

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
CHRISTINE STIX-HACKL,
predstavljeni 23. septembra 2004¹

I – Uvod

1. V tem postopku predhodnega odločanja gre v bistvu za dva naslednja pravna problema prava oddaje naročila: pravno varstvo proti neposredni oddaji naročila, to je neizvajanje formalnega postopka oddaje naročila ter predpostavke za izjemo v primeru internega oddajanja. Zadnje zadeva razlago sodbe v zadevi Teckal².

za preskrbo in javnih naročil za gradnje³ (v nadaljevanju: Direktiva 89/665) in na razlago Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev⁴ (v nadaljevanju: Direktiva 92/50).

3. Člen 1(1) Direktive 89/665, kot sedaj velja, določa:

II – Pravni okvir

2. Vprašanja za predhodno odločanje se nanašajo na razlago Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil

„Države članice sprejmejo ukrepe, potrebne, da bi zagotovili v zvezi s postopki oddaje javnih naročil s področja uporabe direktiv 71/305/EGS, 77/62/EGS in 92/50/EGS, učinkovito in zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki skladno s pogoji, določenimi v naslednjih členih ter zlasti v členu 2(7) na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile pravo Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalne predpise o izvajanju tega prava.“

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

2 – Sodba z dne 18. novembra 1999 (C-107/98, Recueil, str. I-8121).

3 – UL L 395, str. 33, spremenjen s členom 41 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1), predložitveno sodišče jo imenuje „direktiva o pravnih sredstvih“.

4 – UL L 209, str. 1, večkrat spremenjen; predložitveno sodišče jo imenuje „direktiva o storitvah“.

4. Upoštevne določbe člena 1(a) Direktive 92/50 določajo:
- b) jih mešano podjetje, ki ga je ustanovilo več naročnikov za opravljanje ene od ustreznih dejavnosti v smislu člena 2(2), odda enemu od tistih naročnikov ali enemu od podjetij, ki je povezano z enim od teh naročnikov,

„V tej direktivi:

- a) Javna naročila storitev pomenijo pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom [...]“

pod pogojem, da vsaj 80 % povprečnega prometa v zvezi s storitvami, ki ga je to podjetje realiziralo v Skupnosti v poprejšnjih treh letih, izhaja iz zagotavljanja teh storitev podjetjem, s katerimi je povezano.

5. Končno se je postopek v glavni stvari nanašal tudi na Direktivo Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju⁵ (v nadaljevanju: Direktiva 93/38). Člen 13(1) te direktive določa:

Kadar isto storitev ali podobne storitve opravlja več kakor eno podjetje, ki je povezano z naročnikom, se upošteva skupni promet, ki ga ta podjetja ustvarijo z zagotavljanjem storitev.“

„1. Ta direktiva se ne uporablja za javna naročila storitev, ki:

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

- a) jih naročnik odda povezanemu podjetju;

6. Mesto Halle je spomladi leta 2001 začelo načrte, ki so bili usmerjeni v predhodno obdelavo, predelavo oz. odstranjevanje svojih odpadkov, ki jih je treba odvažati ali tistih, ki jih ni treba, s strani komunalno pristojnega nosilca načrtov. S sklepom z dne 12. decem-

5 — UL L 199, str. 84, večkrat spremenjen.

bra 2001 je mesto Halle pooblastilo RPL Recyclingpark Lochau GmbH (v nadaljevanju: RPL) za realizacijo načrtov, tehničnih dovoljenj in za izgradnjo termične naprave za odstranjevanje in predelavo odpadkov v Lochau (v nadaljevanju: TABVA). Hkrati je mesto Halle odločilo, da začne, prav tako brez razpisa natečaja, pogajanja z RPL Lochau z namenom sklenitve pogodbe za odvoz ostankov mestnih odpadkov od 1. junija 2005. Že v osnutku je predložena pogodba globoko prekoračila pragove za taka naročila storitev. Poleg tega namerava mesto Halle, za zagotavljanje količinske izrabe kapacitet naprave, skleniti sporazume o skupni izrabi s sosednjima deželjnima okrožjema, po katerih bosta ti na mesto Halle prenesli nalogo obdelave in predelave odpadkov tako, da bo v končni fazi obdelava ostankov odpadkov teh okrožij prav tako opravljena v TABVA s strani RPL. Mesto Halle izhaja iz tega, da gre za interni posel, za katerega ne velja obveznost razpisa.

Sachsen-Anhalt GmbH, zasebno podjetje. Sedanja holdinška razmerja so bila dogovorjena šele konec leta 2001 z družbeno pogodbo v zvezi z nameravano oddajo naročil za storitve odvažanja odpadkov z dne 1. junija 2005. Dejavnost podjetja RPL je v skladu z družbeno pogodbo obratovanje z napravami za recikliranje in odvažanje odpadkov, med drugim obratovanje z napravami za kompostiranje bioloških odpadkov, za separacijo mešanih gradbenih odpadkov in odpadkov obratov, izgradnja in obratovanje z napravami za obdelavo in predelavo usedlin v čistilnih napravah, za predelavo izcednih voda, plinov odlagališč in bioloških plinov ter za termično obdelavo odpadkov.

7. RPL je družba z udeležbo javnega kapitala, ki obstaja od leta 1996, v pravni obliki družbe z omejeno odgovornostjo. Družbenika RPL sta s 75,1 % Stadtwerke Halle GmbH, katere edini družbenik je Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, ki je v 100-odstotni lasti mesta Halle ter s 24,9 % RWE Umwelt

8. V skladu z družbeno pogodbo se sklepi družbenikov sprejemajo z navadno večino, pri določenih odločitvah, med njimi tudi imenovanje dveh poslovodij družbe, pa s kvalificirano večino 75 % glasov. Poslovodstvo mora družbenikom mesečno poročati v skladu z ureditvijo poročanja znotraj Stadtwerke Halle GmbH. Za posamezne pravne posle in ukrepe, med njimi sklepanje oz. spreminjanje pogodbe o obratovanju, opravljanje vlaganj ter sprejemanje posojil od določenega obsega, je potrebno soglasje skupščine družbenikov. Trenutno je po-

slovno in tehnično vodenje RPL pogodbeno preneseno na tretje podjetje. Kontrolne funkcije, tipične za nadzorni odbor, opravlja nadzorni odbor Stadtwerke Halle GmbH. Mesto Halle ima po družbeni pogodbi glede na letno poročilo posebna pooblastila za preverjanje računovodskih izkazov in neposredno informiranje revizijskega organa.

10. Proti tej odločbi sta mesto Halle in RPL takoj vložila pritožbo pri Oberlandesgericht Naumburg.

IV – Vprašanja za predhodno odločanje

11. Oberlandesgericht Naumburg je prekinilo odločanje in Sodišču predložilo ta vprašanja:

9. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (v nadaljevanju: TREA) je mestu Halle z dopisi z dne 21. decembra 2001 in z dne 30. januarja 2002 očital, da niso bile izpolnjene predpostavke za interni posel in da je zato namen tožene stranke, da bi storitve odvažanja odpadkov z dne 1. junija 2005 oddajala brez formalnega razpisa, v nasprotju s pravili o oddajanju naročil. Mesto Halle je z dopisom z dne 7. februarja 2002 ter v razgovoru z dne 19. februarja 2002 potrdilo, da bo ostalo pri svojem stališču. Z dopisom z dne 21. februarja 2001 je TREA zahteval uvedbo postopka za preverjanje pri Komisiji za javna naročila Regierungspräsidium Halle s ciljem, da naj bo mesto Halle zavezano izvesti javni razpis. Komisija za javna naročila Regierungspräsidium Halle je s sklepom z dne 27. maja 2002 mestu Halle naložila, naj predmetne storitve – „Odvoz ostankov odpadkov mesta Halle z dne 1. junija 2005“ – odda v okviru razpisa in v skladu s transparentnim postopkom oddaje naročil v skladu z Verdingungsordnung (pravilnik o javnih naročilih).

1. Ali člen 1(1) Direktive [89/665] državam članicam nalaga, naj zagotovijo možnost učinkovitega in kolikor je mogoče hitrega pravnega sredstva zoper odločitev naročnika, da javnega naročila ne odda v okviru postopka, ki je v skladu z določbami direktiv o oddaji javnih naročil?
2. Ali člen 1(1) Direktive [89/665] državam članicam nalaga tudi, naj zagotovijo možnost učinkovitega in kolikor je mogoče hitrega pravnega sredstva zoper odločitve naročnikov, sprejete pred formalnim razpisom natečaja, zlasti zoper odločitve glede predhodnih vprašanj o tem, ali na splošno za določen postopek nakupa osebno in stvarno veljajo direk-

tive o oddaji javnih naročil ali če izjemoma zanj ne veljajo predpisi o javnih naročilih?

na 1(a) Direktive o storitvah, ker se sopogodbenik šteje za del javne uprave ali služb naročnika – v nadaljevanju: notranji posel, za katerega ni potrebna oddaja naročila –, ali je opredelitev take pogodbe kot notranjega posla, za katerega ni potrebna oddaja naročila, vedno izključena zgolj na podlagi dejstva, da ima zasebno podjetje delež v družbi sopogodbenika?

3. V primeru pritrdilnega odgovora na vprašanje 1 in nikalnega odgovora na vprašanje 2: ali država članica zadosti svoji obveznosti, zagotoviti možnost učinkovitega in kolikor je mogoče hitrega pravnega sredstva zoper odločitev naročnika, da javnega naročila ne odda v okviru postopka, ki je v skladu z določbami direktiv o oddaji javnih naročil, če uvedba revizijskega postopka ni mogoča, dokler postopek ni v določeni formalni fazi, na primer ob začetku pisnih ali ustnih pogajanj s tretjo stranko?
4. Pod predpostavko, da ima, prvič, naročnik, kot je na primer regionalna ali lokalna oblast, namen skleniti s subjektom, ki je od nje formalno ločen – v nadaljevanju: sopogodbenik –, pisno pogodbo z denarnim interesom glede storitev iz Direktive o storitvah in drugič, da ta pogodba izjemoma ni javno naročilo storitev v smislu člena 1(a) Direktive o storitvah, ker se sopogodbenik šteje za del javne uprave ali služb naročnika – v nadaljevanju: notranji posel, za katerega ni potrebna oddaja naročila –, ali je opredelitev take pogodbe kot notranjega posla, za katerega ni potrebna oddaja naročila, vedno izključena zgolj na podlagi dejstva, da ima zasebno podjetje delež v družbi sopogodbenika?
5. V primeru nikalnega odgovora na vprašanje 4: pod kakšnimi pogoji je treba sopogodbenika, v katerem ima delež zasebno podjetje – v nadaljevanju: družba z udeležbo javnega kapitala –, šteti za del javne uprave ali služb naročnika? Zlasti:
 - a) ali zadostuje za to, da se družba z udeležbo javnega kapitala obravnava kot del služb naročnika s stališča ureditve in intenzivnosti nadzora, da jo naročnik „obvladuje“, na primer v smislu člena 1, točka 2, in 13(1), Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetske, transportnem in

telekomunikacijskem sektorju (UL 1993, L 199, str. 84), spremenjene z aktom o pogojih pristopa iz leta 1994 (UL C 241, 29.8.1994, str. 228) kot tudi z Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta (UL L 101, 16.2.1998, str. 1)?

d) ali za to, da se družba z udeležbo javnega kapitala šteje kot del služb naročnika s stališča, da bistveni del svoje dejavnosti realizira z njim, zadostuje, da najmanj 80 % povprečnega prometa, ki ga je to podjetje doseglo v Skupnosti v poprejšnjih treh letih v storitvenem sektorju, izhaja iz opravljanja teh storitev za naročnika ali za podjetja, ki so z njim povezana ali od njega odvisna – če podjetje z udeležbo javnega kapitala teh dejavnosti še ne opravlja tri leta –, če je mogoče predvideti, da bo dosežen prag 80 %?

b) ali vsaka pravna možnost prevzema vpliva s strani zasebnega družbenika družbe z udeležbo javnega kapitala glede strateških ciljev sopogodbениka in/ali glede posamezne odločitve, sprejete v okviru upravljanja podjetja, izključuje, da se to podjetje šteje za del služb naročnika?

V – Vprašanja za predhodno odločanje glede pravnega varstva (prva tri vprašanja)

A – Dopustnost

c) ali za to, da se družba z udeležbo javnega kapitala šteje kot del služb naročnika, s stališča ureditve in intenzivnosti nadzora, zadoščajo široka pooblastila pri vodenju izključno glede odločitev o sklepanju pogodbe in izvajanja storitev v zvezi z obravnavanim postopkom naročila?

12. Glede vprašanj za predhodno odločanje v zvezi s pravnim varstvom je najprej treba obravnavati, ali in v kakšni meri so ta vprašanja dopustna.

13. Načeloma mora Sodišče odločiti o vsakem predlogu za predhodno odločanje, razen če ni očitno, da je namen predloga, da odloča o konstruiranem sporu ali da poda mnenje o splošnih ali hipotetičnih vprašanjih, če zahtevana razlaga prava Skupnosti nima zveze z resničnostjo ali predmetom spora ali če Sodišče ne razpolaga z dejanskimi ali pravnimi podatki, ki so potrebni za uporaben odgovor na zastavljena vprašanja⁶.

predložitvenim sodiščem. Sicer pa sodišče, ki je predložilo vprašanja, tudi ne pojasnjuje, kateri razlogi so ga privedli do stališča, da je za odločanje o sporu, ki ga obravnava, potreben odgovor v zvezi s takimi okoliščinami.

14. V tej zadevi iz spisa izhaja, da je načrtovana oddaja naročila, ki je predmet postopka v glavni stvari, v določenem stadiju, namreč že obstaja osnutek pogodbe. Iz tega sledi, da so vprašanja za predhodno odločanje dopustna le toliko, kolikor so potrebna za reševanje spora v teh okoliščinah. Sicer vprašanja iz predloge zadevajo bistvene pravne težave pravnega varstva, vendar procesna pravila izključujejo podajanja načelnih preudarkov. Ti namreč zadevajo okoliščine, ki niso predmet konkretnega spora, ki je pred

15. Zato je treba ta vprašanja, zaradi pomanjkanja stičnih točk, iz katerih bi izhajalo, daj je potreben odgovor v zvezi s takimi okoliščinami za odločanje o sporu v postopku v glavni stvari, šteti za hipotetična in s tem nedopustna⁷.

16. Kolikor se z vprašanji za predhodno odločanje zahteva pojasnitev splošnih pravnih vprašanj, so torej nedopustna. To prav tako velja za združljivost nacionalnega prava s pravom Skupnosti, omenjeno v tretjem vprašanju za predhodno odločanje. S temi omejitvami pa so vprašanja za predhodno odločanje glede pravnega varstva sicer dopustna, to je v okoliščinah postopka v glavni stvari. Ker je, z vidika meritorne obravnave, namen prvih treh vprašanj enak, in sicer določitev aktov naročnika, zoper katere se lahko vložijo pravno sredstvo, jih je treba obravnavati in nanje odgovoriti skupaj.

6 — O postopku oddaje naročil glej sodbe z dne 16. oktobra 2003 v zadevi Traunfellner (C-421/01, Recueil, str. I-11941, točka 37) in z dne 4. decembra 2003 v zadevi EVN in Wienstrom (C-448/01, Recueil, str. I-14527, točka 76). Poleg tega glej sodbe z dne 16. decembra 1981 v zadevi Foglia (244/80, Recueil, str. 3045, točka 18), z dne 15. decembra 1995 v zadevi Bosman (C-415/93, Recueil, str. I-4921, točka 61), z dne 16. januarja 1997 v zadevi USSL N° 47 di Biella (C-134/95, Recueil, str. I-195, točka 12) in z dne 7. januarja 2003 v zadevi BIAO (C-306/99, Recueil, str. I-1, točka 89).

7 — Sodbe Traunfellner (navedena v opombi 6), točka 38 in naslednje, in EVN in Wienstrom (navedena v opombi 6), točka 83; glej tudi sodbo z dne 18. marca 2004 v zadevi Siemens (C-314/01, Recueil, str. I-2549, točka 36).

B – Meritorna obravnava

17. Vprašanja za predhodno odločanje glede pravnega varstva pred določenimi odločbami naročnika se v bistvu nanašajo na vprašanje, od katerega stadija pred samo oddajo naročila je treba dovoliti predvideno možnost preverjanja s strani nacionalnih organov, predvideno v Direktivi 89/665. V bistvu gre za določitev trenutka, v katerem je namen nabave dosegel potrebno stopnjo konkretizacije za pravno varstvo.

18. Najprej je treba izhajati iz načela, da sodna praksa Sodišča pojem „odločitve“ v smislu člena 1(1) in pojem „odločitve“ kot dejanja z možnostjo preverjanja v smislu člena 2(1)(b) Direktive 89/665, to je torej izpodbojna dejanja naročnika, razlaga široko.

19. V skladu s to sodno prakso člen 1(1) Direktive 89/665 „glede načina in vsebine ne predvideva omejitve“⁸ odločitev.

20. Dalje, države članice morajo v skladu s členom 1(3) Direktive 89/665 zagotoviti, da so postopki preverjanja, predvideni v tej direktivi, „vsaj“ na razpolago vsakomur, ki ima ali je imel interes za določeno javno naročilo in mu je zaradi zatrjene kršitve določbe prava Skupnosti o javnih naročilih ali nacionalnih predpisov, s katerim se prenašajo, nastala škoda oz. mu grozi škoda.

21. V tej zadevi se postavlja vprašanje, ali pod pojem odločitve spadajo tudi odločitve, ki jih sprejmejo „predhodno“ ali pravno povedano pred začetkom postopka oddaje naročila. Torej gre za odločitve, do katerih pride med samimi razmišljanji in uvedbo ali neuvedbo postopka oddaje naročila.

22. Z vidika namena Direktive 89/665, in sicer zagotavljanja učinkovitega pravnega varstva, kot je izrecno določeno členu 1(1), je potrebno, da se ta direktiva uporablja tudi za odločitve, ki so sprejete pred začetkom postopka oddaje naročila.

8 — Sodbe z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Alcatel Austria in drugi (C-81/98, Recueil, str. I-7671, točka 35), z dne 18. junija 2002 v zadevi HI (C-92/00, Recueil, str. I-5553, točka 49) in z dne 19. junija 2003 v zadevi Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) proti Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG) (C-315/01, Recueil, str. I-6351, točka 52).

23. Glede možnosti preverjanja odločbe, da se ne začne postopek oddaje naročila, gre pri tem za odločbo, ki jo je mogoče primerjati z odločbo o zaključku postopka oddaje naročila.

24. Odločbe o zaključku postopka oddaje naročila spadajo med odločbe naročnika z možnostjo preverjanja. To je Sodišče za preklic postopka oddaje naročila tudi izrecno poudarilo. Tako bi prišlo do „popolnega onemogočanja uresničevanja cilja, ki ga zasleduje Direktiva 89/665 [...], če bi naročniki lahko preklicali javno naročilo za storitve, ne da bi bil ta postopek podvržen sodnemu preverjanju, s katerim bi bilo v vsakem pogledu zagotovljeno, da so dejansko upoštewane direktive za oddajo naročil in načela, na katerih slonijo“⁹.

25. Sicer je odločitev, da se postopek oddaje naročila ne izvede, v smislu direktiv na področju javnih naročil v nasprotju s preklicom začetega postopka oddaje naročila po naravi zunaj postopka oddaje naročila, vendar to nikakor ne izključuje uporabe Direktive 89/665.

26. V skladu s sodno prakso Sodišča se področje uporabe Direktive 89/665, ki zadeva pravno varstvo, ne omejuje le na preverjanje kršitev direktiv za področje javnih naročil. Tako se člen 1(1) Direktive 89/665 uporablja za vse „odločbe naročnikov, za katere veljajo pravila prava Skupnosti na področju javnih naročil“¹⁰, pri čemer se Sodišče ne omejuje na določbe direktiv za področje javnih naročil.

27. Države članice niso dolžne zagotoviti postopka preverjanja vsaki osebi, ki želi pridobiti javno naročilo. Nasprotno, države članice lahko zahtevajo tudi, da je prizadeti osebi nastala škoda oz. da ji grozi škoda zaradi zatrjene kršitve¹¹. Potem lahko udeležbo v postopku oddaje naročila postavijo kot pogoj za to, da lahko oseba dokaže tako interes za dodelitev naročilo kot tudi grozečo škodo zaradi zatrjevane protipravne dodelitve naročila.

10 — Glej zlasti sodbo z dne 23. januarja 2003 v zadevi Makedoniko Metro in Michaniki (C-57/01, Recueil, str. I-1091, točka 68). Poleg tega glej sodbi HI (navedena v opombi 8), točka 37, in GAT (navedena v opombi 8), točka 52.

11 — Sodba z dne 12. februarja 2004 v zadevi Grossmann Air Service (C-230/02, Recueil, str. I-1829, točka 25 in naslednje) in z dne 19. junija 2003 v zadevi Hackermüller (C-249/01, Recueil, str. I-6319, točka 18).

9 — Sodba HI (navedena v opombi 8), točka 53.

28. Vendar pa je Sodišče že odločilo, da je podjetje v primeru, ko ni oddalo ponudbe zaradi domnevno diskriminatornih specifikacij v razpisni dokumentaciji ali v navodilih za oddajo ponudbe, ki so bile razlog za to, da ni moglo ponuditi vseh zahtevanih storitev, upravičeno začeti postopek preverjanja neposredno proti tej specifikaciji, še preden bo zaključen postopek oddaje naročila za predmetno javno naročilo¹².

30. Za uporabo direktiv o pravnih sredstvih in s tem postopka preverjanja zato ni odločilno, da je bil izvedeni postopek oddaje naročila predviden v direktivah za področje javnih naročil. Področje uporabe direktiv za pravna sredstva se namreč ne navezuje na dejansko uporabo direktiv za področje javnih naročil, na primer Direktive 93/38, temveč na to, ali bi se taka direktiva uporabila oz. ali se uporabi, torej ali dejanje, ki je predmet preverjanja, spada v področje uporabe take direktive.

31. Iz teh razmišljanj sledi, da so preverjanju v smislu Direktive 89/665 podvržena tudi določena dejanja, ki so opravljena pred začetkom postopka oddaje naročila. Vendar obstajajo tudi omejitve.

29. Kot mora biti podjetju omogočeno, da sproži postopek preverjanja neposredno proti kršitvam, ne da bi počakali na zaključek postopka oddaje naročila¹³, mora biti podjetju prav tako omogočeno, da zahteva preverjanje odločitve, pomembne za oddajo naročila, ne da bi počakali na začetek postopka oddaje naročila. Namreč, prav za tukaj zanimive primere je značilno, da ne pride do postopka oddaje naročila v smislu direktiv za področje javnih naročil. Od podjetja pa ne moremo zahtevati, naj poda ponudbo, če sploh ni bil začet postopek oddaje naročila.

32. Proti temu, da bi preprosto za vsa dejanja naročnika obstajala možnost preverjanja, najprej govori okoliščina, da posamezne faze do začetka postopka oddaje naročila niso le različne od države članice do države članice, temveč so tudi odvisne od konkretnega namena nabave.

33. Nadalje je treba spomniti na merilo Sodišča glede priznanja pravnega varstva. V skladu s tem merilom „je Direktiva 89/665 usmerjena v to, da bi krepila obstoječe

12 — Sodba Grossmann Air Service (navedena v opombi 11), točka 28.

13 — Sodba Grossmann Air Service (navedena v opombi 11), točke 29 in naslednje.

mehanizme na ravni posamezne države, kot tudi na ravni Skupnosti, za uveljavljanje direktiv Skupnosti na področju javnih naročil, predvsem takrat, *ko je še mogoče odpraviti kršitve*¹⁴.

34. Da ni vsako dejanje naročnika podvrženo preverjanju, potrjuje tudi druga sodba Sodišča, kjer je nacionalno pravo omejevalo možnosti preverjanja določenih odločitev naročnikov. V tej sodbi je Sodišče odločalo o tem, ali je zagotovljeno primerno pravno varstvo. V vsakem postopku je prišlo do izida, da je bilo pravno varstvo primerno, čeprav so bila po nacionalnem pravu izpodbojna le taka dejanja v postopku, ki neposredno ali posredno zadevajo vsebino zadeve, ki onemogočajo nadaljevanje postopka ali obrambo ali ki nepopravljivo škodijo oziroma posegajo v pravice ali upravičene interese¹⁵.

35. Torej, če je dopustno, to je združljivo z Direktivo 89/665, da so iz preverjanja izvzeta tudi določena dejanja, ki so opravljena po začetku postopka oddaje naročila, mora biti

14 — Sodba Alcatel Austria in drugi (navedena v opombi 8), točka 33 (poudarek je moj); glej tudi sodbo z dne 11. avgusta 1995 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-433/93, Recueil, str. I-2303, točka 23).

15 — Sodba z dne 15. maja 2003 v zadevi Komisija proti Španiji (C-214/00, Recueil, str. I-4667, točka 77 in naslednje).

a fortiori dovoljeno izvzeti določena dejanja, ki so opravljena pred začetkom postopka oddaje naročila.

36. Končno moramo spomniti še na to, da se direktive za področje javnih naročil omejujejo na koordinacijo, to je samo harmonizacijo postopka oddaje naročil, ne urejajo pa tudi faz pred postopkom oddaje naročila.

37. S tem lahko ugotovimo, da Direktiva 89/665 ne zagotavlja vseobsežnega preventivnega pravnega varstva.

38. Odločilen dejavnik za ugotavljanje akta, ki je lahko predmet preverjanja oblikuje materialno pravo, torej, ali ima podjetje po direktivah za področje javnih naročil določen zahtevek za izvedbo ali opustitev dejanja.

39. Načelno tako pride v poštev tudi prepovedni zahtevek. Ta je lahko usmerjen na to, da instituciji, podvrženi direktivam za področje javnih naročil, prepove opravljanje nabave, za katero veljajo te direktive, brez

izvajanja postopka oddaje naročila, predvidenega v teh direktivah. S tem je z vidika pravnega varstva vzpostavljena tudi paralela s prepovedjo oddaje.

40. Možno merilo za določanje aktov, opravljenih pred začetkom postopka oddaje naročila, za katere je treba dovoliti preverjanje, je torej učinek teh aktov na podjetje, ki zahteva preverjanje. Pri tem gre torej za predpostavke za pravico do vložitve pravnega sredstva (aktivna legitimacija).

41. V tem postopku pa gre le za predpostavke za izpodbijanje dejanja.

42. Nadaljnja omejitvev, ki jo je treba upoštevati v tem postopku predhodnega odločanja, izhaja iz procesnih določb za to vrsto postopkov pred Sodiščem. Tako tudi v tem postopku predhodnega odločanja ni mogoče dajati splošne definicije izpodbojnih aktov, temveč le podati odgovor, koristen za nacionalno sodišče, da bo lahko rešil pravni spor, ki ga obravnava.

43. Predmet tega postopka zato ni razvoj splošnih meril za oceno izpodbojnosti aktov naročnikov, temveč le meril za akte, ki so predmet postopka v glavni stvari.

44. V zvezi s tem zadošča opozorilo, da Direktiva 89/665 ne zajema čisto internih razmišljanj, kot so ugotavljanje potrebe, izdelava razpisne dokumentacije ali zgolj raziskava trga. Zato tudi ne zajema internih pravnih razmišljanj naročnika, ali spada nabava v področje uporabe direktiv za področje javnih naročil ali ne.

45. Vprašanje, ali že odločitev o začetku pogajanj z drugim podjetjem ali šele tekoča pogajanja o pogodbi veljajo za akt, ki je lahko predmet preverjanja, tukaj sicer lahko prezremo. Namreč, pri tem gre za hipotetična vprašanja, saj je predmet postopka v glavni stvari in torej vprašanj za prehodno odločanje drug primer in sicer obstaja že osnutek pogodbe.

46. V takem primeru je naročnik tik pred tem, da sklene pogodbe. S tem pa tak položaj ustreza okoliščinam, ki se pogosto pojavijo v drugih javnih naročilih, namreč fazi tik

neposredno pred dodelitvijo naročila. Namreč, do dodelitve naročila glede na nacionalno pravo pride bodisi pred sklenitvijo pogodbe bodisi hkrati z dodelitvijo, ker če nanjo gledamo kot na sprejetje ponudbe, pomeni sklenitev te pogodbe.

47. Da je bil v takem položaju začet postopek oddaje naročila, v pričujočem položaju pa ne, iz razlogov učinkovitosti pravnega varstva ni pomembno.

48. Na prva tri vprašanja za predhodno odločanje je zato treba odgovoriti, da je treba člen 1(1) Direktive 89/665 razlagati tako, da so države članice pod določenimi pogoji dolžne zagotoviti učinkovita in hitra pravna sredstva tudi zoper določene odločitve naročnika, ki jih ta sprejme zunaj postopka oddaje naročila; med te odločitve se lahko štejejo tudi odločitve, ki zadevajo predhodno vprašanje, in sicer ali je treba določeno nabavo opraviti brez njene oddaje v postopku oddaje javnega naročila.

VI – Vprašnji za predhodno odločanje glede oddaje navideznega internega naročila (četrto in peto vprašanje za predhodno odločanje)

49. Druga skupina vprašanj za predhodno odločanje zadeva predpostavke za oddajo navideznega internega naročila. Pri tem gre, kot pravilno poudarja avstrijska vlada, za razliko v primerjavi z oddajo internega naročila (lastne storitve), za oddajo naročila instituciji s pravno osebnostjo, ločeno od naročnika. Namreč, če oseba, ki izvaja storitev, ne bi bila pravna oseba, sploh ne bi mogla obstajati pogodba. S tem bi tudi manjkala predpostavka za naročilo v smislu direktiv za področje javnih naročil.

50. V tem postopku gre natančno za razlago pojma „naročilo“, ki predstavlja predpostavko za uporabo direktiv za področje javnih naročil. Pri tem izhajamo iz sodbe Sodišča v zadevi Teckal, v kateri je Sodišče za določene transakcije nabave štelo, da ne spadajo na področje uporabe direktiv za področje javnih naročil.

51. V skladu s to sodbo se direktive za področje javnih naročil ne uporabijo takrat, „kadar javnopravna teritorialna skupnost

nad zadevno osebo izvaja tak nadzor kot nad svojimi službami in če ta oseba opravlja svojo dejavnost pretežno za javnopravno teritorialno skupnost ali javnopravne teritorialne skupnosti, ki imajo v njej delež¹⁶.

52. Torej, s tem je Sodišče postavilo dva pogoja, zaradi katerih se, če sta izpolnjena, direktive o javnih naročilih ne uporabljajo, torej je Sodišče pojem „naročila“ teleološko reduciralo.

53. Na tem mestu je treba najprej poudariti, da je Sodišče neuporabo direktiv o javnih naročilih izrecno označilo za izjemo. Zato velja splošno načelo, po katerem je treba izjeme razlagati ozko. V okviru obravnave obeh pogojev v nadaljevanju je to dejstvo treba upoštevati.

54. Dalje je treba poudariti, da oddaje naročil institucijam, ki so same javni naročniki, kot na primer določena hčerinska podjetja – ne glede na izjemo Teckal in druge izjeme, kot na primer člen 6 Direktive

92/50 –, na splošno spadajo pod pojem naročila. Uporaba direktiv za javna naročila torej ostaja pravilo¹⁷.

55. Dalje je treba spominjati na izvor navideznega internega posla in s tem na izjemo Teckal, namreč posebno obravnavanje internih poslov, to je oddaje internih naročil in okoliščin, ki so jim enake.

56. Nazadnje je treba v pričujočih okoliščinah upoštevati cilje direktiv za javna naročila, namreč odpiranje trga in zagotavljanje konkurence.

57. To so orientacijske točke, ki igrajo vlogo pri razlagi izjeme v sodbi Teckal.

58. Na splošno razlikujemo naslednje tri okoliščine oddaje navideznega internega naročila: oddaje naročil lastnim družbam (družbam s 100 % deležem naročnika ali njegovih institucij), mešanim družbam jav-

16 — Sodba Teckal (navedena v opombi 2), točka 50 (poudarek je moj).

17 — Sodbe z dne 7. decembra 2000 v zadevi ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Recueil, str. I-11037, točka 40) in sodba Teckal (navedena v opombi 2), točka 50.

nega prava (družbam, v katerih ima udeležbo več javnih naročnikov) in mešanim gospodarskim družbam (družbam, v katerih so udeležene tudi prave osebe zasebnega prava).

A – Prvo merilo: nadzor nad lastnimi službami

59. Postopek v glavni stvari se nanaša na načrtovano oddajo naročila s strani mesta Halle, torej javnopravni teritorialni skupnosti, ki nedvomno velja za javnega naročnika v smislu direktiv za oddajo naročil, družbi pravnukinji. Sicer ima mesto Halle pri svoji hčerinski družbi, ta pa pri družbi vnukinji, vedno 100 % delež, vendar ima družba vnukinja pri družbi pravnukinji le 75,1 %. Preostale deleže pri družbi pravnukinji ima čisto zasebno podjetje.

60. V tem postopku gre torej za tako imenovano mešano gospodarsko družbo, to je za družbo z (posredno) večinsko udeležbo naročnika in udeležbo tretjega, ki nima statusa naročnika.

61. Iz procesnih razlogov je treba v nadaljevanju obravnavati le okoliščine, kot so te iz postopka v glavni stvari. Uporaba glede na konkretne okoliščine spora v postopku v glavni stvari pa ostaja naloga nacionalnega sodišča¹⁸.

62. Prva predpostavka za uporabo izjeme in s tem za neuporabo direktiv za javna naročila se nanaša na način nadzora javnega naročnika nad institucijo, ki ji želi dodeliti naročilo. Sodišče zahteva, naj mesto, ki dodeli naročila, „izvaja nadzor kot nad lastnimi službami“.

63. Sodišče pri tem izhaja iz merila, ki ga jemlje iz javnega prava. Ker pa je treba merilo nadzora vendarle, prav tako kot tudi pojem naročila in naročnika, razumeti funkcionalno, in ne formalno, to ne nasprotuje prenosljivosti na razmerje javnega naročnika do pravnih oseb zasebnega prava, kot v tem primeru, družba z omejeno odgovornostjo. Navezovanje na službo se pojasnjuje z izvirno funkcijo ustanovitve samostojnih institucij, namreč izločanja služb.

64. Za prenosljivost na druge okoliščine dodatno govori okoliščina, da iz sodbe Teckal v jeziku postopka, italijanščini, izhaja,

¹⁸ – Glej sklep z dne 14. novembra 2002 v zadevi Comune di Udine in drugi (C-310/01, neobjavljen v Recueil).

da sodišče zahteva le analogni („analogo“), to je primerljiv, ne pa identični nadzor¹⁹.

65. Ocenjevanje pravnega položaja večinskega družbenika se tako na eni strani ravna po veljavnih predpisih nacionalnega prava, v tem primeru torej po predpisih glede družb z omejeno odgovornostjo. Na drugi strani je treba upoštevati tista določila, ki bolj podrobno oblikujejo razmerje, to je praviloma družbeno pogodbo. To pomeni, da ne zadošča čisto abstraktna analiza glede na izbrano pravno obliko za osebo – podvrženo nadzoru – na primer vrsta pravne osebe.

66. S tem pa imajo pravila določena v nacionalnih prepisih, večinoma zakonih, le omejen pomen. To posebej velja za predpise, ki določajo, katere pravice, pod katerimi pogoji, pripadajo manjšinskim družbenikom. V bistvu gre za predpise, po katerih so določene pravice nadzora in prepovedi družbenikov odvisne od višine njihovega deleža, na primer 10 %, 25 % ali več kot 50 %.

67. Taki predpisi v najboljšem primeru omogočajo domnevo o tem, katere pravice pripadajo manjšinskemu družbeniku. Odločujoče ostane bolj podrobno oblikovanje v posameznem primeru. Kot najbolj pomemben primer v tej zvezi je treba navesti tako imenovano pogodbo o obvladovanju, ki določenemu družbeniku – neodvisno od njegovega deleža – dovoli določene pravice, ki presegajo zakonsko minimalno merilo.

68. Torej, ker ni odločilna nacionalna zakonodaja, temveč konkretna opredelitev položaja, tudi višina udeležbe javnega naročnika oz. nasprotno zasebnega manjšinskega družbenika sama ne more biti odločilna.

69. Iz tega sledi, da je fiksni odstotek ovira za primerno rešitev v tej meri, da ne omogoča upoštevanja konkretne opredelitve položaja in kategorično izključuje uporabo merila nadzora v primerih, ki ne ustrezajo merilu odstotka.

70. Ker pa tudi institucije, v katerih je udeležen zasebni manjšinski družbenik, lahko izpolnjujejo merilo nadzora, iz tega sledi, da izjema Teckal ne velja le za lastne družbe, temveč tudi za mešane gospodarske družbe.

19 – Po drugi strani glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Légerja z dne 15. junija 2000 v zadevi ARGE (sodba navedena v opombi 17), točka 66, v katerih navaja, da je naročnik, „ki subjektu dodeli izvajanje različnih storitev, identičen s pravno osebo, ki slednjega nadzira, in ne drug organ“.

Torej, vključevanje zasebnih podjetij načelno ne škoduje.

71. Na tem mestu bi spomnili na navedbe generalnega pravobranilca Légerja, ki je zavzel stališče, da se izjema iz sodbe Teckal uporabi že pri deležu s 50,5 %²⁰.

72. Za merilo nadzora, ki ga je razvilo Sodišče, je potreben več kot obvladujoč vpliv v smislu prava družb ali tak, kot je potreben za kvalifikacijo določenih institucij za naročnike v smislu vsakokratnega člena 1 direktive o javnih naročilih. Prav tako ne zadostuje obvladujoč vpliv v smislu člena 1, točka 3, v zvezi s členom 13 Direktive 93/38. Pri tem gre namreč prvič za sektorsko ureditev, ki velja, ki v zvezi z direktivo, ki se uporabi v tem primeru, nima ustreznika, drugič pa za izjemno določbo, ki jo moramo na splošno ozko razlagati.

73. Niti zakonodajalec Skupnosti niti Sodišče se nista v direktivah oziroma sodbi Teckal sklicevala na določbe direktiv o javnih naročilih.

74. Zato tukaj ne moremo prevzeti zahtevane ravni intenzivnosti nadzora v skladu z določbami direktiv o javnih naročilih, saj zaradi dejstva, da gre za izjemo, presega zahteve drugih ureditev izjem.

75. V okviru postopka predhodnega odločanja je naloga nacionalnega sodišča, prvič, razlaga nacionalnih pravnih predpisov in, drugič, uporaba tega in drugih predpisov na konkretnem dejanskem stanju. Predložitveno sodišče bo zato moralo ugotoviti, katere pravice ima mesto Halle pri svoji družbi pravnukinji RPL.

76. Pri uporabi nadzora mora nacionalno sodišče izhajati iz pooblastil za nadzor. Ali bo nadzor dejansko izvršen ali celo napoved, kako bo večinski družbenik izkoristil svoj delež, to je ali bi tudi odločil proti manjšinskemu družbeniku, ne more biti upoštevano iz razlogov pravne varnosti. S tega vidika je treba relativizirati tudi pomen morebitne dolžnosti zvestobe večinskega družbenika, posebej ker je treba upoštevati tudi dolžnosti zvestobe manjšinskega družbenika, na kar opozarja mesto Halle.

20 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi ARGE (navedeni v opombi 19, sodba navedena v opombi 17), točka 60.

77. Glede predmeta nadzora Sodišče izjeme iz sodbe Teckal ni omejilo na določene odločitve nadzorovanega subjekta. Nadzor nad odločitvami o oddaji naročil na splošno ali celo v konkretni odločitvi o oddaji naročila zato ne zadošča.

80. To merilo je mogoče posplošiti, ker, prvič, ne pridejo v poštev le neposredni imetnik deleža, temveč tudi, kot v tem primeru, družba prababica, torej posredne udeležbe, in drugič, zajete so tudi druge javnopravne teritorialne skupnosti.

78. Izhajajoč iz formulacije in cilja merila „nadzora kot nad lastnimi službami“, je prej treba zahtevati obsežno možnost nadzora. Ta se vsekakor ne more omejevati na strateške tržne odločitve, temveč mora obsegati tudi posamezne odločitve posloводства. Nadaljnjih podrobnosti v tem postopku ni treba obravnavati, ker to ni potrebno za rešitev spora v postopku v glavni stvari.

81. V sodbi Teckal postavljeno merilo se torej nanaša na določeno minimalno sodelovanje pri vseh dejavnostih, ki jih opravlja nadzorovana institucija. Torej gre za ugotovitev obsega vseh in za imetnika deleža v širokem smislu opravljenih dejavnosti.

B – Drugo merilo: dejavnost pretežno za imetnika deležev

79. Drugi pogoj, ki mora biti izpolnjen, da bi veljala izjema iz sodbe Teckal, se nanaša na dejavnosti nadzirane institucije. Po besedilu ustreznega odlomka sodbe velja izjema le, če institucija „opravlja svojo *dejavnost pretežno* za javnopravno teritorialno skupnost ali javnopravne teritorialne skupnosti, ki imajo deleže v njej“.

82. V zvezi s tem pa je treba opozoriti na to, da iz okoliščine, da pojma imetnika deleža ne smemo razlagati preozko, ne smemo sklepati, da so s tem zajete tudi dejavnosti za tretje osebe, ki bi jih sicer moral opraviti sam imetnik deleža. To v praksi zadeva predvsem dejavnosti splošnega pomena in torej občine (komune), ki imajo v razmerju do določenih oseba obveznost opraviti določne storitve. To splošno vprašanje ni predmet tega postopka predhodnega odločanja, ker predložitveno sodišče ne potrebuje odgovora za reševanje spora, ki ga obravnava.

83. Dalje je treba razčistiti, da so pomembne dejanske dejavnosti, ne pa možne dejavnosti po zakonu ali statutu podjetja ali celo dejavnosti, za katere je nadzorovana institucija zavezana.

84. Sedaj je osrednje vprašanje, s katerim deležem je dosežena meja izjeme Teckal. O tem obstaja več mnenj. Segajo od več kot 50 % prek „v znatnem obsegu“, „zelo pretežno“, „skoraj izključno“, pa do „izključno“.

85. Pri tem ni zastopan le pozitiven pristop v tem smislu, da bi bilo treba določiti obseg storitev, opravljenih za imetnika deleža, temveč tudi negativni. Po negativnem pristopu bi morali izhajati iz tega, kako visok je delež storitev, opravljenih za osebe, ki niso imetniki deležev. Zadnje mnenje najdemo, razen v tem postopku, v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca Légerja, ki ga več strank citira. Po njegovem mnenju „se direktiva uporablja, če institucija pretežno deluje za *druge* subjekte ali druge pravne osebe kot tiste, ki jih obsega ta naročnik“²¹. Glede na to, da je bil v izjemi iz sodbe Teckal uporabljen pozitiven pristop, negativnega pristopa ni treba dalje razčlenjevati.

86. V citiranem odlomku sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja pa pride do izraza drug pomemben vidik, ki ga je treba upoštevati pri določanju deleža.

87. Tako se postavlja vprašanje, ali izjema iz sodbe Teckal dovoljuje le kvantitativni način pogleda ali je boljše upoštevati tudi kakovostne elemente. V prid slednjemu govorita besedilo in smisel izjeme, ki tudi ne vsebuje namiga o tem, kako je treba oceniti dejavnosti. Tudi izvirnik ustreznega odlomka sodbe Teckal, to je italijanska verzija, ne izključuje, da bi si dodatno ali dopolnilno pomagali s kakovostnim pristopom („la parte più importante della propria attività“).

88. Poleg tega izjema iz sodbe Teckal tudi ne vsebuje opozorila o metodi izračuna deleža. Zato ni samoumevno, da je odločilen le promet.

89. Torej, nacionalno sodišče mora ugotoviti „bistvenost dejavnosti“ na podlagi količinskih in kakovostnih okoliščin. Poleg tega je lahko pomemben tudi položaj nadzorovane institucije na trgu, zlasti konkurenčni položaj glede na morebitne tekmece.

21 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi ARGE (navedeni v opombi 19, sodba navedena v opombi 17), točka 93 (poudarek je moj).

90. Glede sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja, ki so jih citirale stranke v zvezi z drugim pogojem iz sodbe Teckal, moramo dodatno spomniti na to, da je jezik izvirnika sklepnih predlogov jezik, ki ga je kot jezik izvirnika izbral generalni pravobranilec.

91. Izhajajoč iz tega načela, iz sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja izhaja: tako na eni strani napoti na „quasi-exclusivité“ opravljenih storitev, pri čemer se v nemškem izvodu glasi „sämtliche Dienstleistungen“²². Na drugi strani pa se naslanja na različico v jeziku postopka v zadevi Teckal, in sicer v italijanščini, in govori o „en grande partie“, kar v nemškem izvodu pomeni „im Wesentlichen“²³, ali o „največjem delu njene dejavnosti“ (v nemščini „den größten Teil ihrer Tätigkeit“)²⁴.

92. Za bolj podrobno konkretizacijo so različne stranke predlagale, naj bi merilo pretežnosti razlagali v smislu predpisa, ki velja za obravnavanje tistih oddaj naročil podjetjem, ki so povezana z naročnikom. Gre za merilo 80 % iz člena 13 Direktive 93/38. Kot obrazložitev za to so navajali, da bo merilo „objektivno“ ali „primereno“.

22 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi ARGÉ (navedeni v opombi 19, sodba navedena v opombi 17), točka 74.

23 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi ARGÉ (navedeni v opombi 19, sodba navedena v opombi 17), točka 81.

24 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi ARGÉ (navedeni v opombi 19, sodba navedena v opombi 17), točka 83.

93. V zvezi s tem je treba navesti, da bi lahko bil fiksen odstotek objektivni ali primeren. Vendar prav trdnost fiksnega odstotka lahko pomeni oviro za primerno rešitev. Dodatno ne dovoljuje upoštevanja kakovostnih elementov.

94. Proti prenosljivosti merila 80 % govori predvsem okoliščina, da gre za izjemen predpis direktive, ki velja le za določene dejavnosti. Tamkaj sprejeta ocena se omejuje na to direktivo po volji zakonodajalca Skupnosti. Če je temeljna misel praktično uporabna tudi zunaj teh sektorjev, pa je odločilno, da taka ureditev ni bila sprejeta v direktivi, ki se uporablja v tem primeru.

95. Proti upoštevanju člena 13 Direktive 93/38 pa govori še nadaljnji razlog. Njegov drugi odstavek namreč zavezuje naročnike, da Komisiji dajo določene informacije na njeno zahtevo. Ta določba velja za procesno pravno izravnavo za izjemo, določeno v členu 13. Pri izjemi v sodbi Teckal pa je šlo Sodišče po drugi poti. Zadovoljilo se je z v njej določenima pogojema materialnopravne narave. Ta pogoja pa je, ravno zaradi pomanjkanja primerljive procesno pravne ureditve, treba razlagati strogo.

VII – Predlog

96. Po vsem tem Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje odgovori:

1. Člen 1(1) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje je treba razlagati tako, da so države članice pod določenimi pogoji dolžne zagotoviti učinkovita in hitra pravna sredstva tudi zoper določene odločitve naročnika, ki jih ta sprejme zunaj postopka oddaje naročila; med te odločitve se lahko štejejo tudi odločitve, ki zadevajo predhodno vprašanje, in sicer ali je treba določeno nabavo opraviti brez njene oddaje v postopku oddaje javnega naročila.
2. Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev je treba razlagati tako, da njena neuporaba ne more biti izključena zgolj zaradi dejstva, da ima zasebno podjetje delež v družbi, ki je sopogodbena naročnika, pri čemer ima slednji sam v njej neposredno ali posredno delež.
3. Ali je sopogodbena, v katerem ima oseba zasebnega prava delež – v nadaljevanju: družba z udeležbo javnega kapitala –, z vidika prava družb del državne uprave ali služb naročnika, je odvisno od konkretne ureditve razmerij, pri čemer zgolj velikost deleža sama po sebi ni odločilna.

Za povezanost ne zadošča

- obvladovanje družbe z udeležbo javnega kapitala s strani naročnika v smislu člena 1, točka 2, in člena 13(1) Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju;
 - obsežna pravica do vodenja, ki se nanaša zgolj na odločitve o dodelitvi na splošno ali na odločitve o dodelitvi, ki se nanašajo na zadevno nabavo.
4. Za razliko od merila, določenega v členu 13 Direktive 93/38/EGS, navezovanje družbe z udeležbo na službe naročnika zaradi „pretežnega izvajanja dejavnosti za naročnika“, ni odvisno od tega, ali najmanj 80 % povprečnega prometa v storitveni dejavnosti tega podjetja v zadnjih treh letih v Skupnosti obsega opravljanje storitev za naročnika ali podjetja, ki so z njim povezana ali so v njegovi lasti, ali – v primeru, da mešana gospodarska družba še ne izkazuje triletnega poslovanja – je glede na napovedi mogoče pričakovati izpolnitev pravila 80 %.

Nacionalno sodišče mora pri navezovanju na naročnika izhajati iz dejanskih dejavnosti in pri tem posebej upoštevati količinske in kakovostne elemente.