

**Zadeva C-89/19****Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)  
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

5. februar 2019

**Predložitveno sodišče:**

Consiglio di Stato (Italija)

**Datum predložitvene odločbe:**

8. november 2018

**Pritožnica:**

Rieco SpA.

**Nasprotni stranki v pritožbenem postopku:**

Comune di Lanciano

Ecolan SpA.

**Predmet postopka v glavni stvari**

Pritožba pri Consiglio di Stato (državni svet, Italija) zoper sodbo, s katero je Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (upravno sodišče dežele Abruzzo, v nadaljevanju: TAR Abruzzo, Italija) zavrnilo tožbo za razglasitev ničnosti aktov, s katerimi je Comune di Lanciano (občina Lanciano) zaupala upravljanje komunalne službe družbi *in house* s skupnim podobnim obvladovanjem.

**Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe**

Predmet predloga za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU je razlaga načela samostojnega upravljanja s strani javnih organov, določenega v členu 2 Direktive 2014/23/EU, in člena 12(3) Direktive 2014/24/EU, ter morebitne nezdržljivosti nacionalne zakonodaje na področju neposredne oddaje naročil družbam *in house* z navedenimi določbami.

## Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali pravo Evropske unije (ter zlasti načelo samostojnega upravljanja s strani javnih organov in načelo dejanske enakovrednosti med različnimi načini oddaje in upravljanja storitev v interesu organov javne uprave) nasprotuje nacionalni zakonodaji (kakršna je člen 192(2) Codice dei contratti pubblici (zakonik o javnem naročanju), decreto legislativo n. 50 del 2016 (zakonska uredba št. 50 iz leta 2016)), po kateri je oddaja naročila *in house* podrejena in izjemna v primerjavi z oddajo naročila s postopkom javnega naročanja: i) in tako oddajo naročila omogoča le, če se dokaže da zadevni trg ni delujoč, ter ii) določa, da mora javni organ, ki želi oddati naročilo s prenosom pooblastil med organi, predložiti posebno obrazložitev koristi za skupnost, ki so povezane s tako oddajo naročila?
2. Ali pravo Evropske unije (in zlasti člen 12(3) Direktive 2014/24/EU na področju oddaje naročil *in house* s skupnim podobnim obvladovanjem, ki ga izvaja več organov javne uprave) nasprotuje nacionalni zakonodaji (kakršna je člen 4(1) Testo Unico delle società partecipate (enotno besedilo o odvisnih družbah) – decreto legislativo n. 175 del 2016 (zakonska uredba št. 175 iz leta 2016)), ki določa, da organ javne uprave v subjektu, v katerem je udeleženi več drugih organov javne uprave, ne sme pridobiti deleža (ki bi omogočal obvladovanje ali pravico veta), če ta organ namerava v prihodnje pridobiti položaj, ki omogoča skupno obvladovanje in torej možnost neposredne oddaje naročil subjektu, v katerem je udeleženi več drugih organov?

## Navedene določbe prava Evropske unije

Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65) (v nadaljevanju: Direktiva 2014/24/EU). Zlasti:

- uvodna izjava 5, ki določa: „[...] nobena določba v tej direktivi držav članic ne zavezuje, da storitve, ki jih želijo opravljati same ali jih organizirati drugače kot v obliki javnih naročil v smislu te direktive, oddajo v podizvajanje ali njihovo izvajanje prenesejo na zunanje izvajalce“;
- člen 12(3), ki določa pogoje za oddajo javnega naročila v primeru skupnega podobnega obvladovanja, ki ga izvaja več organov javne uprave.

Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1) (v nadaljevanju: Direktiva 2014/23/EU). Zlasti člen 2(1), ki določa načelo samostojnega upravljanja s strani javnih organov.

## Navedene nacionalne določbe

Decreto legislativo 18 aprile, n. 50, Codice dei contratti pubblici (zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila, v nadaljevanju: zakonik o javnem naročanju). Zlasti:

- člen 5, ki prenaša člen 12 Direktive 2014/24/EU in določa pogoje za prenos oblik oddaje naročil *in house* s skupnim podobnim obvladovanjem v nacionalno zakonodajo;
- člen 192(2), ki določa: „Za namene oddaje naročila *in house*, katerega predmet so storitve, ki so na voljo na trgu v sistemu konkurence, naročniki predhodno ocenijo finančno utemeljenost ponudbe, ki so jo predložili subjekti *in house*, ob upoštevanju predmeta in vrednosti storitve, ter v obrazložitvi oddaje naročila utemeljijo razloge, zakaj storitev niso poiskali na trgu, ter navedejo koristi, ki jih skupnosti prinaša izbrana oblika upravljanja tudi z vidika ciljev univerzalnosti in družbenih pravil, učinkovitosti, ekonomičnosti in kakovosti storitev ter optimalne uporabe javnih sredstev.“

Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 - Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (zakonska uredba št. 175 z dne 19. avgusta 2016, enotno besedilo o podjetjih v javni lasti; v nadaljevanju: enotno besedilo o podjetjih v javni lasti). Zlasti:

- člen 4, z naslovom „Cilji, ki se jih želi doseči z prevzemom in upravljanjem podjetij v javni lasti“, ki v odstavku 1 določa: „Organi javne uprave ne smejo neposredno ali posredno tvoriti družb, katerih predmet je proizvodna dejavnost blaga in storitev, ki ni nujno potrebna za doseganje svojih institucionalnih ciljev, ne pridobiti ali ohraniti (niti manjšinskih) deležev v takih družbah“;
- člen 16, z naslovom „Družbe *in house*“, ki določa zahteve in pogoje za neposredno oddajo naročil družbam *in house*.

## Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Družba Rieco S.p.A. (v nadaljevanju: pritožnica) je družba, ki posluje v sektorju odlaganja odpadkov in ki bi želela prek razpisa za oddajo javnega naročila pridobiti upravljanje komunalne službe v občini Lanciano (Italija).
- 2 Navedena občina je naročilo za navedeno storitev oddala družbi *in house*, ne da bi uporabila sistem javnega naročanja. Storitve je bila oddana družbi Ecolan S.p.A., ki je družba v popolni javni lasti, v kateri je z 21,69 % udeležena občina Lanciano skupaj s 52 drugimi občinami pokrajine Chieti (Italija).
- 3 Pritožnica je vložila tožbo pri TAR [Tribunale amministrativo regionale] Abruzzo (upravno sodišče dežele Abruzzo), s katero je zahtevala razglasitev ničnosti aktov, s katerimi je občina Lanciano leta 2017 kot manjšinski delničar družbe Ecolan

SpA odobrila prilagoditev statuta te družbe in ustrezne sporazume med delničarji tako, da je omogočila neposredno oddajo storitve.

- 4 TAR Abruzzo (upravno sodišče dežele Abruzzo) je s sodbo št. 33 iz leta 2018 tožbo zavrnilo kot neutemeljeno.
- 5 Pritožnica je nato zoper navedeno sodbo vložila pritožbo pri Consiglio di Stato (državni svet, v nadaljevanju: predložitveno sodišče), s katero je trdila, da je sodba napačna, in predlagala, naj se spremeni.

### **Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari**

- 6 Za predlog za sprejetje predhodne odločbe sta med pritožbenimi razlogi, ki jih je navedla pritožnica, pomembna naslednja:
  - a) tretji pritožbeni razlog, s katerim je povezano prvo vprašanje za predhodno odločanje, ki zadeva dejstvo, da prvostopenjsko sodišče ni upoštevalo, da pred neposredno oddajo ni bila ocenjena finančna utemeljenost te oddaje, kot je določeno v zadevni nacionalni zakonodaji in zlasti v členu 192(2) zakonika o javnem naročanju;
  - b) šesti pritožbeni razlog, s katerim je povezano drugo vprašanje za predhodno odločanje, ki zadeva dejstvo, da prvostopenjsko sodišče ni upoštevalo omejitev, določenih v nacionalni zakonodaji, za udeležbo javnih subjektov v družbenem kapitalu, ki ne izvajajo podobnega obvladovanja nad družbo *in house*.

### **Kratka predstavitev obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe**

#### ***Prvo vprašanje za predhodno odločanje***

- 7 Predložitveno sodišče ugotavlja, da iz prve analize aktov, ki jih pritožnica izpodbija, ni videti, da bi bile upoštevane določbe iz člena 192(2) zakonika o javnem naročanju, ker niso navedeni razlogi, zaradi katerih se je organ javne uprave odločil za neposredno oddajo *in house* namesto za objavo javnega naročila.
- 8 Vendar pa predložitveno sodišče dvomi, da so omejitve, določene v nacionalni zakonodaji za oddajo *in house*, skladne z zadevnimi določbami in načeli prava Unije. Predložitveno sodišče glede tega ugotavlja, da člen 192(2) zakonika o javnem naročanju za oddajo *in house* za storitve, ki so na voljo na trgu, določa dva pogoja, ki pa se ne zahtevata za druge oblike oddaje naročila:
  - i) prvi pogoj zadeva obveznost predstavitve razlogov, zaradi katerih storitve niso bile poiskane na trgu. Z drugimi besedami, storitve se lahko neposredno oddajo *in house* le, če se dokaže, da zadevni „trg ni delujoč“;

- ii) drugi pogoj zadeva obveznost navedbe „koristi za skupnost“, ki jih prinaša oddaja *in house* za storitve, ki so na voljo na trgu.
- 9 V skladu s temi določbami je v italijanskem pravnem redu oddaja *in house* v podrejenem položaju in izjemna v primerjavi z drugimi oblikami oddaje, zlasti pa v primerjavi z oddajo naročila s postopkom javnega naročanja. Ta omejujoča umeritev je potrjena tudi v sodni praksi Corte costituzionale (ustavno sodišče, Italija), ki priznava, da so zakonite omejitve neposredne oddaje v nacionalni zakonodaji, ki so širše od tistih, ki so določene v zakonodaji Unije (glej sodbo št. 325 z dne 17. novembra), in je večkrat izjavilo, da je oddaja *in house* „izjema od splošnega pravila, da se naročilo odda tretjim osebam s postopkom javnega naročanja“ (glej na primer sodbo št. 46 z dne 20. marca 2013).
- 10 Predložitveno sodišče meni, da se je primerno vprašati, ali je zgoraj opisana omejujoča ureditev v italijanskem pravnem redu skladna z načeli in določbami prava Unije. Predložitveno sodišče glede tega ugotavlja, da v italijanskem pravnem redu soobstajata dve načeli, ki sta si samo navidezno nasprotujoči: po eni strani načelo (določeno v členu 2 Direktive 2014/23/EU), da lahko organi javne uprave po svojih najboljših močeh svobodno organizirajo opravljanje storitev v njihovem interesu, in po drugi strani načelo svobodne konkurence na trgih javnih naročil in koncesij. Drugo načelo je subsidiarno prvemu, ker so, kot ugotavlja predložitveno sodišče, organi javne uprave v prvi vrsti poklicani, da se odločijo, ali bodo uporabili lastne vire (lastna proizvodnja) ali bodo uporabili zunanje gospodarske subjekte (zunanje izvajanje). Samo v primeru, da se odloči za zunanje izvajanje, mora organ javne uprave spoštovati načelo svobodne konkurence med tržnimi subjekti.
- 11 Glede na tak okvir predložitveno sodišče ugotavlja, da v nasprotju z italijanskim pravom, v katerem je uporaba modela lastne proizvodnje storitev podrejena oddaji storitev v zunanje izvajanje, pravo Unije v bistvu enači oddajo storitev *in house* (ki je ena od glavnih oblik lastne proizvodnje) z oddajo storitev v izvajanje tretjim osebam s postopkom javnega naročanja.
- 12 Nasprotje nacionalne zakonodaje z določbami in načeli prava Unije je videti še očitnejše, če se upošteva, da v pravu Unije oddaja storitev *in house* ni le primerljiva z oddajo storitev v izvajanje tretjim osebam s postopkom javnega naročanja, ampak jo organ javne uprave tudi logično izbere pred oddajo storitev v lastnem interesu v zunanje izvajanje. V skladu z določbami prava Unije se organ javne uprave namreč lahko odloči, da bo storitve oddal v zunanje izvajanje šele, ko izključi možnost uporabe lastnih virov. Ta model ustreza osnovnemu gospodarskemu pravilu, po katerem ni gospodarno obrniti se na druge, če smo sami sposobni poskrbeti za svoje potrebe.
- 13 Pravkar opisani model, ki določa popolno primerljivost (če ne celo logično prednost) sistema lastne proizvodnje v primerjavi s sistemom oddaje v zunanje izvajanje, je potrjen v sodni praksi Sodišča, ki je pojasnila, 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“ (glej sodbo z dne 9. junija 2009, Komisija/Nemčija, C-480/06, EU:C:2009:357, točka 45). V bistvu enako je potrdila Evropska komisija v sporočilu „Razlagalno sporočilo Komisije o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva“ (UL 2008, C 91, str. 4), kjer je izjavila: „V skladu z zakonodajo Skupnosti lahko javni organi sami izvajajo gospodarske dejavnosti ali za njihovo izvajanje pooblastijo tretje osebe, npr. podjetja z mešanim kapitalom, ustanovljena v okviru javno-zasebnega partnerstva. Če se javni organi odločijo v gospodarske dejavnosti vključiti tretje osebe in če je ta vključitev v obliki javnih naročil ali koncesij, je treba upoštevati določbe zadevne zakonodaje Skupnosti“. Primerjava med lastno proizvodnjo in zunanjim izvajanjem storitev v pravu EU je potrjena v členu 2 Direktive 2014/23/EU in v uvodni izjavi 5 Direktive 2014/24/EU.

### ***Drugo vprašanje za predhodno odločanje***

- 14 Predložitveno sodišče poudarja zlasti posebno sestavo družbe Rieco S.p.A., ki določa udeležbo dveh vrst družbenikov (organov javne uprave): naročnike (ki izvajajo podobno obvladovanje nad družbo in torej lahko neposredno oddajajo naročila zanjo) in družbenike, ki niso naročniki (ki ne izvajajo podobnega obvladovanja in torej ne morejo oddajati naročil).
- 15 Taka shema, ki je po eni strani videti dopustna z vidika prava Unije in zlasti člena 12(3) Direktive 2014/24/EU, pa po drugi vzbuja resne dvome, ali je s to določbo skladna nacionalna zakonodaja, zlasti člen 4(1) enotnega besedila o podjetjih v javni lasti, ki določa: „Organi javne uprave ne smejo neposredno ali posredno ustanoviti družb, katerih predmet je proizvodna dejavnost blaga in storitev, ki ni nujno potrebna za doseganje svojih institucionalnih ciljev, ne pridobiti ali ohraniti (niti manjšinskih) deležev v takih družbah“.
- 16 Predložitveno sodišče ugotavlja, da je v obravnavani zadevi videti, da ta predpis izključuje možnost, da bi organi javne uprave, ki niso naročniki, v prihodnje pridobili podobno obvladovanje nad družbo Rieco S.p.A., ker bi bilo v tem primeru kršeno merilo „nujno potrebnega“ iz navedene določbe; ta potreba mora biti aktualna in ne hipotetična ali prihodnja.
- 17 Zato se je treba vprašati, ali je ta določba nacionalnega prava v nasprotju z zgoraj navedenimi določbami prava Unije, ki dopuščajo, da organi javne uprave, ki niso naročniki, pridobijo podobno obvladovanje v družbi *in house*, v kateri je udeleženih več organov.