

Predmet C-692/23

**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda**

Datum podnošenja:

17. studenoga 2023.

Sud koji je uputio zahtjev:

Gerechtshof Den Haag (Nizozemska)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

14. studenoga 2023.

Tužitelj:

AVR-Afvalverwerking BV

Tuženici:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Predmet glavnog postupka

Glavni postupak odnosi se na ugovore o javnoj nabavi koje su sklopile tri općine pokrajine Zuid-Holland (Južna Nizozemska) i jedna druga pravna osoba u vezi s uporabom preostalog otpada iz kućanstava tih triju općina u pogledu kojih se prema tužiteljevim tvrdnjama nezakonito nije proveo postupak javne nabave.

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Ovaj zahtjev na temelju članka 267. UFEU-a odnosi se na pitanja temelji li se primjena „kriterija aktivnosti” predviđenog Direktivom 2014/24, koji ima za posljedicu to da postupak javne nabave nije obvezan, isključivo na prometu pravne osobe pod nadzorom koja je dio grupe ili na prometu grupe, kako se u potonjem slučaju utvrđuje promet i, u prvom slučaju, treba li radi utvrđivanja prometa pravne osobe pod nadzorom uzeti u obzir promet koji ostvaruju treće osobe kao korisnici odlagališta kojim upravljaju.

Prethodna pitanja

1. Treba li kriterij aktivnosti iz članka 12. stavka 3. prvog podstavka točke (b) Direktive 2014/24 u vezi s njezinim člankom 12. stavkom 5.

tumačiti na način da se,

ako se postotni udio djelatnosti, koji je naveden u potonjem članku, utvrđuje na temelju prometa, a pravna osoba pod nadzorom pripada grupi,

u obzir uzima isključivo promet sâme pravne osobe pod nadzorom ili promet svih povezanih ili nepovezanih društava unutar grupe, kao što je, primjerice,

(i) konsolidirani promet, koji u skladu s prenošenjem članaka 22. i 24. Direktive 2013/34 u nacionalno pravo predstavlja zbroj prometa dotične pravne osobe i prihoda drugih društava u grupi, ili

(ii) promet poduzeća s kojima pravna osoba pod nadzorom čini jedinstveni gospodarski subjekt u smislu pojma poduzetnika koji se primjenjuje u pravu tržišnog natjecanja Unije?

2. Ako je odgovor na prvo pitanje da se u obzir uzima isključivo promet sâme pravne osobe pod nadzorom, treba li kriterij aktivnosti koji se navodi u tom pitanju

tumačiti na način da se

promet ostvaren kada treće osobe, kao korisnici, odlažu otpad na odlagalište kojim upravlja pravna osoba pod nadzorom za račun javnih naručitelja koji nad njom provode nadzor smatra prometom koji proizlazi iz izvršavanja zadaća koje su toj pravnoj osobi povjerali javni naručitelji koji nad njom provode nadzor, uzimajući u obzir to da se pravna osoba pod nadzorom u tom pogledu također natječe s privatnim pružateljima usluga?

Navedene odredbe prava Unije

Članak 12. stavci 1., 3. i 5. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68., SL 2016., L 311, str. 26. i SL 2020., L 406, str. 67., u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/24)

Uvodna izjava 1., uvodna izjava 5. prva rečenica, uvodna izjava 31. i uvodna izjava 32. stavak 1. Direktive 2014/24

Članci 22. i 24. Direktive 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o godišnjim financijskim izvještajima, konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i o stavljanju izvan snage direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ (SL 2013., L 182, str. 19.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 3., str. 253., u daljnjem tekstu: Direktiva 2013/34)

Navedene odredbe nacionalnog prava

Članak 2:24. stavak 1., članci 2:24.a i 2:24.b Abestedingsweta (Zakon o javnoj nabavi) iz 2012. (u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi)

Članci 2:405, 2:406 i 2:410 Burgerlijk Wetboek (Građanski zakonik, u daljnjem tekstu: BW)

Sažet prikaz činjeničnog stanja i postupka

- 1 Društvo AVR-Afvalverwerking BV (u daljnjem tekstu: tužitelj) komercijalni je prerađivač otpada.
- 2 Općine pokrajine Friesland osnovale su 1995. društvo Afvalsturing Friesland NV (u daljnjem tekstu: AF) kao zajedničkog neprofitnog prerađivača otpada. AF upravlja grupom društava kćeri koja posluju i u drugim područjima osim oporabe otpada. AF sastavlja konsolidirane godišnje financijske izvještaje u kojima konsolidira svoje financijske podatke s onima svojih društava kćeri, drugih trgovačkih društava grupe i drugih pravnih osoba na koje ono može imati prevladavajući utjecaj ili koje su pod njegovom jedinstvenom upravom.
- 3 Općine Barendrecht, Albrandswaard i Ridderkerk (u daljnjem tekstu: općine BAR) nalaze se u pokrajini Zuid-Holland i osnovale su društvo NV BAR-Afvalbeheer (u daljnjem tekstu: BAR) kao neprofitno izvršno javno tijelo za gospodarenje otpadom.
- 4 Društvo NV Irado (u daljnjem tekstu: Irado) osnovale su druge tri općine pokrajine Zuid-Holland kao neprofitno izvršno javno tijelo za gospodarenje

otpadom i upravljanje javnim prostorom. Irado od 2017. povjerava AF-u uporabu preostalog otpada iz kućanstava, a od te iste godine ima udjele u AF-u.

- 5 Za račun općina pokrajine Friesland AF sâm (to jest ne posredstvom jednog od društava koja pripadaju njegovoj grupi) upravlja odlagalištem otpada (u daljnjem tekstu: odlagalište), na kojem se odlaže preostali otpad koji nije otpad iz kućanstava, uključujući komercijalni otpad i otpad koji nastaje sanacijom tla.
- 6 Na odlagališta u Nizozemskoj primjenjuje se planiranje kapaciteta u skladu s trećim Landelijke Afvalbeheerplanom (nizozemski plan gospodarenja otpadom). U okviru tog planiranja odlagalištima u Nizozemskoj upravljaju i privatni pružatelji usluga i javna tijela.
- 7 Do i uključujući 31. prosinac 2019. svaka od općina BAR imala je vlastiti sporazum s različitim poduzećima za uporabu otpada, a tužitelj je na temelju tih sporazuma reciklirao preostali otpad iz kućanstava tih općina. Općine BAR odlučile su 2019. da BAR može imati udjele u Iradu te su Iradu povjerile skupljanje i uporabu preostalog otpada iz kućanstava. Irado i AF su 13. prosinca 2019. sklopili sporazum o, među ostalim, uporabi preostalog otpada iz kućanstava u općinama BAR. BAR i Irado su 20. prosinca 2019. sklopili sporazum o, među ostalim, pružanju usluga u vezi s uporabom preostalog otpada iz kućanstava u općinama BAR. BAR je 31. prosinca 2019. postao član društva Irado.
- 8 Tužitelj je od Rechtbank Den Haag (Sud u Haagu, Nizozemska) zatražio poništenje sporazuma sklopljenih između, s jedne strane, društava Irado i AF te, s druge strane, društava Irado i BAR, a podredno njihovo ukidanje ili zabranu njihova izvršenja zbog toga što je u tu svrhu bio potreban postupak javne nabave.
- 9 Rechtbank Den Haag (Sud u Haagu) odbio je te zahtjeve.
- 10 Protiv te odluke tužitelj je Gerechtshofu Den Haag (Žalbeni sud u Haagu, Nizozemska) podnio žalbu i od tuženikâ zatražio naknadu štete.

Bitni argumenti stranaka u glavnom postupku

Pravni okvir

- 11 Sud je u svojoj presudi od 18. studenoga 1999., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, u daljnjem tekstu: presuda Teckal, t. 50.) presudio da se pravila o javnoj nabavi ne primjenjuju kada javni naručitelj dodijeli ugovor osobi koja je različita od njega, nad kojom on izvršava svoj nadzor i koji većinu svojih aktivnosti obavlja u korist tijela koje ga nadzire. Potonji uvjet poznat je kao „kriterij aktivnosti”.
- 12 Sama činjenica da su obje stranke sporazuma tijela javne vlasti ne isključuje primjenu pravila o nabavi. Međutim, primjena pravila o javnoj nabavi ne bi

trebala utjecati na slobodu koju tijela javne vlasti imaju u pružanju javnih usluga za koje su zadužena korištenjem vlastitih resursa što uključuje mogućnost suradnje s drugim tijelima javne vlasti. S druge strane, trebalo bi osigurati da izuzeta javno-javna suradnja ne izazove narušavanje tržišnog natjecanja u odnosu na privatne gospodarske subjekte (uvodna izjava 31. Direktive 2014/24; vidjeti također presudu od 11. svibnja 2006., Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308 (u daljnjem tekstu: presuda Carbotermo), t. 59.).

- 13 Upravo je zbog toga odlučujući kriterij aktivnosti. Taj je kriterij ispunjen ako pravna osoba pod nadzorom provodi više od 80 % svojih aktivnosti u izvršavanju zadataka koje joj je povjerio javni naručitelj koji nad njom provodi nadzor ili koje su joj povjerile druge pravne osobe nad kojima taj javni naručitelj provodi nadzor (uvodna izjava 33. i članak 12. stavak 1. Direktive 2014/24). Ako pravna osoba pod nadzorom većinu svojih aktivnosti obavlja u korist javnog naručitelja, pa su, stoga, sve druge aktivnosti marginalne, više ne postoji stvarno tržišno natjecanje (presuda Carbotermo, t. 62), dok u suprotnome svakako postoji.
- 14 Osim toga, Sud je u presudi od 8. prosinca 2016., Undis Servizi (C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935), presudio da se svaka iznimka od te obveze mora tumačiti usko (t. 29.). Budući da javno tijelo može izvršavati zadaće od javnog interesa pomoću vlastitih sredstava, iznimka o dodjelama „in house” opravdana je ako je izabrani ugovaratelj gotovo dio njegovih unutarnjih službi (iako je potonji pravno različiti subjekt od javnog naručitelja) i ako javni naručitelj „stoga koristi vlastita sredstva” (t. 30.). To pretpostavlja da javni naručitelj provodi nad uspješnim ponuditeljem nadzor sličan onome koji provodi nad vlastitim službama i da taj subjekt ostvaruje bitan dio svoje aktivnosti u korist javnog naručitelja (t. 31.).

Argumentacija stranaka

- 15 U glavnom postupku ključno je pitanje ispunjava li AF kriterij aktivnosti.
- 16 U svrhu primjene kriterija aktivnosti uzima se prema tužiteljevu mišljenju konsolidirani promet. Naime, tvrdi da je relevantan promet grupe kojoj pripada pravna osoba pod nadzorom (u smislu jedinstvenog gospodarskog subjekta, koji se može sastojati od fizičkih ili pravnih osoba) jer se isključivo na taj način može u dovoljnoj mjeri uzeti u obzir stvarna i gospodarska situacija. Tužitelj ističe da je AF gospodarski i organizacijski povezan sa svojim društvima kćerima, tako da je *de facto* riječ o samo jednom poduzeću. Napominje da bi uzimanje u obzir isključivo prometa pravne osobe pod nadzorom dovelo do neopravdano velikog broja iznimaka od primjenjivosti Direktive 2014/24 i, prema tome, do smanjenja tržišnog natjecanja, što nije u skladu s ciljem pravila o javnoj nabavi. Osim toga, navodi da pravna osoba pod nadzorom može zaobići omjer od 80 % prema 20 % poslujući unutar grupe te u tom smislu obavljajući sama više od 80 % poslova u korist javnog naručitelja koji nad njom provodi nadzor i prepuštajući jednom ili više društava u grupi da posluju na slobodnom tržištu.

- 17 Tuženici smatraju da se radi izračuna postotnog udjela prometa ostvarenog aktivnostima koje AF obavlja izvršavajući zadaće koje mu je povjerio javni naručitelj koji provodi nadzor nad njim (u daljnjem tekstu: promet u okviru izvršavanja zadaća) uzima u obzir promet koji je AF sâm ostvario jer se člankom 12. stavkom 3. prvim podstavkom točkom (b) Direktive 2014/24 upućuje na aktivnosti *pravne osobe*, dok bi se na temelju članka 12. stavka 5. te direktive moglo zahtijevati i drugo mjerilo koje se temelji na odgovarajućoj djelatnosti, poput, primjerice, troškova koje je relevantna *pravna osoba* imala u vezi s predmetnim uslugama; prema njihovom mišljenju taj promet iznosi više od 80 %, tako da se ne primjenjuju pravila o javnoj nabavi. Tvrde da bi, ako se u obzir uzima konsolidirani promet, uključen bio i promet drugih pravnih osoba, što bi podrazumijevalo primjenu *contra legem* kriterija aktivnosti. Naposljetku, tuženici smatraju da konsolidirani promet, ako se temelji na prometu koji nije ostvarila pravna osoba pod nadzorom, nije prikladna poveznica jer su pravila o konsolidaciji odveć tehničke prirode i previše složena te usto postoje brojne iznimke.
- 18 Što se tiče drugog prethodnog pitanja, tužitelj tvrdi da se na predmetnom odlagalištu ne može odlagati preostali otpad iz kućanstava i da se AF u pogledu tog odlagališta natječe na tržištu s privatnim pružateljima usluga, tako da se njegov promet u vezi s tim odlagalištem ne može smatrati prometom u okviru izvršavanja zadaća.
- 19 Tuženici navode da pokrajina može odobriti oslobođenje za odlaganje otpada nastalog oporabom otpada iz kućanstava i upućuje na presudu Carbotermo, u kojoj je Sud presudio da se prihod ostvaren od odlagališta otpada (u daljnjem tekstu: promet od odlagališta) također može smatrati prometom u okviru izvršavanja zadaća ako je ostvaren poslovanjem. Naime, napominju da aktivnosti koje obavlja pravna osoba pod nadzorom za račun javnopravnog tijela ili više njih koji je nadziru na temelju odluka o dodjeli ugovora o javnoj nabavi ne mogu u skladu s tom presudom koristiti isključivo javnom naručitelju koji provodi nadzor, nego i trećim osobama kao korisnicima. Ističu da, ako treće osobe, kao korisnici, za to plaćaju, kao što je to slučaj u ovom predmetu, taj se promet smatra prometom u okviru izvršavanja zadaća.

Kratak pregled obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 20 Što se tiče primjene kriterija aktivnosti, s obzirom na različita stajališta stranaka i okolnost da navedena sudska praksa nije relevantna za donošenje odluke u predmetnom slučaju, sudu koji je uputio zahtjev nije jasno uzima li se za utvrđivanje prometa u obzir isključivo AF-ov promet ili promet grupe i kako se u potonjem slučaju utvrđuje promet grupe. Utvrđivanje prometa ključno je za odgovor na pitanje treba li primijeniti pravila o javnoj nabavi i, prema tome, kakvu odluku treba donijeti u glavnom postupku.

- 21 Ako se u obzir uzima isključivo AF-ov promet, postavlja se pitanje treba li promet koji je AF ostvario u vezi s odlagalištem smatrati prometom u okviru izvršavanja zadaća; to je pitanje odlučujuće za odgovor na dodatno pitanje je li ispunjen kriterij aktivnosti, pa je, stoga, relevantno za donošenje odluke u glavnom postupku. Iz presude Carbotermo proizlazi da se promet koji su ostvarile treće osobe može smatrati prometom u okviru izvršavanja zadaća. Naime, promet koji je relevantan za poduzeće pod nadzorom jest promet ostvaren odlukama o dodjeli ugovora o javnoj nabavi, uključujući promet ostvaren s korisnicima prilikom izvršenja takvih odluka. Naime, valja uzeti u obzir sve aktivnosti koje obavlja poduzeće, kao uspješni ponuditelj, na temelju ugovora o javnoj nabavi, pri čemu ne bi bila relevantna osoba korisnika, neovisno o tome je li javni naručitelj ili korisnik usluga. Nije bitno tko dotičnom poduzeću plaća naknadu, bilo javni naručitelj koji ima udjele u njemu ili treće osobe kao korisnici usluga (presuda Carbotermo, t. 65. do 67.). Nasuprot tomu, tužitelj tvrdi da se AF, kao pravna osoba pod nadzorom, natječe s privatnim pružateljima usluga upravljajući odlagalištem, tako da nije u potpunosti sigurno može li se njegov promet od odlagališta smatrati prometom u okviru izvršavanja zadaća. Sud koji je uputio zahtjev stoga smatra da je drugo prethodno pitanje također potrebno.

RADNI DOKUMENT