.

ZJN-3 je glede drugega od treh pogojev strožji od direktiv, saj postavlja dodatno zahtevo, ki je pravo EU v zvezi s horizontalnim sodelovanjem ne pozna, tj. zahtevo po ugotavljanju, kakšna je ponudbena cena, oziroma zahtevo, da mora biti ta enaka ali nižja od tržne. Gre za ostanek prejšnjih zakonov, za katerega meniva, da je v temeljnem nasprotju z logiko situacije horizontalnega sodelovanja, kot izhaja iz prava EU. Ta v svojem bistvu pomeni izjemno izključitev posameznega dogovora med konkretnimi, ozko opredeljenimi subjekti glede nekaterih poslov, ki morajo (posledično) biti v skladu s številnimi taksativno opredeljenimi zahtevami, od vpliva delovanja tržnih silnic (pravila javnega naročanja so namreč namenjena prav zagotavljanju konkurence), ZJN-3 pa to namreč s svojo dodatno določbo v njenem bistvu zanika, saj z njo določa preverjanje trga – za katerega si tudi sicer ni mogoče predstavljati, kako bi se lahko v praksi izvajalo.

Z zadevno omejitvijo uporabe pravil javnega naročanja pravo EU vzpostavlja temelje za spodbujanje sodelovanja med subjekti javnega prava pri izvajanju skupnih nalog in doseganju ciljev, ki so jim skupni – tudi, oziroma predvsem, na nadnacionalni ravni. Glede tega je mogoče pričakovati nekatere projekte, ki bodo vodili k izrabljanju sinergij predvsem pri opravljanju javnih služb, s tem pa k še učinkovitejšemu opravljanju javnih nalog. Pred našimi sodišči se bo prej ali slej zagotovo znašlo tudi vprašanje glede pravne (ne)skladnosti točke č šestega odstavka 28. člena ZJN-3 s pravnimi pravili prava EU, ki tako sodelova-

nje neutemeljeno otežuje. oziroma če bo sprejet, že nakazano vprašanje razlage odstopajočih določb predloga Zakona o podeljevanju koncesij v primerjavi z EU direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb.

Literatura

Roberto Angioni, Mattia Pani in Carlo Sanna: *Società in house: Criticità e prospettive*. Edizione Cesda, Rim 2014.

Sue Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. Thompson Reuters Professional, London 2014.

Milena Basta Trtnik, Vida Kostanjevec, Sašo Matas, Maja Potočnik in Urška Skok Klima: *Zakon o javnem naročanju (ZJN-3) s komentarjem*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2016.

Boštjan Brezovnik: Aktualna vprašanja ravne ureditve javnega podjetja v Sloveniji, v: *Lex localis*, 7 (2009) 2, str. 177–195.

Delovni dokument služb Evropske komisije o uporabi prava EU o javnem naročanju za odnose med naročniki, neuradni prevod v slovenski jezik: <http://www.djn.mju.gov.si/resources/files/Predpisi/razlag_in-house%20in%20public-public%20sodelovanje_en.pdf> (1. 6. 2017).

Vesna Kranjc: *Zakon o javnem naročanju (ZJN-3) s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2016.

Mnenje Računskega sodišča št. 330-2/2015/16 z dne 12. januarja 2016.

Aleksij Mužina: Razjasnitev uporabe notranjih (*in-house*) razmerij pri izvajanju javnih naročil/koncesij, v: *Pravna praksa*, 31 (2012a) 48, str. 21–22.

Aleksij Mužina: Uporaba notranjih (*in-house*) razmerij pri izvajanju javnih naročil/koncesij s poudarkom na financerjih iz sredstev evropske kohezijske politike. V: *Zbornik referatov*. LM Veritas, Ljubljana 2012b, str. 177–184.

Aleksij Mužina: Tipologija omejitev uporabe ZJN-3 v treh korakih, v: Aleš Avbreht, Uroš Hočevar, Vesna Kranjc, Aleksij Mužina, Rajko Pirnat, Njives Prelog, Urška Skok Klima in Marko Žvipelj: *20 let javnih naročil v Republiki Sloveniji*. Nebra, Ljubljana 2017, str. 25–38.

Rajko Pirnat: Nekaj aktualnih vprašanj *in-house* javnih naročil, v: Aleš Avbreht, Uroš Hočevar, Vesna Kranjc, Aleksij Mužina, Rajko Pirnat, Njives Prelog, Urška Skok Klima & Marko Žvipelj: *20 let javnih naročil v Republiki Sloveniji*. Nebra, Ljubljana 2017, str. 13–24.

Predlog Zakona o podeljevanju koncesij, EVA: 2017-1611-0001.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Sodišča EU v zadevi C-159/11 z dne 23. maja 2015.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Sodišča EU v zadevi C-113/13 z dne 30. aprila 2014.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Sodišča EU v zadevi C-51/15 z dne 30. junija 2016.

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Sodišča EU v zadevi C-567/15 z dne 27. aprila 2017.

Janicke Wiggen: Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector, v: *Public Procurement Law Review*, 23 (2014) 3, str. 83–93.