

**Zadeva C-383/21****Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)  
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

24. junij 2021

**Predložitveno sodišče:**

Conseil d'État (Belgija)

**Datum predložitvene odločbe:**

15. junij 2021

**Tožeča stranka:**

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

**Tožena stranka:**

Société wallonne du logement

**1. Predmet spora in podatki o njem**

- 1 Družba za gradnjo stanovanj Sambre et Biesme, ki opravlja storitev javne službe (v nadaljevanju: družba Sambre in Biesme), je zadruga z omejeno odgovornostjo, katere glavni delničarki sta občini Farciennes in Aiseau-Presles.
- 2 Je del mreže družb za gradnjo stanovanj, ki opravljajo storitev javne službe in so pod nadzorom valonske družbe za gradnjo stanovanj, ki deluje za račun valonske vlade.
- 3 Leta 2015 sta se družba Sambre in Biesme ter občina Farciennes odločili, da bosta v kraju Farciennes zgradili ekološko četrt s približno 150 stanovanji. Stranki sta načrtovali, da jima bo pri tem pomagala Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Techniques et Économiques (medobčinska družba za vodenje in izvajanje tehničnih in ekonomskih študij) (v nadaljevanju: družba IGRETEC).
- 4 Družba IGRETEC opravlja naloge javne službe na več področjih. S projektno pisarno in osrednjim nabavnim organom pomaga javnim in zasebnim partnerjem

pri zasnovi in izvedbi industrijskih in stanovanjskih stavb, infrastrukture ali splošneje pri vseh urbanističnih in okoljskih projektih.

- 5 Med družbeniki družbe IGRETEC, ki jo sestavlja več občin v zadrugi z omejeno odgovornostjo, je danes več kot 70 občin, med katerimi je občina Farcienes, in več kot 50 drugih javnih organov.
- 6 Njeno delovanje ureja zakonodaja o gospodarskih družbah. Z njenim statutom sta občinam dodeljena večina glasov in predsedovanje različnim vodstvenim organom. Sklepi organov medobčinske družbe se sprejemajo z večino glasov občinskih družbenikov.
- 7 Kapital družbe IGRETEC je razdeljen na deleže petih kategorij, med katerimi so zlasti deleži A, dodeljeni občinam (5.054.351 deležev), in deleži C, dodeljeni „drugim družbenikom javnega prava“ (17.126 deležev). Takrat noben član upravnega odbora ni predstavljal družbenikov kategorije C. Vendar je bil v upravnem odboru družbe IGRETEC občinski svetnik občine Farcienes, ki je bil prav tako član upravnega odbora družbe Sambre in Biesme.
- 8 Družba Sambre in Biesme se je 29. oktobra 2015 odločila za nakup enega deleža v družbi IGRETEC, da bi lahko koristila njene storitve kot družbenik, pa čeprav zelo manjšinski.
- 9 V osnutku okvirnega sporazuma so bile določene pravice in obveznosti občine Farcienes oziroma družbe Sambre in Biesme pri zasnovi in izvedbi ekološke četrti v kraju Farcienes.
- 10 Člen 1 tega osnutka določa zlasti, da se oddajo skupna javna naročila za storitve, gradnje in spodbujanje gradenj ter da se občino Farcienes imenuje za javnega naročnika, ki v skupnem imenu in sam sprejema vse odločitve v zvezi z oddajo in dodelitvijo javnih naročil.
- 11 Člen 5 tega osnutka, naslovljen „Izbira pomoči nosilcu projekta za izvedbo naročil za storitve, gradnje in spodbujanje gradenj ter za pripravo dokumentacije glede urbane obnove“, določa, da se „stranki dogovorita, da občina Farcienes z družbo IGRETEC sklene [...] sporazum o pomoči nosilcu projekta, pravnih storitvah in okolju, in sicer v okviru razmerja ‚in house‘, ki vsako od strank povezuje z navedeno medobčinsko družbo“.
- 12 Upravni odbor družbe Sambre in Biesme je 9. februarja 2017 po eni strani sklenil, da „odobri sklenitev okvirnega sporazuma o skupnih naročilih z občino Farcienes“ in po drugi strani, da „glede na razmerje ‚in house‘ med [družbo Sambre in Biesme] ter družbo IGRETEC ne objavi javnega naročila za storitve azbestnega inventarja“, za katero je predhodno odobril posebno razpisno dokumentacijo. Ta razpisna dokumentacija je opisana kot prva stopnja izvedbe projekta ekološke četrti v kraju Farcienes.

- 13 Ta sklepa z dne 9. februarja 2017 sta bila 10. februarja 2017 predložena v presojo valonski družbi za gradnjo stanovanj, ki nadzira družbe za gradnjo stanovanj, ki opravljajo storitev javne službe, ker naj pogoji izjeme „in house“ v razmerju med družbami za gradnjo stanovanj, ki opravljajo storitev javne službe, ter družbo IGRETEC dejansko ne bi bili izpolnjeni in ker naj bi za naročila, ki ji jih oddajo družbe za gradnjo stanovanj, ki opravljajo storitev javne službe, veljal sistem javnih naročil.
- 14 Valonska družba za gradnjo stanovanj je 25. februarja 2017 razveljavila sklepa družbe Sambre in Biesme, ker je družbi IGRETEC brez razpisnega postopka dodelila pogodbo o tehnični pomoči (člen 5 okvirnega sporazuma) in pogodbo o storitvah azbestnega inventarja.
- 15 Po njenem mnenju obstaja razumen dvom o tem, da ima družba Sambre in Biesme odločilen vpliv na družbo IGRETEC, in sicer, natančneje, ker ima v lasti zgolj en delež kapitala družbe IGRETEC ter je, po nasprotnem razlogovanju, s statutom družbe IGRETEC prevlada podeljena občinam.
- 16 Imenovanje občine Farciennes kot vodilnega javnega naročnika v členu 1 okvirnega sporazuma ni dovolj za utemeljitev neposredne dodelitve pogodb družbi IGRETEC v imenu različnih podpisnic okvirnega sporazuma, četudi za občino Farciennes posamezno velja izjema „in house“ v razmerju z družbo IGRETEC. V okviru skupnega naročila so različni partnerji združeni na ravni zasnove naročila, vendar mora vsak partner upoštevati običajne postopke naročanja.
- 17 Ta sklep o razveljavitvi je predmet te tožbe.

## **2. Zadevne določbe**

*Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES*

- 18 Člen 12 določa:

„Javna naročila med osebami v javnem sektorju

1. Javno naročilo, ki ga javni naročnik odda pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada v področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- (a) javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;
- (b) odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 % svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal javni naročnik, ki jo obvladuje, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik, in

[...]

Šteje se, da javni naročnik obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe v smislu točke (a) prvega pododstavka, če odločilno vpliva na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe. [...]

2. [...]

3. Javni naročnik, ki ne obvladuje pravne osebe zasebnega ali javnega prava v smislu odstavka 1, lahko tej pravni osebi vseeno odda javno naročilo, ne da bi za to pravno osebo uporabljal to direktivo, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

(a) javni naročnik skupaj z drugimi javnimi naročniki obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;

(b) zadevna pravna oseba izvaja več kot 80 % svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki so ji jih dali javni naročniki, ki jo obvladujejo, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladujejo ti javni naročniki, in

[...]

Za namene točke (a) prvega pododstavka se šteje, da javni naročniki skupaj obvladujejo pravno osebo, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

(i) organe odločanja odvisne pravne osebe sestavljajo predstavniki vseh udeleženih javnih naročnikov. Posamezni predstavniki lahko zastopajo več ali vse sodelujoče javne naročnike;

(ii) ti javni naročniki lahko skupaj odločilno vplivajo na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe, in

(iii) odvisna pravna oseba nima interesov, ki so v nasprotju z interesi javnih naročnikov, ki jo obvladujejo.“

### **3. Stališča strank**

#### **A. Družba Sambre in Biesme**

- 19 Družba Sambre in Biesme meni, da se v izpodbijanem aktu napačno ugovarja razmerju „in house“ med njo in družbo IGRETEC. Izpostavlja, da je ta izjema določena v členu 12 Direktive 2014/24, ki uzakonja sodno prakso Sodišča. Trdi, da so – v nasprotju s trditvami iz izpodbijanega akta – pogoji izjeme „in house“ v obravnavani zadevi izpolnjeni. Trdi zlasti, da javni naročnik skupaj z drugimi javnimi naročniki obvladuje družbo IGRETEC podobno kot svoje službe, kar predpostavlja, da: (1) organe odločanja odvisne pravne osebe sestavljajo predstavniki vseh udeleženih javnih naročnikov, pri čemer lahko posamezni predstavniki zastopajo več ali vse sodelujoče javne naročnike, in (2) ti javni

naročniki lahko skupaj odločilno vplivajo na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe.

- 20 Trdi, da so v obravnavani zadevi izpolnjeni vsi zahtevani pogoji, saj skupaj z drugimi javnimi naročniki, med drugim z družbami za gradnjo stanovanj, ki opravljajo storitev javne službe, in občinami, obvladuje družbo IGRETEC „podobno kot svoje službe“ ter je udeležena „v kapitalu in upravnih organih [družbe IGRETEC]“ (sodba z dne 29. novembra 2012, Econord, C-182/11 in C-183/11, EU:C:2012:758, točka 33).
- 21 Poleg tega trdi, da je imel člen 12(3) Direktive 2014/24 neposredni učinek v času sprejetja izpodbijanega akta in da je treba to določbo zato uporabiti za določitev pogojev skupnega podobnega nadzora.
- 22 Prvič, navaja, da v skladu s sodno prakso Sodišča ni pomembno, da ima v kapitalu družbe IGRETEC le en delež, in da ta delež po njenem mnenju predstavlja le 0,0000000197 % deležev, ki dajejo pravico do glasovanja na generalni skupščini.
- 23 Drugič, dodaja, da v skladu s členom 12(3) Direktive 2014/24 ni treba, da ima vsak organizacijski organ člana upravnega odbora, vendar zadostuje, da so organizacijski organi zastopani v organih odločanja medobčinske družbe, pri čemer lahko ista oseba zastopa več ali vse sodelujoče javne naročnike. Pojasnjuje, da je evropski zakonodajalec tako omilil pogoje, ki izhajajo iz sodbe Econord, s katero se je zahtevalo, da je vsak javni organ „udeležen v kapitalu in upravnih organih navedenega subjekta“. Pojasnjuje, da statut družbe IGRETEC v različici, ki se uporablja v obravnavani zadevi, v členu 13(4), tretji pododstavek, določa, da „se vsaka kategorija družbenikov ločeno sestane, da določi število kandidatov za člane upravnega odbora v skladu s številom mandatov, ki se podelijo na njen predlog“, da so torej družbeniki kategorije C, v katero spada družba Sambre in Biesme, zastopani v upravnem odboru družbe IGRETEC in da je ta dejansko sestavljen iz oseb, ki zastopajo med drugim družbo Sambre in Biesme, v skladu s pogojem iz člena 12(3), drugi pododstavek, točka (i), Direktive 2014/24.
- 24 Tretjič, trdi, da v skladu s členom 12(3) Direktive 2014/24 skupaj z drugimi javnimi naročniki (občinami in drugimi družbami za gradnjo stanovanj, ki opravljajo storitev javne službe) v družbi IGRETEC to medobčinsko družbo obvladuje podobno kot svoje službe, kar pomeni, da ima odločilen vpliv na strateške cilje in pomembne odločitve medobčinske družbe. Pojasnjuje, da noben javni naročnik v družbi IGRETEC nima v lasti večinskega deleža, tako da predpostavka, navedena v točki 30 sodbe Econord, v obravnavani zadevi ne velja. Dodaja, da se člen 12(3) Direktive 2014/24 nanaša na druge javne naročnike v odvisnem subjektu in da uvedba različnih kategorij družbenikov ne preprečuje tega, da vsi javni naročniki izvajajo skupni nadzor nad tem subjektom. Kot dokaz navaja, da ta projekt izvaja v sodelovanju z občino Farciennes, ki spada v drugo kategorijo družbenikov. Družba Sambre in Biesme dodaja, da sta njeni glavni delničarki občina Farciennes in občina Aiseau-Presles, ki sta prav tako pridruženi družbi IGRETEC, ter na podlagi tega ugotavlja, da občina Farciennes, družbenik

kategorije A, izvaja nadzor nad družbo „Sambre in Biesme“, družbenikom kategorije C v družbi IGRETEC, da ta subjekta izvajata skupni nadzor nad družbo IGRETEC, da imata skupaj lahko odločilen vpliv na strateške cilje in pomembne odločitve medobčinske družbe ter da poleg tega iz tega naslova skupaj načrtujeta razvoj ekološke četrti s pomočjo strokovnega znanja družbe IGRETEC.

- 25 Na podlagi tega ugotavlja, da je udeležena v kapitalu in upravnih organih družbe IGRETEC, tako da dejansko izvaja podoben nadzor v smislu člena 12(3) Direktive 2014/24 in sodne prakse, ki jo je razvilo Sodišče, ter da obstaja razmerje „in house“ z družbo IGRETEC.
- 26 Družba Sambre in Biesme opozarja, da je bil občinski svetnik občine Farcienes istočasno član upravnega odbora družbe IGRETEC ter upravnega odbora družbe Sambre in Biesme. Poudarja, da je treba upoštevati konkretne okoliščine zadeve, in ponavlja, da je simbolični kapitalski delež upravičen, če cilj, ki mu sledi družba za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe, ni finančna naložba, ampak koriščenje skupnih služb in strukture medobčinske družbe. Vztraja, da zakonik o lokalni demokraciji in decentralizaciji omejuje število članov upravnega odbora medobčinske družbe, in meni, da iz ugotovitev iz sodbe Econord izhaja le to, da ne more biti večinskega družbenika, ki bi vsem vsilil svoje mnenje, *quod non* v obravnavani zadevi. Trdi, da se v obravnavani zadevi podoben nadzor izvaja prek občine Farcienes, ki je hkrati delničarka družbe IGRETEC in družbe Sambre in Biesme ter ima člana v upravnih odborih obeh subjektov.

### **B. Valonska družba za gradnjo stanovanj**

- 27 Valonska družba za gradnjo stanovanj najprej ugotavlja, da člen 12(3) Direktive 2014/24, na katerega se sklicuje družba Sambre in Biesme, nima neposrednega učinka. Opozarja, da imajo lahko le določbe, ki določajo pravilo ravnanja in tako podeljujejo subjektivne pravice posameznikom, neposredni učinek, medtem ko navedena določba Direktive 2014/24 ne izpolnjuje te zahteve, saj ne določa nobene obveznosti, da država kaj stori v korist gospodarskega subjekta ali ne. Meni, da ta določba, nasprotno, ponuja državi preprosto možnost, da ne objavi javnega razpisa, če so izpolnjeni določeni pogoji. Iz tega sklepa, da se družba Sambre in Biesme ne more sklicevati na to določbo, da bi utemeljila kršitev načela konkurence v obravnavani zadevi. Če se Conseil d'État (državni svet) ne strinja z njenim stališčem, predlaga, naj se Sodišču postavi vprašanje v zvezi z neposrednim učinkom te določbe.
- 28 Dalje navaja, zakaj po njenem mnenju pogoji razmerja „skupni in house“ v obravnavani zadevi niso izpolnjeni med družbo Sambre in Biesme na eni strani ter družbo IGRETEC na drugi.
- 29 Opozarja, da se v skladu s sodno prakso Sodišča pogodbeno razmerje, ki je sklenjeno med ločenima pravnima subjektoma, lahko opredeli kot „in house“, če subjekt, ki naroči blago ali storitev, nad subjektom, ki ga ali jo zagotovi, izvaja

podoben nadzor kot nad svojimi službami ter če ta subjekt večino svojih dejavnosti opravlja z javnimi organi, ki ga sestavljajo.

- 30 Izpostavlja, da mora biti subjekt, ki naroča, javni naročnik in imeti nadzorna pooblastila, s katerimi „vpliva na odločitve navedenega [subjekta,] [pri čemer] mora biti podana možnost odločilno vplivati na strateške cilje in na pomembne odločitve“ (sodba z dne 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, točka 28), tako da podoben nadzor pomeni več kot le odločilen vpliv, saj se predpostavlja nadzor nad subjektom, ki zajema strateške odločitve in posamezne upravne odločitve. Dodaja, da je treba intenzivnost nadzora, ki se izvaja, presojati celostno glede na celotno vodstvo in strukture zadevnega subjekta, in ne glede na njegovo konkretno ravnanje v postopku javnega naročila (glej sodbo z dne 17. julija 2008, Komisija/Italija, C-371/05, neobjavljena, EU:C:2008:410).
- 31 Navaja, da čeprav se v skladu s sodno prakso Sodišča ne zahteva več, niti da ima vsak subjekt posamezno, glede na odvisni subjekt, enak odločilni vpliv, kot če bi dejavnost organiziral samostojno in interno, niti da ima javni subjekt večinski delež, tako da se nadzor lahko izvaja skupaj, pa je to pogojeno zlasti s tem, da ni razhajanja interesov v tekočem upravljanju nalog javnih služb, ki so podeljene odvisnemu subjektu, da ta subjekt ciljev ne more uresničevati neodvisno od svojih delničarjev in da posledično ni tržno usmerjen. Poudarja, da je Sodišče v bolj nedavni sodbi z dne 29. novembra 2012, Econord (C-182/11 in C-183/11, EU:C:2012:758, točka 31), dodatno pojasnilo pogoje podobnega nadzora v primeru „skupnega in house“ s tem, da je pojasnilo, da mora biti vsak javni naročnik udeležen tako v kapitalu kot tudi v vodstvenih organih izbranega ponudnika, da nadzor nad zadnjem navedenim ne more temeljiti zgolj na nadzornem pooblastilu javnega organa, ki ima večinski delež kapitala zadevnega subjekta, ker bi „[p]oložaj naročnika, ki nima niti najmanjše možnosti sodelovanja pri nadzoru izbranega subjekta v skupni lasti, [...] pomenil možnost, da se obide uporaba [...] prava Unije na področju javnih naročil ali koncesij za storitve, saj naročniku zaradi zgolj formalne udeležbe v takem subjektu ali skupnem organu, ki ga upravlja, ne bi bilo treba izvesti postopka javnega razpisa v skladu s pravili Unije, čeprav sploh ne bi sodeloval pri izvajanju ‚podobnega nadzora‘ nad tem subjektom“. Navaja, da je Sodišče v navedeni zadevi italijanski Conseil d'État (državni svet, Italija) pozvalo, naj ugotovi, ali je sporazum med delničarji, ki so ga sklenili javni naročniki, tak, da jim omogoča dejansko sodelovati pri nadzoru izbranega ponudnika (točka 32), če ima vsak od njih le eno delnico v družbi, ki je izbrani ponudnik. Valonska družba za gradnjo stanovanj poudarja, da se je Sodišče s to odločitvijo želelo izogniti tveganju, da se obidejo pravila o javnih naročilih na podlagi zgolj formalne udeležbe v skupnem subjektu, in je potrdilo svojo predhodno sodno prakso, s katero se zahteva pooblastilo za učinkovit strukturni in funkcionalni nadzor nad družbo, ki je izbrani ponudnik, kljub temu, da imajo javni naročniki v lasti zelo manjšinski delež kapitala.
- 32 Ugotavlja, da je bil edini namen sklepa z dne 29. oktobra 2015 upravnega odbora družbe Sambre in Biesme za pridobitev deleža v družbi IGRETEC to, da se obide

uporaba pravil o javnih naročilih, in da čeprav uporaba subjekta, ki je v skupni lasti več javnih naročnikov, načeloma ne preprečuje uporabe izjeme „in house“, je to pogojeno s tem, da javni naročnik, ki izbere ta subjekt, nad njim izvaja učinkovit strukturni in funkcionalni nadzor, s katerim se predpostavlja udeležba tako v kapitalu kot tudi v vodstvenih organih izbranega ponudnika, in da ta nadzor pomeni odločilen vpliv na strateške cilje in pomembne odločitve izbranega ponudnika.

- 33 Nato pojasni, zakaj je – glede na število deležev, vpisanih pri družbi GRETEC – kapitalska udeležba družbe Sambre in Biesme, ki ima le en delež kapitala družbe GRETEC, povsem simbolična, saj po njenih izračunih predstavlja le 0,000000197 % deležev, ki dajejo pravico do glasovanja na generalni skupščini (družbeniki kategorij A, C in P). Navaja tudi, da družba Sambre in Biesme nima nobenega člana v upravnem odboru družbe GRETEC, medtem ko je prevlada pri nadzoru organov družbe GRETEC podeljena občinam (družbenikom kategorije A). Ker je s statutom družbe GRETEC določeno, da družbeniki kategorije A (občine) predstavljajo večino v upravnem odboru, po njenem mnenju njihova pooblastila družbenikom drugih kategorij, med katere spada družba Sambre in Biesme, onemogočajo, da bi učinkovito sodelovali pri strukturnem in funkcionalnem nadzoru družbe GRETEC ter odločilno vplivali na njene strateške cilje in pomembne odločitve.
- 34 Valonska družba za gradnjo stanovanj opozarja, da je treba izjemo „in house“ razlagati ozko in da dokazno breme nosi tisti, ki se nanjo sklicuje. Navaja, da morajo biti za utemeljitev skupnega podobnega nadzora organi odločanja izbranega ponudnika sestavljeni iz predstavnikov vseh javnih naročnikov, družba Sambre in Biesme pa nima nobenega predstavnika v upravnem odboru družbe GRETEC. Dodaja, da občinski svetnik občine Farcennes v upravnem odboru družbe GRETEC nastopa le kot predstavnik občine Farcennes, in ne družbe Sambre in Biesme. Na podlagi tega sklepa, da pogoj za „skupni in house“ nadzor ni izpolnjen.

#### **4. Presoja Conseil d'État (državni svet)**

- 35 Dejstvo, da sta obe pogodbeni stranki tudi javna organa, ne izključuje uporabe pravil o javnem naročanju (sodba z dne 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, točki 50 in 51; uvodna izjava 31 Direktive 2014/24). Razmerje „in house“ pomeni izjemo od uporabe teh pravil. Pogoje, ki so določeni za njeno uporabo, je zato treba razlagati ozko, dokaz, da so ti pogoji izpolnjeni, pa mora predložiti tisti, ki zahteva njeno uporabo (sodbi z dne 13. oktobra 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, točka 63, in z dne 8. maja 2014, Datenlotsen Informatiossysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, točka 23).
- 36 V razmerju „skupni in house“ ima več javnih naročnikov v lasti subjekt in nad njim „skupaj“ izvajajo „podoben nadzor“, kot ga izvajajo nad svojimi službami.

- 37 Iz sodne prakse Sodišča izhaja, da se z izvajanjem „podobnega nadzora“ (samostojno ali skupaj) vsekakor predpostavlja, da javni naročniki samostojno ali skupaj nad družbo, ki je izbrani ponudnik, izvajajo učinkovit strukturni in funkcionalni nadzor, ki javnim naročnikom omogoča, da odločilno vplivajo na strateške cilje in pomembne odločitve te družbe. Intenzivnost nadzora, ki se izvaja, je treba presojati celostno glede na celotno vodstvo in strukture zadevnega subjekta. Pri tej presoji je treba upoštevati vse zakonske predpise in upoštevne okoliščine (sodbe z dne 13. oktobra 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, točka 65; z dne 11. maja 2006, Carbotermo in Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, točka 36; z dne 17. julija 2008, Komisija/Italija, C-371/05, neobjavljena, točka 24; z dne 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, točka 28; z dne 10. septembra 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, točka 65, in z dne 8. maja 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, točka 24).
- 38 Prav tako v skladu s sodno prakso Sodišča okoliščina, da organe odločanja izbranega ponudnika sestavljajo predstavniki javnega naročnika ali javnih naročnikov, kaže, da ta ali ti obvladujejo te organe odločanja in zato lahko odločilno vplivajo tako na strateške cilje kot tudi na pomembne odločitve tega subjekta (sodba z dne 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, točka 34).
- 39 V zvezi zlasti s predpostavko podobnega nadzora, ki ga „skupaj“ izvaja več javnih naročnikov, iz sodne prakse Sodišča izhaja, da to, da ima eden od javnih naročnikov v lasti zgolj simbolični delež v družbi, ki je izbrani ponudnik, samo po sebi ne omogoča ugotovitve, da v zvezi z njim pogoj „podobnega nadzora“ ni izpolnjen (sodba z dne 19. aprila 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, točke od 58 do 61).
- 40 Vendar mora za to, da se lahko sklicuje na „skupni podobni nadzor“, kot priznava družba Sambre in Biesme sama, javni naročnik dokazati, da je zmožen biti nekako udeležen pri nadzoru nad izbranim ponudnikom. Toda družba Sambre in Biesme ni dokazala nobene sposobnosti nadzora nad družbo IGRETEC. V izpodbijanem aktu je v zvezi s tem navedeno, da „statut družbe IGRETEC dodeljuje večji pomen njenim občinskim družbenikom (kategorija A) v primerjavi z drugimi javnimi subjekti (kategorija C)“, da „družbeniki kategorije C – med katere spada družba Sambre in Biesme – nimajo zagotovila, da jih bodo v upravnem odboru zastopali njihovi lastni predstavniki, in imajo toliko glasov, kolikor imajo deležev družbe“, da „lastništvo majhnega deleža kapitala družbe pomeni [...] šibek vpliv“, da „imajo le pridružene občine na generalni skupščini možnost preprečevanja odločitev“, da „statut družbe IGRETEC občinam (kategorija A) izrecno podeljuje pomembna nadzorna pooblastila“ in da „statut družbe IGRETEC dejansko določa prevlado občin, tako da družba Sambre in Biesme ne more dokazati, da imajo drugi javni družbeniki prav tako resničen in odločilen vpliv“.
- 41 Iz sodbe z dne 29. novembra 2012, Econord (C-182/11 in C-183/11, EU:C:2012:758, točki 31 in 33), izhaja, da mora biti za sklicevanje na „skupni

podobni nadzor“ javni naročnik „udeležen v kapitalu in upravnih organih navedenega subjekta“, tako da lahko „dejansko sodeluje[...] pri nadzoru“ nad tem subjektom. Sodišče poudarja, da pojem „skupni nadzor“ ne more biti brez smisla, in pojasnjuje, da bi „[p]oložaj naročnika, ki nima niti najmanjše možnosti sodelovanja pri nadzoru izbranega subjekta v skupni lasti, [...] namreč pomenil možnost, da se obide uporaba pravila prava Unije na področju javnih naročil ali koncesij za storitve, saj naročniku zaradi zgolj formalne udeležbe v takem subjektu ali skupnem organu, ki ga upravlja, ne bi bilo treba izvesti postopka javnega razpisa v skladu s pravili Unije, čeprav sploh ne bi sodeloval pri izvajanju ‚podobnega nadzora‘ nad tem subjektom“.

42 Vendar se postavlja vprašanje, koliko in kako mora biti javni naročnik „udeležen“ v vodstvenih organih odvisnega subjekta in „dejansko sodelovati pri nadzoru“. Sodišče je v sodbi z dne 8. maja 2014, *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:303, točka 28), presodilo, da ne obstaja nikakršno razmerje nadzora med javnim naročnikom in izbranim ponudnikom, če ta nima nobenega deleža v kapitalu tega subjekta, niti „nima v [njegovih] vodstvenih organih nobenega pravnega predstavnika“.

43 Zdi se, da je v členu 12(3) Direktive 2014/24 pojasnjen pojem „udeležba“ v organih odločanja odvisnega subjekta s tem, da določa:

„organe odločanja odvisne pravne osebe sestavljajo predstavniki vseh udeleženih javnih naročnikov. Posamezni predstavniki lahko zastopajo več ali vse sodelujoče javne naročnike.“

44 V obravnavani zadevi je družba Sambre in Biesme 29. oktobra 2015 za 6,20 EUR pridobila delež v kapitalu družbe IGRETEC, da bi lahko neposredno uporabljala njene storitve. Ta delež v kapitalu je 31. decembra 2015 predstavljal 0,0000049 % od 20.366.778 deležev medobčinske družbe in 0,0000197 % od 5.071.477 deležev, ki dajejo pravico do glasovanja na generalni skupščini. Iz teh listin izhaja tudi, da so obenem družbeniki „kategorije C“ skupaj predstavljali 0,084 % deležev v kapitalu medobčinske družbe in 0,34 % deležev, ki dajejo pravico do glasovanja na generalni skupščini. Družbeniki „kategorije C“ ter zlasti družba Sambre in Biesme so bili torej v položaju zelo manjšinskih družbenikov v družbi IGRETEC.

45 Ta zelo manjšinski položaj družbenikom kategorije C ni omogočal, da bi dejansko sodelovali pri nadzoru družbe IGRETEC. Poleg tega je bila s statutom v vseh pogledih in vseh organih odločanja prevlada podeljena občinam (družbenikom kategorije A). Družbi Sambre in Biesme ni mogoče pritrditi, ko trdi, da so bili družbeniki kategorije C zastopani v upravnem odboru družbe IGRETEC. Ob upoštevanju omejenega števila članov upravnega odbora zelo manjšinski položaj družbenikov kategorije C tem ne omogoča, da imajo *de facto* člana upravnega odbora, ki bi jih zastopal v tem organu, medtem ko statut družbe IGRETEC nikakor ne zagotavlja, da je v upravnem odboru član, ki ga določijo družbeniki kategorije C, da jih zastopa. Zato je v izpodbijanem aktu upravičeno navedeno, da „družbeniki kategorije C – med katere spada družba Sambre in Biesme – nimajo

zagotovila, da jih bodo v upravnem odboru zastopali njihovi lastni predstavniki“. Iz navedenih elementov izhaja, da družbeniki kategorije C – med katere spada družba Sambre in Biesme – nič in nikakor niso udeleženi pri izvajanju skupnega nadzora nad družbo IGRETEC.

- 46 Vendar je družba Sambre in Biesme med razpravami trdila, da je bil v času dejanskega stanja v upravnem odboru družbe IGRETEC občinski svetnik občine Farcennes, ki je bil hkrati član upravnega odbora družbe Sambre in Biesme. Toda družba Sambre in Biesme ni mogla dokazati, da je bil ta položaj določen in zagotovljen z zakonom. Poleg tega je bila ta oseba v upravnem odboru družbe IGRETEC kot „občinski svetnik občine Farcennes“. Nikakor ni mogoče šteti, da je iz tega naslova prav tako zastopala interese družbe Sambre in Biesme, ne glede na okoliščino, da je bila v praksi tudi član upravnega odbora te družbe.
- 47 Vendar pa družba Sambre in Biesme trdi, da ta položaj zadostuje, da se dokaže „udeležba“ družbe Sambre in Biesme v organih odločanja družbe IGRETEC ter da se šteje, da nad to medobčinsko družbo izvaja „skupni podobni nadzor“ prek občine Farcennes, ki je delničarka tako družbe IGRETEC kot tudi družbe za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe, in ima člana upravnega odbora v obeh subjektih. Glede tega opozarja, da je treba preverjanje takega nadzora presojati *in concreto* ob upoštevanju okoliščin obravnavane zadeve in da zadostuje, da ta nadzor obstaja, ne glede na način, kako se dejansko izvaja.
- 48 Glede tega je treba Sodišču postaviti vprašanje za predhodno odločanje. Vendar je treba pojasniti, da čeprav družba Sambre in Biesme trdi, da je občina Farcennes delničarka družbe Sambre in Biesme ter družbe IGRETEC in izvaja nadzor nad tema subjektoma, ne zatrjuje obstoja razmerja „stranski *in house*“, ki dvema subjektoma, ki ju obvladuje isti javni naročnik, omogoča, da med seboj oddata naročila brez predhodnega razpisa. Vsekakor se zdi, da je ta vrsta nadzora lahko izpolnjena le v primeru, da subjekta sopogodbenika nadzoruje izključno isti organ (sklepni predlogi generalnega pravobranilca P. Mengozzija v zadevi *Datenlotsen Informationssysteme*, C-15/13, EU:C:2014:23, točki 44 in 45), *quod non* v obravnavani zadevi, pri čemer ima občina Farcennes družbi IGRETEC ter Sambre in Biesme v lasti le skupaj z drugimi javnimi in celo zasebnimi delničarji, kar zadeva zadnjenavedeni subjekt.
- 49 Poleg tega se zdi, da stranki v sporu menita, da bi se lahko odgovor na postavljeno vprašanje razlikoval glede na to, ali se prizna ali ne neposredni učinek člena 12(3) Direktive 2014/24, ki je veljala v času dejanskega stanja. Zato je treba Sodišču predložiti tudi vprašanje, ali je treba navedeni določbi priznati tak učinek, pri čemer je Sodišče v sodbi z dne 3. oktobra 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, točki 46 in 49), ne da bi se izreklo glede neposrednega učinka člena 12 navedene direktive, glede odstavka 1 te določbe že presodilo, da držav članic ne more prisiliti k izvedbi posla „*in house*“, kadar so pogoji iz te določbe izpolnjeni in kadar lahko država članica javnemu naročniku naloži pogoje, ki niso predvideni v členu 12(1), da bi lahko sklenil interni posel.

## 5. Vprašanja za predhodno odločanje

50 Conseil d'État (državni svet) postavlja ta vprašanja:

1. Ali je treba člen 12(3) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, kakor je bila spremenjena z Delegirano uredbo Komisije (EU) 2015/2170 z dne 24. novembra 2015, razlagati tako, da ima neposredni učinek?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, ali je treba člen 12(3) zgoraj navedene Direktive 2014/24/EU razlagati tako, da je pogoj, da mora imeti javni naročnik, v obravnavani zadevi družba za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe, predstavnika v organih odločanja odvisne pravne osebe, v obravnavani zadevi medobčinske zadruga, izpolnjen le zato, ker je oseba, ki je v upravnem odboru te medobčinske zadruga kot občinski svetnik drugega sodelujočega javnega naročnika, v obravnavani zadevi občine, izključno zaradi dejanskih okoliščin in brez pravnega jamstva glede zastopanja, tudi član upravnega odbora družbe za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe, medtem ko je občina (neizključna) delničarka tako odvisnega subjekta (medobčinske zadruga) kot tudi družbe za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe?

3. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen, ali je treba šteti, da je javni naročnik, v obravnavani zadevi družba za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe, „udeležen“ v organih odločanja odvisne pravne osebe, v obravnavani zadevi medobčinske zadruga, le zato, ker je oseba, ki je v upravnem odboru te medobčinske zadruga kot občinski svetnik drugega sodelujočega javnega naročnika, v obravnavani zadevi občine, izključno zaradi dejanskih okoliščin in brez pravnega jamstva glede zastopanja, tudi član upravnega odbora družbe za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe, medtem ko je občina (neizključna) delničarka tako odvisnega subjekta (medobčinske zadruga) kot tudi družbe za gradnjo stanovanj, ki opravlja storitev javne službe?