

Zadeva C-692/23

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

17. november 2023

Predložitveno sodišče:

Gerechtshof Den Haag (Nizozemska)

Datum predložitvene odločbe:

14. november 2023

Tožeča stranka:

AVR-Afvalverwerking BV

Tožena stranka:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Predmet postopka v glavni stvari

Postopek v glavni stvari se nanaša na naročila, ki so jih oddale tri občine v pokrajini Zuid-Holland (Južna Holandija, Nizozemska) in vmesna pravna oseba za obdelavo preostalih odpadkov iz gospodinjstev teh občin ter ki po mnenju tožeče stranke neupravičeno niso bila predmet postopka za oddajo javnega naročila.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Ta predlog na podlagi člena 267 PDEU se nanaša na vprašanje, ali je treba za uporabo „merila dejavnosti“ iz Direktive 2014/24, katerega posledica je, da postopek za oddajo javnega naročila ni obvezen, upoštevati zgolj promet odvisne pravne osebe, kadar je del skupine, ali pa promet skupine, in kako ga je potem treba določiti, in – v prvem primeru – ali je treba pri določitvi prometa odvisne pravne osebe upoštevati promet, ki ga ustvarijo tretje osebe kot uporabniki odlagališča, ki ga upravlja.

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba merilo dejavnosti iz člena 12(3), prvi pododstavek, točka (b), Direktive 2014/24/EU v povezavi s členom 12(5) te direktive

razlagati tako, da je treba,

kadar se v njem navedeni odstotek dejavnosti določa na podlagi prometa in je odvisna pravna oseba del skupine,

upoštevati zgolj promet same odvisne pravne osebe ali tudi promet povezanih ali nepovezanih družb v skupini, kot na primer:

(i) konsolidirani promet, pri katerem je treba promet zadevne pravne osebe v skladu s prenosom členov 22 in 24 Direktive 2013/34/EU v nacionalno pravo prišteti prometu drugih subjektov v skupini; ali

(ii) promet subjektov, s katerimi odvisna pravna oseba tvori gospodarsko enoto v smislu pojma podjetje iz konkurenčnega prava Unije?

2. Ali je treba, če je odgovor na prvo vprašanje, da je treba upoštevati le promet te odvisne pravne osebe, merilo dejavnosti iz tega vprašanja

razlagati tako, da

je treba promet, ki je bil ustvarjen, ker tretje osebe kot uporabniki odlagajo odpadke na odlagališče, ki ga odvisna pravna oseba upravlja za račun javnih naročnikov, ki jo nadzirajo, šteti za promet, ustvarjen pri izvajanju nalog, ki so jih tej pravni osebi zaupali javni naročniki, ki jo nadzirajo, ob upoštevanju tega, da odvisna pravna oseba v okviru tega upravljanja med drugim konkurira zasebnim ponudnikom?

Navedene določbe prava Unije

Člen 12(1), (3) in (5) Direktive 2014/24/EU (v nadaljevanju: Direktiva 2014/24)

Uvodne izjave 1, 5, prvi stavek, 31 in 32, prvi odstavek, Direktive 2014/24

Člena 22 in 24 Direktive 2013/34/EU (v nadaljevanju: Direktiva 2013/34)

Navedene določbe nacionalnega prava

Členi 2.24(1), 2.24a in 2.24b Aanbestedingswet (zakon o javnem naročanju) iz leta 2012 (v nadaljevanju: zakon o javnem naročanju)

Členi 2:405, 2:406 in 2:410 Burgerlijk Wetboek (civilni zakonik, v nadaljevanju: BW)

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Družba AVR (v nadaljevanju: tožeča stranka) je komercialno delujoče podjetje za ravnanje z odpadki.
- 2 Občine pokrajine Frizija so leta 1995 ustanovile družbo Afvalsturing Friesland NV (v nadaljevanju: AF) kot skupno podjetje za ravnanje z odpadki, ki deluje neprofitno. Družba AF je na čelu skupine odvisnih podjetij, ki so poleg obdelave odpadkov dejavna tudi na drugih področjih. Družba AF pripravlja konsolidirane računovodske izkaze, v katerih konsolidira svoje finančne podatke s svojimi odvisnimi podjetji, drugimi družbami v skupini in drugimi pravnimi osebami, nad katerimi lahko izvajajo prevladujoč vpliv ali jih enotno upravlja.
- 3 Občine Barendrecht, Albrandswaard in Ridderkerk (v nadaljevanju: občine BAR) ležijo v pokrajini Zuid-Holland (Južna Holandija) in so ustanovile NV BAR-Afvalbeheer (v nadaljevanju: BAR) kot izvajalski subjekt, ki deluje na neprofitni podlagi na področju ravnanja z odpadki.
- 4 Družbo NV Irado (v nadaljevanju: Irado) so ustanovile tri druge občine iz Zuid-Holland (Južna Holandija) kot neprofitno izvajalsko organizacijo za ravnanje z odpadki in upravljanje javnega prostora. Družba Irado je od leta 2017 odstranjevanje preostalih odpadkov iz gospodinjstev zaupala družbi AF in je istega leta postala tudi delničarka družbe AF.
- 5 Družba AF v imenu občin pokrajine Frizija sama (in torej ne prek ene od svojih družb) upravlja odlagališče odpadkov (v nadaljevanju: odlagališče), na katerem se odlagajo preostali negospodinjski odpadki, vključno z industrijskimi odpadki in odpadki, nastalimi pri sanaciji tal.
- 6 Na Nizozemskem se za odlagališča načrtujejo zmogljivosti, kot je določeno v tretjem Landelijke Afvalbeheerplan (nacionalni načrt za ravnanje z odpadki, v nadaljevanju: načrt za ravnanje z odpadki). V okviru tega načrtovanja odlagališča na Nizozemskem upravlja tako zasebniki kot tudi javni subjekti.
- 7 Do 31. decembra 2019 je vsaka od občin BAR sklenila lasten sporazum z več podjetji za obdelavo odpadkov in je tako tožeča stranka obdelovala svoje preostale odpadke iz gospodinjstev na podlagi teh sporazumov. Občine BAR so se leta 2019

odločile, da bodo BAR vključile v Irado ter da bodo organizaciji Irado zaupale zbiranje in obdelavo svojih preostalih odpadkov iz gospodinjstev. Irado in AF sta 13. decembra 2019 sklenili sporazum, ki se je med drugim nanašal na obdelavo preostalih odpadkov iz gospodinjstev občin BAR. BAR in Irado sta 20. decembra 2019 sklenili pogodbo o opravljanju storitev, ki se je med drugim nanašala na obdelavo preostalih odpadkov iz gospodinjstev občin BAR. BAR je 31. decembra 2019 postala delničar Irado.

- 8 Tožeča stranka je pri rechtbank Den Haag (sodišče v Haagu, Nizozemska) vložila tožbi na ugotovitev ničnosti oziroma razveljavitev zaradi neizpolnitve pogodb, sklenjenih med Irado in AF na eni strani ter družbama Irado in BAR na drugi strani, glede katerih bi po njenem mnenju moral biti izveden postopek oddaje javnega naročila.
- 9 Rechtbank Den Haag (sodišče v Haagu, Nizozemska) je ti tožbi zavrnilo.
- 10 Tožeča stranka je zoper to odločbo vložila pritožbo pri Gerechtshof Den Haag (pritožbeno sodišče v Haagu, Nizozemska) in od toženih strank zahtevala odškodnino.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

Pravni okvir

- 11 Sodišče je v sodbi z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, točka 50) (v nadaljevanju: sodba Teckal) presodilo, da se pravila o javnem naročanju ne uporabijo, če javni naročnik odda javno naročilo osebi, ki je ločena od njega in nad katero izvaja nadzor, ter če ta oseba pretežni del dejavnosti opravlja z obvladujočim subjektom. Ta zadnji pogoj je znan kot „merilo dejavnosti“.
- 12 Dejstvo, da sta obe pogodbeni stranki tudi javna organa, samo po sebi ne izključuje uporabe pravil o javnih naročilih. Vendar uporaba pravil o javnem naročanju ne bi smela posegati v svobodo javnih organov, da izvajajo naloge na področju javnih storitev, za katere so pristojni, z uporabo lastnih virov. Po drugi strani pa izvzeto javno-javno sodelovanje ne sme izkrivljati konkurence glede na zasebne gospodarske subjekte (uvodna izjava 31 Direktive 2014/24; glej tudi sodbo Sodišča z dne 11. maja 2006, Carbotermo in Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308) (v nadaljevanju: sodba Carbotermo), točka 59).
- 13 Ravno v zvezi s tem je odločilno merilo dejavnosti. To merilo je izpolnjeno, kadar odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 % nalog, ki ji jih je poverili javni naročnik, ki jo obvladuje, ali druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta naročnik (uvodna izjava 33 in člen 12(1) direktive 2014/24). V tem primeru, v katerem odvisna pravna oseba opravlja pretežni del svojih dejavnosti za javnega naročnika

in so torej vse druge dejavnosti postranske, ni več resnične konkurence (sodba Carbotermo, točka 62); v nasprotnem primeru pač.

- 14 Poleg tega je Sodišče v sodbi z dne 8. decembra 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), presodilo, da je treba vsako izjemo od obveznosti javnega razpisa razlagati ozko (točka 29). Ker sme javni organ možnost, da naloge v javnem interesu, ki so mu naložene, izpolniti z lastnimi sredstvi, je izjema v zvezi z oddajami „in house“ upravičena, če je izbrani subjekt tako rekoč del notranjih služb javnega naročnika (čeprav je od njega pravno ločen), in ta naročnik torej „uporabi lastna sredstva“ (točka 30). Zato je zahtevano, da javni naročnik nad izbranim subjektom izvaja podoben nadzor kot nad svojimi službami in da ta subjekt opravlja pretežni del svoje dejavnosti za naročnika (točka 31).

Trditve strank

- 15 V postopku v glavni stvari je osrednje vprašanje to, ali družba AF izpolnjuje merilo dejavnosti.
- 16 Po mnenju tožeče stranke je treba za uporabo merila dejavnosti upoštevati konsolidirani promet. Izhajati naj bi bilo namreč treba iz prometa skupine ali podjetja, katerega del je odvisna pravna oseba (v smislu gospodarske enote, ki je lahko sestavljena iz več fizičnih ali pravnih oseb), saj naj bi bilo le tako mogoče dovolj upoštevati dejansko in ekonomsko stvarnost. Tožeča stranka navaja, da je družba AF gospodarsko in organizacijsko povezana s svojimi odvisnimi podjetji, tako da gre dejansko za eno samo podjetje. Če bi se upošteval zgolj promet odvisne pravne osebe, naj bi to namreč povzročilo neupravičeno veliko število izjem od uporabe Direktive 2014/24 in s tem zmanjšanje konkurence, kar naj bi bilo v nasprotju s ciljem pravil o javnem naročanju. Poleg tega naj bi lahko odvisna pravna oseba razmerje 80/20 zaobšla tako, da bi poslovala v okviru skupine in bi v zvezi s tem sama opravljala več kot 80 % svojih dejavnosti v korist javnih naročnikov, ki jo nadzirajo, ter eni ali več družbam v skupini omogočila delovanje na prostem trgu.
- 17 Po mnenju toženih strank je treba pri izračunu odstotka prometa, ki se nanaša na dejavnosti, ki jih družba AF opravlja pri izvajanju nalog, ki so ji jih zaupali javni naročniki, ki jo nadzirajo (v nadaljevanju: promet od izvajanja nalog), izhajati zgolj iz prometa družbe AF, ker se člen 12(3), prvi pododstavek, točka (b), Direktive 2014/24 nanaša na dejavnosti *pravne osebe* in ker se v skladu s členom 12(5) te direktive lahko upošteva tudi drug dejavnik, temelječ na dejavnosti, kot so stroški zadevne *pravne osebe* v zvezi z zadevnimi storitvami; ta promet naj bi znašal več kot 80 %, tako da naj se pravila o javnem naročanju ne bi uporabila. Če naj bi se izhajalo iz konsolidiranega prometa, bi se upošteval tudi promet drugih pravnih oseb, kar bi pomenilo, da bi se merilo dejavnosti uporabilo *contra legem*. Nazadnje, tožene stranke menijo, da če bi bilo treba izhajati iz prometa, ki je drugačen od prometa odvisne pravne osebe, konsolidirani promet ne bi bil dobra

referenca, saj naj bi bila pravila konsolidacije preveč tehnična in prezapletena ter naj bi od njih obstajale tudi številne izjeme.

- 18 V zvezi z drugim vprašanjem za predhodno odločanje tožeča stranka trdi, da zadevno odlagališče ne omogoča odlaganja preostalih odpadkov iz gospodinjestev in da si na tem odlagališču družba AF konkurira z zasebnimi podjetji, tako da naj njenega prometa od tega odlagališča ne bi bilo mogoče upoštevati kot prometa od izvajanja nalog.
- 19 Tožene stranke trdijo, da lahko pokrajina odobri izjemo za odlaganje ostankov, ki nastanejo pri obdelavi odpadkov iz gospodinjestev, in se sklicujejo na sodbo Carbotermo, v kateri je Sodišče presodilo, da se promet, ustvarjen od odlaganja na odlagališčih (v nadaljevanju: promet od odlaganja) lahko šteje za promet od izvajanja nalog, ne glede na to, ali ga ustvarijo podjetja. Iz te sodbe naj bi bilo namreč razvidno, da lahko dejavnosti, ki jih odvisna pravna oseba opravlja v korist subjekta ali subjektov, ki jo nadzorujejo, na podlagi sklepov o oddaji javnega naročila, ne koristijo zgolj javnim naročnikom, ki jo nadzirajo, ampak tudi „tretjim osebam kot uporabnikom“. Kadar, kot v obravnavani zadevi, te tretje osebe kot uporabniki za to plačajo, naj bi bilo treba ta promet upoštevati tudi kot promet od izvajanja nalog.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga

- 20 V zvezi z uporabo merila dejavnosti – glede na različna stališča strank v zvezi s tem in dejstvo, da z zgoraj navedeno sodno prakso ni ponujena rešitev za obravnavano zadevo – predložitvenemu sodišču ni jasno, ali je treba promet določiti ob upoštevanju zgolj prometa družbe AF ali prometa skupine, in kako je treba v zadnjem navedenem primeru določiti ta promet. Določitev prometa je ključna za odgovor na vprašanje, ali se uporabijo pravila o javnem naročanju, in zato za rešitev spora o glavni stvari.
- 21 Če bi bilo treba upoštevati zgolj promet družbe AF, bi bilo vprašanje, ali je mogoče promet družbe AF, ustvarjen z odlagališčem, šteti za promet od izvajanja nalog, odločilno za odgovor na vprašanje, ali je izpolnjeno merilo dejavnosti, in zato za rešitev spora o glavni stvari. Iz sodbe Carbotermo izhaja, da je promet, ki so ga ustvarile tretje osebe, mogoče šteti za promet od izvajanja nalog. Odločilen promet za odvisno podjetje je namreč promet, ustvarjen na podlagi sklepov o oddaji javnega naročila, in to tudi tisti promet, ki se med izvajanjem teh sklepov ustvari z opravljanjem dejavnosti za uporabnike. Dejavnosti, ki jih je treba upoštevati, so namreč vse dejavnosti, ki jih podjetje, kateremu je oddano javno naročilo, opravi v okviru te oddaje, ne glede na to, ali je upravičenec javni naročnik sam ali uporabnik storitev. Ni pomembno, kdo plačuje zadevnemu podjetju – bodisi javni naročnik bodisi tretje osebe kot uporabniki (sodba Carbotermo, točke od 65 do 67). Nasprotno pa tožeča stranka trdi, da si družba AF kot odvisna pravna oseba v okviru upravljanja odlagališča konkurira z zasebniki, tako da ni popolnoma jasno, ali je mogoče njen promet od odlaganja šteti za

promet od izvajanja nalog. Zato mora predložitveno sodišče postaviti tudi drugo vprašanje za predhodno odločanje.

DELOVNI DOKUMENT