Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 27. februarja 2014 [1]

Zadeva C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
proti
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Supremo Tribunal Administrativo (Portugalska))

„Javna naročila — Direktiva 2004/18/ES — Neobstoj obveznosti izvedbe postopka javnega naročanja po predpisih prava Unije (tako imenovana in house oddaja) — Zahteva po ‚podobnem nadzoru' — Izbrani ponudnik je pravno ločen od naročnika in ima obliko nepridobitne organizacije — Obstoj zasebnih interesov pri izbranem ponudniku — Zahteva po opravljanju velikega dela svoje dejavnosti za naročnike, ki izvajajo ‚podoben nadzor'"

1. Sodišče je s šestimi vprašanji za predhodno odločanje, ki mu jih je v tej zadevi predložilo portugalsko Supremo Tribunal Administrativo, ponovno pozvano, naj pojasni obseg zahtev, ki morajo biti izpolnjene, da naročnik lahko uporabi izjemo za tako imenovane *in house* oddaje. Na podlagi te izjeme, ki jo je Sodišče določilo že s sodbo v zadevi Teckal [2] in je predmet zdaj že obsežne sodne prakse, naročniku ni treba izvesti postopka oddaje javnega naročila, če sta izpolnjena dva pogoja: če ta nad izbranim ponudnikom izvaja „podoben nadzor", kot ga izvaja nad svojimi službami, in če ponudnik velik del svoje dejavnosti opravi za naročnika ali naročnike, ki ga nadzirajo. [3]

2. V tej zadevi se postavljajo nekatera nova vprašanja, ki bodo Sodišču omogočila, da dodatno pojasni področje uporabe izjeme *in house*. Na eni strani se Sodišču predlaga, naj opredeli obseg uporabe svoje sodne prakse, na podlagi katere prisotnost zasebnih interesov pri izbranem ponudniku izključuje možnost, da bi naročnik nad tem ponudnikom izvajal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami. [4] Natančneje, Sodišče naj pojasni, ali je treba omejevalni pristop, ki ga je v tej sodni praksi sprejelo za sodelovanje zasebnikov v kapitalu družb ponudnic, uporabiti, tudi če je izbrani ponudnik nepridobitna organizacija, katere člani so poleg naročnikov tudi karitativne in dobrodelne organizacije.

1 — Jezik izvirnika: italijanščina.

2 — Sodba z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-1821).

3 — Glej med drugim sodbe z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 49); z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 62); z dne 11. maja 2006 v zadevi Carbotermo in Consorzio Alisei (C-340/04, ZOdl., str. I-4137, točka 33); z dne 19. aprila 2007 v zadevi Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, ZOdl., str. I-2999, točka 55); z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant (C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 27); z dne 10. septembra 2009 v zadevi Sea (C-573/07, ZOdl., str. I-8127, točka 40); z dne 29. novembra 2012 v združenih zadevah Econord (C-182/11 in C-183/11, točka 25) in z dne 19. decembra 2012 v zadevi Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce in drugi (C-159/11, točka 32). Glej tudi moje novejše sklepne predloge, predstavljene 23. januarja 2014 v zadevi Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

4 — Glej točki 25 in 28 spodaj.

3. Na drugi strani se v tej zadevi Sodišču predlaga, naj natančneje pojasni pomen druge „zahteve Teckal“ oziroma pogoja, v skladu s katerim mora izbrani ponudnik velik del svoje dejavnosti opraviti za naročnika ali naročnike, ki ga nadzirajo.

I – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

4. Člen 1(2)(a) Direktive 2004/18/ES[5] določa, da [so] „‚javna naročila‘ […] proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev, v skladu s pomenom iz te direktive“.

B – *Nacionalno pravo*

5. Člen 5(2) portugalskega zakonika o javnih naročilih,[6] s katerim je bila ob upoštevanju sodne prakse Sodišča Direktiva 2004/18/ES prenesena v portugalski pravni red, določa, da „[so] iz uporabe [predpisov na področju javnih naročil] izvzete tudi pogodbe, ki jih naročniki, ne glede na predmet, sklenejo z drugim subjektom, če:

a) naročnik nad dejavnostjo tega drugega subjekta samostojno ali z drugimi naročniki izvaja podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami, ter

b) navedeni subjekt izvaja velik del svoje dejavnosti za enega ali več naročnikov, ki nad njim izvajajo podoben nadzor, kot je tisti iz točke (a).“

II – Dejansko stanje, nacionalni postopek in vprašanja za predhodno odločanje

6. Centro Hospitalar de Setúbal (v nadaljevanju: CHS), prva tožeča stranka v postopku pred predložitvenim sodiščem, je portugalska javna bolnišnica.

7. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (v nadaljevanju: SUCH), druga tožeča stranka v postopku pred predložitvenim sodiščem, je nepridobitna organizacija, ustanovljena z uredbo št. 46.668 z dne 24. novembra 1965, ki ima lasten statut.[7] Člen 2 navedenega statuta določa, da je cilj organizacije SUCH opravljati naloge javne službe; za člane je organizacija instrument za zadovoljevanje potreb z lastnimi sredstvi, zaradi česar mora sprejemati ukrepe, ki lahko pripomorejo k njeni učinkovitosti. Poleg tega uresničuje zdravstveno politiko, saj občutno prispeva k učinkovitosti in finančni vzdržnosti nacionalnega zdravstvenega sistema.

8. Člen 7(1) statuta organizacije SUCH določa, da so njeni člani lahko le subjekti iz javnega ali socialnega sektorja, ki ponujajo zdravstvene storitve ali opravljajo dejavnost v zvezi s spodbujanjem in varovanjem zdravja. Drugi odstavek istega člena določa, da mora organizacija SUCH vseeno zagotoviti večino glasovalnih pravic na generalni skupščini subjektom, za katere ima član vlade, pristojen za

5 — Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

6 — Sprejet z uredbo št. 18/2008 z dne 29. januarja 2008.

7 — Statut organizacije SUCH je bil večkrat spremenjen. Različica, ki je veljala ob nastanku dejstev, pomembnih v obravnavanem primeru, je bila potrjena oktobra 2010.

zdravstvo, pooblastila za vodenje, nadzor in usmerjanje. V času nastanka dejstev, ki so upoštevna v obravnavanem primeru, je imela organizacija SUCH 88 članov, med drugim CHS ter 23 zasebnih organizacij socialne solidarnosti, ki so bile vse nepridobitne, od teh je bilo dvajset dobrodelnih organizacij (Misericórdias).

9. Člen 3 statuta organizacije SUCH določa, da ima pooblastila za njeno vodenje, nadzor in usmerjanje član vlade, pristojen za zdravstvo in tudi za imenovanje predsednika ter podpredsednika upravnega odbora in za potrjevanje sklepov generalne skupščine: o najemanju posojil, ki pomenijo raven neto zadolžitve, ki je enaka ali večja kot 75 % potrjenega lastnega kapitala v preteklem poslovnem letu, o spremembah statuta ter o prenehanju organizacije SUCH.

10. Člen 5(3) statuta organizacije SUCH določa, da lahko ta organizacija opravlja storitve za javne subjekte, ki niso njeni člani, ali za nacionalne ali tuje zasebne subjekte v razmerah konkurenčnosti in trga, če to njenim članom ne povzroča škode ter je za samo organizacijo SUCH in za njene člane koristno z ekonomskega vidika in z vidika večje tehnološke učinkovitosti. Četrti odstavek istega člena določa, da mora organizacija SUCH zagotavljati, da vsaj 80 % dejavnosti opravlja v korist svojih članov.

11. Center CHS je 27. julija 2011 z organizacijo SUCH sklenil pogodbo, na podlagi katere naj bi ta pacientom in zaposlenim v centru CHS dobavljala obroke. Pogodba je bila sklenjena za obdobje petih let z možnostjo podaljšanja z določeno letno ceno 1.295.289 EUR, kar za obdobje petih let trajanja pogodbe skupaj znaša 6.476.445 EUR. Dobava storitev, ki je bila predmet pogodbe, je bila organizaciji SUCH dodeljena neposredno s strani centra CHS, brez izvedbe postopkov javnega naročanja, ki so določeni na podlagi Direktive 2004/18/ES, saj naj bi ta pogodba po mnenju obeh strank spadala med *in house* razmerja med organizacijo SUCH in njenimi člani, bolnišnicami, med katerimi je tudi center CHS.

12. Zaradi mnenja, da je bila neposredna oddaja naročila za dobavo storitev organizaciji SUCH na podlagi pogodbe, sklenjene s centrom CHS, nezakonita, saj je bila izvedena brez postopka javnega naročanja in torej v nasprotju z nacionalno in evropsko zakonodajo o javnih naročilih, je družba Eurest (Portugalska) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (v nadaljevanju: Eurest), družba, ki ponuja storitve, enake tistim, ki so predmet pogodbe, ter stranka, ki je sklenila pogodbo s centrom CHS za dobavo obrokov, a je bila ta razvezana po sklenitvi pogodbe med centrom CHS in organizacijo SUCH, vložila tožbo pri Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. Družba Eurest je s tožbo predlagala na eni strani odpravo sklepa upravnega odbora centra CHS, s katerim je bila razvezana njena pogodba z navedeno bolnišnico, in na drugi strani odpravo pogodbe, sklenjene med centrom CHS in organizacijo SUCH.

13. Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada je s sodbo z dne 30. januarja 2012 ugodilo tožbi in razglasilo ničnost pogodbe, sklenjene med centrom CHS in organizacijo SUCH. To sodišče je menilo, da ni bil dokazan obstoj pogojev za uporabo izjeme iz člena 5(2) zakonika o javnem naročanju in da bi zato oddaja storitev, določena v pogodbi, morala biti opravljena na podlagi postopka javnega naročanja. Center CHS in organizacija SUCH sta sodbo prvostopenjskega sodišča izpodbijala pred Tribunal Central Administrativo do Sul, ki je s sodbo z dne 26. aprila 2012 zavrnilo njuni pritožbi. Organizacija SUCH in center CHS sta s pritožbo izpodbijala to odločbo pred Supremo Tribunal Administrativo, predložitvenim sodiščem.

14. Predložitveno sodišče zlasti poudarja, da ni sporno, da je bolnišnica, kakršna je center CHS, lahko naročnik, saj je pravna oseba javnega prava. Prav tako ni sporno, da je pogodba, ki jo je ta sklenil z organizacijo SUCH kot izbranim ponudnikom, oddaja javnega naročila. Predložitveno sodišče tudi ugotavlja, da je tako javno naročilo lahko predmet neposredne oddaje *in house* le, če sta izpolnjena pogoja, določena v členu 5(2) zakonika o javnem naročanju, povzetem v točki 5 zgoraj, ki navaja sodbo Teckal.

15. Kar zadeva zlasti prvi pogoj oziroma obstoj „podobnega nadzora“, predložitveno sodišče ugotavlja, da poseben pravni položaj organizacije SUCH, katere člani so tudi zasebne ustanove socialne solidarnosti, zastavlja nova vprašanja ob upoštevanju sodne prakse Sodišča, na podlagi katere že manjšinska udeležba zasebnega podjetja v kapitalu neke družbe vsekakor izključuje možnost tovrstnega nadzora,[8] zlasti v zvezi z dejstvom, da na podlagi prava Unije za pojem podjetja ni nujno, da zadevni subjekt opravlja pridobitno dejavnost. Poleg tega se predložitveno sodišče sprašuje, ali je v zadevnem primeru mogoče izpolniti zahtevo po podobnem nadzoru ob upoštevanju števila nejavnopravnih članov organizacije SUCH, njene široke avtonomije in neodvisnosti v razmerju do javnih organov, konkretne dinamike delovanja organizacije SUCH, zlasti njenega upravnega odbora ter njene velikosti in zapletenosti.

16. Kar zadeva drugi pogoj, potreben za uporabo izjeme v zvezi z *in house* oddajo, se predložitveno sodišče sprašuje, ali ga je mogoče izpolniti, saj v skladu z določili statuta organizacije SUCH ta lahko 20 % svojega prometa ustvari v konkurenčnih razmerah z opravljanjem storitev za tretje subjekte, ki niso njeni člani.

17. Ob upoštevanju teh ugotovitev je predložitveno sodišče s sklepom z dne 6. novembra 2012 menilo, da je treba postopek ustaviti in Sodišču v predhodno odločanje predložiti ta vprašanja:

„1. Ali je s pravno teorijo Skupnosti o *in house* oddaji združljivo, da javna bolnišnica, ne da bi bila dolžna opraviti postopek javnega naročanja, določen v zakonu za zadevno pogodbo, nepridobitni organizaciji, katere članica je in katere namen je opravljanje nalog javne službe na področju zdravja, da bi se izboljšali učinkovitost in zmogljivost njenih članov, odda naročilo za storitve v zvezi z bolniško prehrano iz svojih pristojnosti, s čimer nanjo prenese odgovornost za svoje naloge s tega področja, če so lahko v skladu s statutom člani te organizacije ne le subjekti iz javnega sektorja, ampak tudi iz socialnega sektorja, pri čemer je bilo ob oddaji javnega naročila od skupno 88 članov 23 subjektov iz socialnega sektorja, in sicer zasebnih organizacij za socialno solidarnost (IPSS), ki so nepridobitne in nekatere med njimi dobrodelne?

2. Ali je mogoče šteti, da je izbrani ponudnik glede odločanja podrejen svojim javnopravnim članom, ki posamezno ali skupaj izvajajo nad njim podoben nadzor kot nad svojimi službami, če mora v skladu s statutom izbrani ponudnik zagotoviti, da imajo večino glasovalnih pravic njegovi člani, glede katerih ima član vlade, pristojen za zdravstvo, pooblastila za vodenje, nadzor in usmerjanje, njegov upravni odbor pa tudi v večini sestavljajo javnopravni člani?

3. Ali je mogoče šteti, da je glede na pravno teorijo Skupnosti o *in house* oddaji zahteva po ‚podobnem nadzoru‘ izpolnjena, če ima v skladu s statutom pooblastila za usmerjanje izbranega ponudnika član vlade, pristojen za zdravstvo, ki je tudi pristojen za imenovanje predsednika in podpredsednika upravnega odbora, potrjevanje sklepov generalne skupščine o jemanju posojil, ki pomenijo raven neto zadolžitve, ki je enaka ali večja kot 75 % lastnega kapitala v preteklem poslovnem letu, potrjevanje sklepov o spremembah statuta, potrjevanje sklepov generalne skupščine o prenehanju izbranega ponudnika in odločanje o uporabi njegovega premoženja v primeru prenehanja?

4. Ali dejstvo, da je izbrani ponudnik velika in zapletena organizacija, ki deluje na celotnem portugalskem ozemlju in katere člani so vse službe in institucije nacionalnega zdravstvenega sistema, vključno z največjimi bolnišnicami v državi, katere promet je ocenjen na 90 milijonov EUR, katere poslovanje zajema različna in kompleksna področja dejavnosti, katere kazalniki dejavnosti so zelo impresivni, ki ima več kot 3300 delavcev ter sodeluje v dveh dodatnih skupinah podjetij in dveh gospodarskih družbah, omogoča opredeliti razmerja med njo in njenimi javnopravnimi člani zgolj kot notranjo ali *in house* oddajo naročila?

8 — Glej zgoraj navedeno sodbo Stadt Halle in RPL Lochau, točki 49 in 50.

5. Ali je na podlagi dejstva, da lahko v skladu s statutom izbrani ponudnik v konkurenčnih razmerah opravlja storitve za javne subjekte, ki niso njegovi člani, ali nacionalne ali tuje zasebne subjekte, (i) če to njegovim članom ne povzroča škode ter je zanje in izbranega ponudnika z ekonomskega vidika ali z vidika izboljšanja in tehnološke učinkovitosti koristno in (ii) če opravljanje teh storitev ne pomeni več kot 20 % njegovega skupnega letnega prometa v preteklem poslovnem letu, mogoče šteti, da je izpolnjena zahteva za *in house* oddajo, namreč zahteva po ‚bistvenem namenu dejavnosti' iz člena 5(2)(b) CCP?

6. Če odgovor na katero koli od vprašanj zgoraj ne bi bil sam po sebi dovolj za ugotovitev, da so zahteve iz člena 5(2) CCP izpolnjene ali da niso, ali je mogoče na podlagi skupne presoje teh odgovorov ob upoštevanju pravne teorije Skupnosti glede *in house* oddaje naročil ugotoviti, da gre za tako oddajo [v obravnavani zadevi]?“

III – Postopek pred Sodiščem

18. Predložitveni sklep je v sodno tajništvo prispel 7. decembra 2012. Pisna stališča so predložili center CHS, organizacija SUCH, družba Eurest, portugalska in španska vlada ter Komisija, ki so vsi sodelovali na obravnavi 21. novembra 2013.

IV – Pravna analiza

19. Najprej je treba opozoriti, da na podlagi predložitvenega sklepa ni sporno, da je pogodba, sklenjena med centrom CHS in organizacijo SUCH, javno naročilo in da kot taka načeloma temelji na evropski zakonodaji za področje javnih naročil, natančneje na določilih Direktive 2004/18/ES.[9]

20. Sporno vprašanje v postopku pred predložitvenim sodiščem, na katero se nanašajo vsa vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je to predložilo Sodišču, zadeva uporabo izjeme za tako imenovano *in house* oddajo pri taki pogodbi o izvedbi javnega naročila.

A – *Prvo vprašanje za predhodno odločanje*

21. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje Sodišče v bistvu sprašuje, ali se izjema od uporabe določb iz Direktive 2004/18/ES, ki izhaja iz njegove sodne prakse na področju *in house* oddaj, lahko uporablja, tudi če je izbrani ponudnik nepridobitna organizacija, katere namen je opravljanje nalog javne službe, katere statut dovoljuje, da so njeni člani lahko ne le subjekti iz javnega, ampak tudi iz socialnega sektorja, če ob oddaji javnega naročila del članov te organizacije, čeprav manjšinski, ni bil iz javnega sektorja, ampak so bile v njegovi sestavi ustanove iz socialnega sektorja, ki se ukvarjajo z nepridobitno dejavnostjo, zlasti z dobrodelnostjo.

22. Navedeno vprašanje se nanaša na prvo od dveh zahtev Teckal oziroma na zahtevo, da naročnik nad izbranim ponudnikom izvaja „podoben nadzor“, kot ga izvaja nad svojimi službami.[10] Zato je treba najprej na kratko opozoriti na obseg zahteve po „podobnem nadzoru“, kot je predstavljen v sodni praksi.

9 — Ni sporno, da vrednost javnega naročila v postopku pred predložitvenim sodiščem, kot je navedena v točki 11 zgoraj, občutno presega prag, določen v členu 7(b) iste direktive, kakor je bila spremenjena.

10 — Glej točko 1 zgoraj.

23. Glede tega je Sodišče menilo, da obstaja podoben nadzor, če je zadevni izbrani ponudnik podrejen takemu nadzoru, ki naročniku omogoča vplivanje na njegove odločitve. To mora biti možnost odločilnega vplivanja na strateške cilje in pomembne odločitve tega ponudnika. Povedano drugače, naročnik mora imeti možnost, da nad tem ponudnikom izvaja strukturni in funkcionalni nadzor. Sodišče tudi zahteva, da je ta nadzor učinkovit.[11]

24. Poleg tega, če je izbrani subjekt v lasti več javnih organov, lahko ti organi v skladu s sodno prakso izvajajo „podoben nadzor“ skupaj, ne da bi bilo treba, da vsak od njih izvaja nadzor posamično.[12]

25. Kljub temu na podlagi ustaljene sodne prakse udeležba, čeprav manjšinska, zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, vsekakor izključuje možnost, da bi ta naročnik lahko nad navedeno družbo izvajal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami.[13]

26. Glede na navedeno je treba opozoriti, zlasti kar zadeva Sodišču predloženo vprašanje za predhodno odločanje, da okoliščina, da je izbrani ponudnik ustanovljen kot subjekt zasebnega prava, kot je združenje, sama po sebi nikakor ne izključuje uporabe izjeme *in house*.[14] Sodišče je namreč že večkrat potrdilo, da se ta izjema lahko uporablja, tudi če gre za izbranega ponudnika, ki je ustanovljen kot subjekt zasebnega prava, kakršna je na primer delniška družba.[15]

27. Kar zadeva okoliščino, da je izbrani ponudnik pri neposredni oddaji nepridobitna organizacija, ta ni pomembna za uporabo izjeme *in house*. Uporaba te izjeme namreč temelji na notranjem razmerju med naročnikom in izbranim ponudnikom, zaradi česar ni soglasja dveh samostojnih volj, ki zastopata različne pravne interese.[16] Ta je zato neodvisna ne le od pravne narave izbranega ponudnika, ampak tudi od okoliščine, ali gre za pridobitno ali nepridobitno organizacijo. Poleg tega iz sodne prakse izhaja, da samo dejstvo, da je subjekt, zlasti združenje, nepridobiten, subjektu nikakor ne preprečuje izvajanja gospodarske dejavnosti in mu samo po sebi ne preprečuje uporabe določb prava Unije o javnem naročanju.[17]

28. Kar pa zadeva dejstvo, da so med člani izbranega ponudnika ne le subjekti iz javnega, ampak tudi iz socialnega sektorja, je treba spomniti, kot je bilo navedeno v točkah 2 in 25 zgoraj, da je Sodišče v zdaj že ustaljeni sodni praksi določilo, da udeležba, čeprav manjšinska, zasebnega podjetja v kapitalu neke družbe, v kateri je udeležen naročnik, ki namerava izvesti *in house* oddajo, izključuje, da bi tak naročnik nad tovrstno družbo lahko izvajal potreben nadzor.

29. Kot je med drugim poudarilo predložitveno sodišče, je na podlagi te sodne prakse možnost, da bi naročnik izvajal podoben nadzor nad izbranim ponudnikom, izključena, če so pri njem prisotni zasebni interesi v obliki udeležbe *podjetja* v *osnovnem kapitalu družbe*.

11 — Glej zgoraj navedeno sodbo Econord (točka 27 in navedena sodna praksa).

12 — Glej zgoraj navedeno sodbo Econord (točka 28 in navedena sodna praksa).

13 — Glej zgoraj navedeno sodbo Stadt Halle in RPL Lochau (točka 49); sodbe z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-29/04, ZOdl., str. I-9705, točka 46); z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 31); z dne 8. aprila 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-337/05, ZOdl., str. I-2173, točka 38); zgoraj navedeni sodbi Coditel Brabant (točka 30) in Sea (točka 46) ter sodbi z dne 15. oktobra 2009 v zadevi Acoset (C-196/08, ZOdl., str. I-9913, točka 53) in z dne 22. decembra 2010 v zadevi Mehiläinen in Terveystalo Healthcare (C-215/09, ZOdl., str. I-13749, točka 32).

14 — Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Sea (točka 41). V zvezi s tem glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke C. Stix-Hackl k zgoraj navedeni sodbi Stadt Halle in RPL Lochau (točka 63).

15 — Poleg sodbe Sea glej tudi zgoraj navedeni sodbi ANAV (na primer točka 33) in Econord (na primer točki 29 in 32).

16 — V zvezi s tem glej podrobneje moje novejše sklepne predloge k zgoraj navedeni sodbi Datenlotsen Informationssysteme (točka 41 in navedena sodna praksa).

17 — Glej sodbi z dne 29. decembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-119/06, ZOdl., str. I-0168, točki 37 in 41) in z dne 23. decembra 2009 v zadevi CoNISMa (C-305/08, ZOdl., str. I-12129, točka 45).

30. Primer organizacije SUCH se vseeno razlikuje od tovrstnega primera, saj po eni strani organizacija SUCH ni ustanovljena kot družba in torej nima osnovnega kapitala, po drugi strani pa zasebni subjekti za izvajanje socialnih izboljšav med njenimi člani, ki nimajo javnopravne narave, niso nujno podjetja v ožjem pomenu besede.

31. Osrednji problem, ki se poraja v prvem vprašanju za predhodno odločanje, je torej prav ta: ali je treba v položaju, kakršen je ta v zvezi z organizacijo SUCH, uporabljati načelo, ki je bilo določeno s sodno prakso, na podlagi katerega prisotnost zasebnih interesov pri izbranem ponudniku izključuje možnost, da bi naročnik nad njim lahko izvajal podoben nadzor, s posledično izključitvijo možnosti, da bi temu subjektu oddajal naročila neposredno z uporabo izjeme *in house*?

32. Najprej naj spomnim, da je Sodišče že večkrat ponovilo, da je glavni cilj predpisov Unije na področju javnih naročil prosti pretok blaga in storitev ter uvedba čim večje konkurence v vseh državah članicah.[18] Ta cilj pomeni obveznost vseh naročnikov, da uporabijo predpise prava Unije s področja javnih naročil, če so za to podani pogoji, pri čemer je treba vsako odstopanje od te obveznosti razlagati *ozko*.[19]

33. Ob upoštevanju navedenega menim, da ima izključitev razmerja *in house*, ki naj bi upravičilo neposredno oddajo ob prisotnosti zasebnih interesov v kapitalu izbranega ponudnika, na podlagi sodne prakse dvojno utemeljitev. Kot je poudarilo Sodišče, je namreč na eni strani razmerje med javnim organom, kakršen je naročnik, in njegovimi službami urejeno na način in na podlagi zahtev, ki so lastne uresničevanju ciljev v javnem interesu, nasprotno pa se kakršno koli vlaganje zasebnega kapitala v neko podjetje podredi zasebnim interesom in uresničuje drugačne cilje.[20]

34. Na drugi strani pa je Sodišče tudi poudarilo, da bi oddaja javnega naročila podjetju z mešanim kapitalom brez razpisa natečaja ogrozila cilj proste in neizkrivljene konkurence in načelo enakega obravnavanja zainteresiranih strank, zlasti če bi tak postopek zasebnemu podjetju, ki je udeleženo v kapitalu tega podjetja, omogočal prednost pred njegovimi konkurenti.[21]

35. Zato menim, da je mogoče oba preudarka Sodišča glede udeležbe zasebnega podjetja v kapitalu družbe uporabljati v položaju, kakršen je na podlagi zbranih dokazov v spisu položaj organizacije SUCH.

36. Na eni strani namreč razlaga, na podlagi katere uresničevanje zasebnih interesov sledi preudarkom, ki so drugačni od tistih pri uresničevanju javnih interesov, po mojem mnenju ni omejena le na primer udeležbe zasebnih vlaganj v neki družbi. Ni namreč dvoma, da udeležba subjektov, kakršni so zasebne ustanove za spodbujanje socialne solidarnosti pri izbranem ponudniku, ustreza logiki in interesom zasebne narave, kakršni so lahko na primer karitativni ali dobrodelni interesi, katerih želeni cilji, čeprav hvalevredni, ne sovpadajo nujno z javnim interesom. Če povzamem, ti cilji, čeprav jih je v nekaterih primerih abstraktno mogoče označiti za cilje splošnega interesa, kljub temu odražajo elemente zasebnega interesa, kot je verski[22] ali društveni značaj, ki kljub dejstvu, da lahko dopolnjujeta javni interes, s tem nimata nič skupnega.

18 — Glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi CoNISMa (točka 37 in navedena sodna praksa) ter Carbotermo in Consorzio Alisei (točka 58).

19 — Glej med drugim zgoraj navedene sodbe Stadt Halle in RPL Lochau (točki 44 in 46), Parking Brixen (točka 63) in ANAV (točka 26). V zvezi s tem glej tudi moje novejše sklepne predloge k zgoraj navedeni sodbi Datenlotsen Informationssysteme (točka 38).

20 — Glej zgoraj navedeni sodbi Stadt Halle in RPL Lochau (točka 50) ter Komisija proti Avstriji (točka 47).

21 — Glej zgoraj navedeno sodbo Stadt Halle in RPL Lochau (točka 51).

22 — Tak je očitno primer organizacij Miseriórdias, ki so včlanjene v organizacijo SUCH, s pridržkom preverjanj, ki jih mora opraviti predložitveno sodišče.

37. Na drugi strani, če ni izključeno, da bi nepridobitne organizacije, kakršne so karitativna društva med članicami organizacije SUCH, lahko izvajale konkurenčno gospodarsko dejavnost z drugimi subjekti in da bi lahko sodelovale pri javnih razpisih,[23] neposredna oddaja javnega naročila ob uporabi izjeme *in house* tudi tukaj, tako kot v primeru družb, tem subjektom utegne omogočiti prednost pred konkurenti.

38. Zgornji premisleki po mojem mnenju vsaj v trenutnem stanju prava[24] vodijo k izključitvi možnosti, da bi naročnik podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami, lahko izvajal tudi nad nepridobitno organizacijo, ki ima med svojimi člani, čeprav v manjšini, tudi nejavnopravne subjekte, ki so zasebnopravni in ki so nosilci zasebnih interesov, kakršni so nepridobitne organizacije, ki izvajajo karitativno ali solidarnostno dejavnost. Po mojem mnenju iz tega sledi, da je treba neposredno oddajo javnega naročila, ki temelji na izjemi *in house*, s strani naročnika tovrstnemu ponudniku izključiti. Predložitveno sodišče pa bo v danem primeru očitno moralo izvesti potrebna preverjanja.

39. Glede na navedeno so po mojem mnenju potrebni še nekateri premisleki.

40. Prvič, dejstvo, da že manjšinska udeležba subjektov z zasebnimi interesi v nekem subjektu, tudi če ti ne izvajajo pridobitne dejavnosti, na podlagi obstoječega prava preprečuje, da bi se med enim ali več naročniki in takim subjektom oblikovalo razmerje vrste *in house*, nikakor ne pomeni, da narava in cilji ustanov, namenjenih solidarnosti, prostovoljstvu ali dobrodelnosti, ne bi mogli biti upoštevani tudi v okviru predpisov za področje javnih naročil. Glede tega moram namreč na eni strani pripomniti, da je solidarnost kot ena od vrednot, ki označujejo evropsko družbo, izrecno priznana v členu 2 PEU in da torej subjekti, ki uresničujejo to vrednoto, dejavno prispevajo k oblikovanju take evropske družbe, ki je v skladu s Pogodbama.[25] Na drugi strani je v skladu s to pripombo treba ugotoviti, da socialni in solidarnostni vidiki niso tuji predpisom za področje javnih naročil, kot lahko sklepamo na primer na podlagi določbe iz člena 26 Direktive 2004/18/ES, ki določa, da se pogoji za izvedbo naročila lahko nanašajo na socialne vidike.[26]

41. Drugič, opozoriti je treba, da zgolj dejstvo, da statut nepridobitne organizacije, ki je izbrana ponudnica naročila, določa, da so njeni člani lahko ne le subjekti iz javnega, temveč tudi iz socialnega sektorja, samo po sebi ne izključuje možnosti razmerja *in house,* če ob oddaji naročila v tej organizaciji sodelujejo izključno javni organi. Res je, da ne bi bilo v skladu z načelom pravne varnosti, če bi priznali, da je mogoče zaradi možnosti sodelovanja zasebnikov v neki organizaciji, določene v statutu, za nedoločen čas zadržati presojo glede njene javnosti ali zasebnosti. Iz tega sledi, da je odprtje zadevne organizacije, katere člani so ob dodelitvi naročila izključno javni organi, tudi za sodelovanje zasebnih subjektov mogoče le, če takrat obstajajo dejanski in neposredni obeti za tako odprtje. Samo možnost, ki jo imajo zasebniki, da sodelujejo v kapitalu neke organizacije, zato ne zadošča za ugotovitev, da pogoj glede podobnega nadzora s strani javnega organa ni izpolnjen.[27]

23 — Zgoraj navedeni sodbi Komisija proti Italiji (C-119/06, točki 37 in 41) in CoNISMa (točka 45).

24 — V zvezi s tem je namreč treba poudariti, da zadnja različica predloga direktive Parlamenta in Sveta za področje javnih naročil (dokument Sveta št. 11745/13), ki jo trenutno obravnava Svet in na katero se je na obravnavi sklicevala Komisija, kot pogoj za *in house* oddajo določa, da ne sme biti neposredne udeležbe zasebnega kapitala v kapitalu pravne osebe, nad katero naročnik izvaja podoben nadzor, vendar z izjemo neodvisnih in neobvladujočih deležev na podlagi nacionalnih zakonskih določb, ki ne omogočajo pomembnega vplivanja na to pravno osebo. Ni izključeno, da bi ob ohranitvi te določbe v končni različici nove direktive ta lahko v nekaterih posebnih primerih vodila k drugačni razlagi od tiste, ki temelji na obstoječem pravu.

25 — V tem smislu se lahko na primer poudari, da je Sodišče državam članicam priznalo pravico do proste presoje prav glede organizacije sistema socialnega varstva, tako da jim je priznalo možnost vključevanja zasebnih subjektov v ta sistem le, če ti nimajo pridobitnega namena. Glej sodbo z dne 17. junija 1997 v zadevi Sodemare in drugi proti Regione Lombardia (C-70/95, Recueil, str. I-3395, točka 32).

26 — Glej tudi uvodno izjavo 46 navedene direktive.

27 — Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Sea (točke 49, 50 in 51).

42. Nasprotno, če bi se naročilo brez razpisa oddalo organizaciji, katere člani so v celoti javni organi, in bi bila še med veljavnostjo te pogodbe o oddaji naročila zasebnim subjektom na podlagi včlanitve dovoljena udeležba v tej organizaciji, bi to pomenilo spremembo temeljnega pogoja naročila, ki zahteva javni razpis. [28]

43. Iz zgoraj navedenega po mojem mnenju izhaja, da je treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je zastavilo predložitveno sodišče, odgovoriti tako, da izjeme od uporabe predpisov prava Unije za področje javnih naročil, predvidene pri *in house* oddaji, ni mogoče uporabiti, če je izbrani ponudnik, ki mu naročnik namerava oddati naročilo neposredno, brez postopka za oddajo javnega naročila, subjekt zasebnega prava, katerega člani so, čeprav v manjšini, nosilci zasebnih interesov.

B – *Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje*

44. Z drugim in tretjim vprašanjem za predhodno odločanje, ki ju je po mojem mnenju mogoče obravnavati skupaj, predložitveno sodišče sprašuje, ali je mogoč „podoben nadzor“ nad izbranim ponudnikom, če so v njegovem statutu nekatere določbe, ki podeljujejo posebna pooblastila v statutarnih organih njegovim javnopravnim članom ali pristojnemu članu vlade.

45. Natančneje, z drugim vprašanjem za predhodno odločanje predložitveno sodišče v bistvu Sodišče sprašuje, ali obstaja „podoben nadzor“ nad izbranim ponudnikom, ki ga posamezno ali skupaj izvajajo njegovi javnopravni člani, če mora v skladu s svojim statutom ta zagotoviti, da imajo večino glasovalnih pravic na generalni skupščini njegovi člani, glede katerih ima član vlade, pristojen za zdravstvo, pooblastila za vodenje, nadzor in usmerjanje, njegov upravni odbor pa tudi v večini sestavljajo javnopravni člani.

46. S tretjim vprašanjem za predhodno odločanje predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali obstaja „podoben nadzor“, če ima v skladu s statutom pooblastila za usmerjanje izbranega ponudnika član vlade, pristojen za zdravstvo, ki je tudi pristojen za imenovanje predsednika in podpredsednika upravnega odbora in potrjevanje nekaterih posebnih sklepov generalne skupščine oziroma tistih, ki so določeni v členu 3 statuta organizacije SUCH. [29]

47. Iz odgovora na prvo vprašanje za predhodno odločanje izhaja, da je izključeno, da bi naročnik nad izbranim ponudnikom lahko izvajal podoben nadzor, če je pri izbranem ponudniku prisotna udeležba, čeprav manjšinska, nosilcev zasebnih interesov. Po mojem mnenju je logična posledica te ugotovitve, ki je odsev omejujoče razlage izjeme v skladu s sodno prakso, navedeno v točki 32, da udeležbe nosilcev zasebnih interesov pri izbranem ponudniku ne bo mogoče odpraviti z morebitnimi določbami statuta tega ponudnika, ki podeljujejo posebne pristojnosti nadzora in usmerjanja preostalim javnopravnim članom ali pristojnemu članu vlade. Iz tega po mojem mnenju sledi, da je treba na drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti nikalno.

48. Poleg tega naj mimogrede opozorim, da dejstvo, da je izbrani ponudnik podrejen neposrednemu [30] ali posrednemu [31] vodenju pristojnega člana vlade, ne pomeni nujno, da naročniki posamezno ali skupaj nad izbranim ponudnikom izvajajo podoben nadzor, kot ga izvajajo nad svojimi službami.

28 — Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Sea (točka 53).

29 — Glej točko 9 zgoraj.

30 — Kot v primeru statutarne določbe, obravnavane v tretjem vprašanju za predhodno odločanje, oziroma člena 3 statuta organizacije SUCH.

31 — Kot v primeru statutarne določbe, obravnavane v drugem vprašanju za predhodno odločanje, oziroma člena 7(2) statuta organizacije SUCH.

49. Res je namreč, da je pristojnost za nadzor nad statutarnimi organi odločanja izbranega ponudnika glede na okoliščine posameznega primera mogoče šteti za enega od elementov, ki naročnikom, ki imajo to pristojnost, omogoča, da nad tem izbranim ponudnikom izvajajo nadzor, podoben tistemu, ki ga izvajajo nad svojimi službami.[32] Na splošno je prav tako res, da ni izključeno, da v določenih posebnih okoliščinah, kot so te v zadevnem primeru,[33] pooblastila za nadzor in vodenje, podeljena javnim organom, ki nadzirajo naročnike, ki tudi sami izvajajo nadzor nad izbranim ponudnikom, lahko pripomorejo k omejitvi samostojnosti njegove volje, tako da je mogoče priznati obstoj podobnega nadzora, kot je tisti, ki ga nad njim izvajajo navedeni naročniki.

50. Ne glede na navedeno je kljub temu treba ugotoviti obstoj podobnega nadzora posebej s sklicevanjem na naročnike, ki ga morajo izvajati nad izbranim ponudnikom, ki mu nameravajo neposredno oddati naročilo, ne pa s sklicevanjem na državo, ki ga izvaja posredno prek pristojnega člana vlade.

51. Ob upoštevanju zgoraj navedenega menim, da je treba na drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti tako, da ob udeležbi, čeprav manjšinski, nosilcev zasebnih interesov v kapitalu nekega ponudnika določbe statuta tega ponudnika, ki podeljujejo posebne pristojnosti za nadzor ali vodenje preostalim javnopravnim članom ali pristojnemu članu vlade, ne omogočajo, da bi lahko govorili o obstoju podobnega nadzora nad tem ponudnikom, ki bi lahko upravičil uporabo izjeme *in house*.

C – *Četrto vprašanje za predhodno odločanje*

52. Predložitveno sodišče s četrtim vprašanjem za predhodno odločanje Sodišče v bistvu sprašuje, ali okoliščina, da je izbrani ponudnik velika in zapletena organizacija, ki deluje na celotnem portugalskem ozemlju, omogoča opredelitev razmerja med njo in njenimi javnopravnimi člani kot *in house* razmerje, ki bi upravičilo neposredno oddajo javnega naročila tej organizaciji.

53. Tudi to vprašanje za predhodno odločanje se tako kot prejšnja tri nanaša na prvo „zahtevo Teckal“ oziroma na obstoj „podobnega nadzora“. V točki 23 zgoraj sem opozoril na obseg te zahteve, kot je predstavljen v sodni praksi, to je kot oblika strukturnega, funkcionalnega in dejanskega nadzora. V točki 27 zgoraj pa sem opozoril, da izjema *in house* na podlagi sodne prakse temelji na dejstvu, da izbrani ponudnik ni samostojen.

54. Iz teh predpostavk izhaja, da velikost in zapletenost strukture nekega ponudnika sami po sebi ne omogočata, da bi lahko potrdili, da neki naročnik dejansko nad izbranim ponudnikom izvaja strukturni in funkcionalni nadzor in da bi tako razmerje med njima v skladu s sodno prakso lahko opredelili kot „podoben nadzor“.

55. Vendar pa to ne pomeni, da sta ti lastnosti popolnoma neupoštevni pri analizi, katere cilj je določiti obstoj podobnega nadzora. Po mojem mnenju sta namreč velikost in zapletena struktura ponudnika lahko kazalnika, ki pri celoviti presoji vseh okoliščin konkretnega primera lahko prispevata k oblikovanju sklepa, da ta ponudnik uživa tolikšno stopnjo samostojnosti, da je treba izključiti obstoj podobnega nadzora. Zato menim, da je treba na četrto vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti v tem smislu.

32 — Glej zgoraj navedeno sodbo Sea (točka 89); glej v tem smislu tudi zgoraj navedeni sodbi Coditel Brabant (točka 34) in Parking Brixen (točka 69).

33 — V katerem pa pri izbranem ponudniku niso udeleženi zasebni interesi.

D – *Peto vprašanje za predhodno odločanje*

56. Predložitveno sodišče s petim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu Sodišče sprašuje, ali je mogoče uporabljati izjemo *in house*, če lahko izbrani ponudnik v skladu s svojim statutom v konkurenčnih razmerah opravlja storitve za javne subjekte, ki niso njegovi člani, ali za zasebne subjekte, prvič, če to njegovim članom ne povzroča škode ter je zanje in za izbranega ponudnika koristno in, drugič, če opravljanje teh storitev ne pomeni več kot 20 % njegovega skupnega letnega prometa v preteklem poslovnem letu.

57. Medtem ko se prva štiri vprašanja za predhodno odločanje nanašajo na prvo zahtevo Teckal, to je na obstoj „podobnega nadzora“, se peto vprašanje za predhodno odločanje nanaša na drugo zahtevo, ki je potrebna za uporabo izjeme *in house* oziroma pogoj, na podlagi katerega mora izbrani ponudnik velik del svoje dejavnosti opraviti za naročnika ali naročnike, ki ga nadzirajo.

58. V zvezi s tem je treba spomniti, da je Sodišče pojasnilo, da je cilj te zahteve zlasti zagotoviti, da se predpisi na področju javnih naročil še naprej lahko uporabljajo, če je izbrani ponudnik, ki ga nadzira eden ali več naročnikov, dejaven na trgu in torej lahko konkurira drugim podjetjem. Sodišče je namreč opozorilo, da podjetju ni nujno odvzeta svoboda delovanja samo zato, ker odločitve, ki ga zadevajo, nadzoruje javni organ, ki ima v njem delež, če lahko opravlja še velik del gospodarske dejavnosti z drugimi gospodarskimi subjekti. [34]

59. Sodišče je še pojasnilo, da zadevni ponudnik opravlja velik del svoje dejavnosti za naročnika ali naročnike, ki imajo v njem delež, le če je ta dejavnost namenjena *v glavnem* in *predvsem* zadevnemu naročniku (ali naročnikom) in če je torej vsaka druga dejavnost *postranskega* pomena. [35] Če podoben nadzor nad izbranim ponudnikom izvajajo različni naročniki, je treba upoštevati dejavnost, ki jo ta ponudnik opravlja za vse naročnike skupaj. [36]

60. Poleg tega je Sodišče v sodbi Asociación Nacional de Empresas Forestales [37] menilo, da je bil – s pridržkom, da mora predložitveno sodišče preveriti nekatera dejstva – ta pogoj izpolnjen, če je izbrani ponudnik za javne skupnosti in organe, ki so imeli v njem delež, opravil približno 90 % svoje dejavnosti. [38]

61. Glede na navedeno, zlasti kar zadeva statutarno določbo, v skladu s katero obravnavani ponudnik lahko v konkurenčnih razmerah opravlja storitve za tretje osebe, le če to njegovim članom ne povzroča škode ter je zanje koristno, menim, da ta določba ne more biti ovira za uporabo druge zahteve Teckal, če pomeni omejevanje opravljanja dejavnosti v svobodni konkurenci s strani tega ponudnika.

62. Pomembnejše se zdi vprašanje, ali je ta pogoj lahko izpolnjen, kadar izbrani ponudnik 20 % skupnega letnega prometa opravi za javne ali zasebne subjekte, ki niso njegovi člani, to je za tretje osebe. V zvezi s tem menim, da je treba sprejeti omejevalen pristop pri razlagi zadevne izjeme, kot to narekuje sodna praksa, navedena v točki 32 zgoraj. S tega vidika menim, da v položaju, v katerem izbrani ponudnik opravi 20-odstotni delež svoje dejavnosti v svobodni konkurenci, in ne za naročnike, ki imajo v njem delež, ni mogoče šteti, da ta svojo dejavnost opravlja *v glavnem* in *predvsem* za naročnike, ki ga nadzirajo, in da je torej vsa preostala dejavnost *postranskega* pomena, kakor je to zahtevano v sodni praksi, omenjeni v točki 59 zgoraj. Dejavnost, ki pomeni petino celotne dejavnosti izbranega ponudnika, po mojem mnenju že z vidika količine ne more biti opredeljena kot dejavnost *postranskega* pomena.

34 — Glej zgoraj navedeno sodbo Carbotermo in Consorzio Alisei (točki 60 in 61).

35 — Prav tam, točki 62 in 63 (moj poudarek).

36 — Prav tam, točki 70 in 71.

37 — C-295/05.

38 — Prav tam, točka 63.

63. Zato menim, da je v trenutnem stanju prava [39] na peto vprašanje za predhodno odločanje treba odgovoriti tako, da izjeme *in house* ni mogoče uporabljati, če izbrani ponudnik v skladu s svojim statutom storitve v konkurenčnih razmerah lahko opravlja za javne subjekte, ki niso njegovi člani, ali za zasebne subjekte, če opravljanje teh storitev ne dosega več kot 20 % njegovega skupnega letnega prometa v preteklem poslovnem letu.

E – *Šesto vprašanje za predhodno odločanje*

64. Na šesto vprašanje predložitvenega sodišča je v skladu z njegovo zahtevo treba odgovoriti le, če odgovor na katero koli od zgornjih vprašanj ne bi bil sam po sebi dovolj za ugotovitev, ali so zahteve za uporabo izjeme *in house* izpolnjene. Predložitveno sodišče torej sprašuje, ali je mogoče na podlagi skupne presoje teh odgovorov ugotoviti, da se ta izjema lahko uporabi tudi v primeru, kakršen je ta, ki ga pravkar obravnava.

65. Ob upoštevanju odgovorov na prvih pet vprašanj za predhodno odločanje menim, da bi se Sodišče, če bi sledilo pristopu, ki sem ga predlagal, lahko izognilo odgovoru na to vprašanje. Iz teh odgovorov, zlasti iz odgovorov na prvo in drugo vprašanje za predhodno odločanje, namreč izhaja, da v primeru, kakršen je ta, ki ga obravnava predložitveno sodišče, navedene izjeme v trenutnem stanju prava [40] ni mogoče uporabiti, in to neodvisno od morebitne skupne presoje teh odgovorov. Sodišču zato predlagam, naj na to vprašanje za predhodno odločanje ne odgovori.

V – Predlog

66. Ob upoštevanju navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje Supremo Tribunal Administrativo odgovori tako:

Izjeme od uporabe predpisov prava Unije za področje javnih naročil, predvidene pri *in house* oddaji, ni mogoče uporabljati, če je izbrani ponudnik, ki mu naročnik namerava oddati naročilo neposredno, brez postopka za oddajo javnega naročila, subjekt zasebnega prava, katerega člani so, čeprav v manjšini, nosilci zasebnih interesov. V tem primeru obstoj določb v statutu izbranega ponudnika, ki podeljujejo posebne pristojnosti nadzora in usmerjanja preostalim javnopravnim članom ali pristojnemu članu vlade, ne omogoča, da bi lahko ugotovili obstoj podobnega nadzora nad tem ponudnikom, ki bi lahko upravičil uporabo izjeme *in house*.

Velikost in zapletena struktura ponudnika sta lahko kazalnika, ki pri celoviti presoji vseh okoliščin konkretnega primera lahko prispevata k ugotovitvi, da ta ponudnik uživa tolikšno stopnjo samostojnosti, da je treba izključiti obstoj podobnega nadzora.

Izjeme *in house* ni mogoče uporabiti, če izbrani ponudnik v skladu s svojim statutom storitve v konkurenčnih razmerah lahko opravlja za javne subjekte, ki niso njegovi člani, ali za zasebne subjekte, če opravljanje teh storitev ne dosega več kot 20 % njegovega skupnega letnega prometa v preteklem poslovnem letu.

39 — Poudariti je namreč treba, da je v zadnji različici predloga direktive Parlamenta in Sveta glede javnih naročil, ki je navedena v opombi 24 zgoraj, izrecno določeno, da se izjema *in house* lahko uporablja, če zadevni izbrani ponudnik opravlja več kot 80 % vseh dejavnosti za naročnika ali naročnike, ki ga nadzirajo (glej člen 11(1)(b)). Očitno je torej, da bi v primeru potrditve tega praga v tej direktivi to vplivalo na izbiro zakonodajalca, ki bi v prihodnosti spremenil veljavno pravo. Vendar to po mojem mnenju ne igra nobene vloge pri razlagi veljavnih predpisov.

40 — Glej opombi 24 in 38 zgoraj.