Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
PAOLA MENGOZZIJA
od 27. veljače 2014.[1]

Predmet C-574/12

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je podnio Supremo Tribunal Administrativo (Portugal))

„Ugovori o javnoj nabavi – Direktiva 2004/18/EZ – Nepostojanje obveze provođenja postupaka koje za sklapanje ugovora o nabavi propisuju pravila prava Unije (tzv. ugovaranje ‚in house') – Pretpostavka ‚sličnog nadzora' – Ugovaratelj koji je pravno samostalan od javnog naručitelja i ima pravni oblik neprofitne udruge – Sudjelovanje privatnih interesa u strukturi ugovaratelja – Pretpostavka da ugovaratelj bitan dio svoje djelatnosti obavlja za javne naručitelje koji obavljaju ‚sličan nadzor'"

1. Sa šest prethodnih pitanja koja je u ovom predmetu uputio portugalski Supremo Tribunal Administrativo Sud je ponovno pozvan pojasniti doseg pretpostavki koje se moraju ispuniti da bi javni naručitelj mogao iskoristiti iznimku tzv. ugovaranja „in house". Na temelju te iznimke, koju je Sud utvrdio u presudi Teckal[2] i koja je otada postala predmet opsežne sudske prakse, javni naručitelj oslobađa se obveze pokretanja postupka nadmetanja radi sklapanja ugovora o javnoj nabavi ako su ispunjena dva uvjeta: ako javni naručitelj nad ugovarateljem obavlja „sličan nadzor" onom koji obavlja nad vlastitim službama i ako taj ugovaratelj bitan dio svoje djelatnosti obavlja za javnog naručitelja ili javne naručitelje koji u njemu drži udjele[3].

2. Ovaj predmet postavlja neka nova pitanja koja će Sudu omogućiti da dodatno pojasni područje primjene iznimke „in house". S jedne strane, Sud je pozvan definirati doseg svoje sudske prakse prema kojoj se prisutnošću privatnih interesa u strukturi ugovaratelja isključuje mogućnost da javni naručitelj nad tim ugovarateljem obavlja nadzor sličan onom koji obavlja nad vlastitim službama[4]. Preciznije rečeno, Sud će morati pojasniti odnosi li se restriktivan pristup, kojim se u toj sudskoj praksi poslužio u vezi sa sudjelovanjem privatnog kapitala u temeljnom kapitalu trgovačkih društava-ugovaratelja, i na slučaj u kojem je ugovaratelj neprofitna udruga čiji su članovi, uz javne naručitelje, još i neprofitne karitativne i dobrotvorne udruge.

1 — Izvorni jezik: talijanski

2 — Presuda od 18. studenoga 1999., Teckal (C-107/98, Zb., str. I-8121.)

3 — Vidjeti, među ostalim, presude od 11. siječnja 2005., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, Zb., str. I-1., t. 49.); od 13. listopada 2005., Parking Brixen (C-458/03, Zb., str. 1-8585., t. 62.); od 11. svibnja 2006., Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, Zb., str. I-4137., t. 33.); od 19. travnja 2007., Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, Zb., str. I-2999., t. 55.); od 13. studenoga 2008., Coditel Brabant (C-324/07, Zb., str. I-8457., t. 27.); od 10. rujna 2009., Sea (C-573/07, Zb., str. I-8127., t. 40.); od 29. studenoga 2012., Econord (C-182/11 i C-183/11, t. 25.) i od 19. prosinca 2012., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. (C-159/11, t. 32.). U tom pogledu vidjeti i moje nedavno mišljenje u predmetu Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

4 — Vidjeti *infra* t. 25. i 28.

3. S druge strane, u ovom je predmetu Sud pozvan pojasniti doseg druge „pretpostavke Teckal“, tj. uvjet prema kojem ugovaratelj mora obavljati bitan dio svoje djelatnosti za javnog naručitelja ili javne naručitelje koji u njemu drže udjele.

I – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

4. Člankom 1. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2004/18/EZ[5] propisano je: „‚Ugovori o javnoj nabavi' su naplatni ugovori sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja i čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga u smislu ove Direktive“.

B – *Nacionalno zakonodavstvo*

5. U skladu s člankom 5. stavkom 2. portugalskog Zakonika o javnoj nabavi[6], kojim je sukladno sudskoj praksi Suda u portugalski pravni poredak prenesena Direktiva 2004/18, „[odredbe u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi], nadalje, ne primjenjuju se na sklapanje ugovora o javnoj nabavi, bez obzira na predmet nabave, između javnih naručitelja i drugog subjekta ako:

a) javni naručitelj, pojedinačno ili s drugim javnim naručiteljima, obavlja nadzor nad djelatnošću tog subjekta, a taj je nadzor sličan nadzoru koji obavlja nad vlastitim službama i

b) taj subjekt bitan dio svoje djelatnosti obavlja u korist jednog ili više javnih naručitelja koji nad njim obavljaju sličan nadzor opisan u prethodnoj točki (a)“.

II – Činjenice, glavni postupak i prethodna pitanja

6. Centro Hospitalar de Setúbal (u daljnjem tekstu: Bolnički centar), prvi tužitelj u glavnom postupku pred sudom koji je uputio zahtjev, jedna je portugalska javna bolnica.

7. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (u daljnjem tekstu: SUCH), drugi tužitelj u glavnom postupku pred sudom koji je uputio zahtjev, neprofitna je udruga osnovana Dekretom br. 46.668 od 24. studenoga 1965., uređena vlastitim statutom[7]. U skladu s člankom 2. tog statuta, SUCH ima za cilj ispunjavati zadaću javne službe, a predstavlja sredstvo kojim se interno mogu zadovoljiti potrebe članova SUCH-a u svrhu učinkovitog djelovanja ovih potonjih. Usto, SUCH sudjeluje u provođenju javne zdravstvene politike, dajući bitan doprinos učinkovitosti i održivosti financiranja sustava javnog zdravstva.

8. U skladu s člankom 7. stavkom 1. statuta SUCH-a, njegovi članovi mogu biti samo subjekti iz javnog ili socijalnog sektora koji pružaju usluge zdravstvene skrbi ili obavljaju djelatnost povezanu s promicanjem i zaštitom zdravlja. U skladu sa stavkom 2. istog članka, SUCH, uz navedeno, mora voditi brigu i o tome da većinu prava glasa na skupštini imaju članovi iz javnog sektora koji se nalaze

5 — Direktiva 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.).

6 — Potvrđen Dekretom br. 18/2008 od 29. siječnja 2008.

7 — Statut SUCH-a pretrpio je mnogobrojne izmjene. Verzija koja je bila na snazi u vrijeme nastanka činjenica u ovom predmetu jest ona koja je odobrena u listopadu 2010.

pod ovlastima upravljanja, nadzora i usmjeravanja člana vlade nadležnog za područje zdravstva. U vrijeme nastanka činjenica u ovom predmetu SUCH je imao 88 članova, među kojima je bio Bolnički centar te 23 redom neprofitne privatne ustanove društvene solidarnosti, od kojih su 20 bile karitativne ustanove (*Misericórdias*).

9. U skladu s člankom 3. njegova statuta, ovlaštenja upravljanja, nadzora i usmjeravanja nad SUCH-om ima član vlade nadležan za područje zdravstva, koji je nadležan za imenovanje predsjednika i potpredsjednika upravnog vijeća kao i za potvrđivanje odluka glavne skupštine koje se tiču: uzimanja kredita koji podrazumijevaju razinu neto zaduživanja u iznosu od 75% ili više vlastitog kapitala u protekloj financijskoj godini, izmjena statuta i prestanka SUCH-a.

10. U skladu s člankom 5. stavkom 3. svojeg statuta, SUCH može uz slobodno tržišno natjecanje i po tržišnim uvjetima pružati usluge javnim subjektima koji nisu njegovi članovi ili privatnim domaćim ili stranim subjektima, ako se time ne nanosi šteta interesima članova i ako se time ostvaruje pogodnost za članove i SUCH, kako u ekonomskom smislu tako i u smislu tehnološkog razvoja. Stavkom 4. tog članka određuje se da SUCH mora skrbiti o tome da barem 80% vlastite djelatnosti obavlja u korist svojih članova.

11. Dana 27. srpnja 2011. Bolnički centar i SUCH potpisali su ugovor o pružanju usluge isporuke obroka pacijentima i osoblju Bolničkog centra. Ugovor je sklopljen na razdoblje od pet godina s mogućnošću obnavljanja, a bilo je predviđeno plaćanje godišnje cijene u iznosu od 1.295.289 eura, što je za svih pet godina iznosilo 6.476.445 eura. Pružanje predmetnih usluga Bolnički centar izravno je povjerio SUCH-u, bez pokretanja postupka ugovaranja koji je predviđen Direktivom 2004/18 jer bi se, prema mišljenju stranaka iz tog ugovora, radilo o ugovaranju u području odnosa „in house“ koji postoje između SUCH-a i bolnica koje su njegovi članovi, a među kojima je i Bolnički centar.

12. Smatrajući da je izravno ugovaranje između SUCH-a i Bolničkog centra o pružanju predmetnih usluga bilo protuzakonito jer je poduzeto bez pokretanja postupka javnog nadmetanja, što je protivno nacionalnom i europskom zakonodavstvu u području javne nabave, Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (u daljnjem tekstu: Eurest), trgovačko društvo koje pruža iste usluge koje su predmet ugovora i koje je ujedno bilo i stranka drugog ugovora s Bolničkim centrom o pružanju usluga isporuke obroka koji je raskinut nakon potpisivanja ugovora između Bolničkog centra i SUCH-a, podnio je tužbu na Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. Tužbom je Eurest zahtijevao, s jedne strane, poništenje odluke upravnog vijeća Bolničkog centra o raskidu svojeg ugovora s tom bolnicom i, s druge strane, utvrđenje ništetnosti ugovora zaključenog između Bolničkog centra i SUCH-a.

13. Presudom od 30. siječnja 2012. Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada usvojio je tužbeni zahtjev i proglasio ništetnim ugovor zaključen između Bolničkog centra i SUCH-a. Taj je sud smatrao da nisu bile ispunjene pretpostavke za primjenu iznimke iz članka 5. stavka 2. Zakonika o javnoj nabavi, zbog čega je povjeravanje usluga predviđenih u ugovoru trebalo biti predmet javnog postupka nadmetanja. Bolnički centar i SUCH podnijeli su protiv te prvostupanjske presude žalbu koju je Tribunal Central Administrativo do Sul odbio presudom od 26. travnja 2012. Protiv te presude podnijeli su reviziju na Supremo Tribunal Administrativo, to jest sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku.

14. Sud koji je uputio zahtjev prije svega ističe da je javna bolnica, poput Bolničkog centra, javni naručitelj jer ima svojstvo pravne osobe javnog prava. Kao nespornu navodi i činjenicu da je naplatni ugovor koji je Bolnički centar sklopio sa SUCH-om kao subjektom koji je odvojen od javnog naručitelja ugovor o javnoj nabavi usluga. Sud koji je uputio zahtjev primjećuje i da je za izravno ugovaranje „in house“ ove javne nabave nužno ispunjenje dvaju uvjeta propisanih člankom 5. stavkom 2. Zakonika o javnoj nabavi, navedenim u prethodnoj točki 5., a koji kodificira sudsku praksu na temelju presude u predmetu Teckal.

15. Što se posebno tiče prvog uvjeta, tj. postojanja „sličnog nadzora“, sud koji je uputio zahtjev primjećuje da iz posebne pravne naravi SUCH-a, ako se uzme u obzir činjenica da su njegovi članovi i privatne ustanove društvene solidarnosti, proizlaze nova pitanja s obzirom na sudsku praksu Suda prema kojoj čak i manjinsko sudjelovanje privatnog poduzetnika u temeljnom kapitalu društva u svakom slučaju isključuje postojanje takvog nadzora[8], a to posebno u odnosu na činjenicu da prema pravu Unije, da bi se smatrao poduzetnikom, subjekt o kojem je riječ ne mora nužno imati namjeru stjecanja dobiti. Nadalje, pozivajući se na presudu portugalskog Revizorskog suda kojom je taj sud odbio odobriti predmetni ugovor, a obrazloženje te presude preuzeto je i u presudi koju se pobija revizijom pred sudom koji je uputio zahtjev, potonji sud dvoji i oko toga je li u konkretnom slučaju ispunjena pretpostavka sličnog nadzora s obzirom na broj članova SUCH-a koji su izvan javnog sektora, njegovu široku autonomiju i neovisnost u odnosu na tijela javne vlasti, konkretan način funkcioniranja SUCH-a, a posebno njegova upravnog vijeća, kao i njegovu veličinu i složenost.

16. Što se tiče drugog uvjeta nužnog za primjenu iznimke koja se odnosi na ugovaranja „in house“, sud koji je uputio zahtjev u dvojbi je oko toga je li taj uvjet ispunjen ako SUCH 20% svojeg godišnjeg prihoda prema odredbama svojeg statuta može ostvariti pružanjem usluga u uvjetima tržišnog natjecanja trećim subjektima koji nisu njegovi članovi.

17. S obzirom na ta razmatranja, sud koji je uputio zahtjev prekinuo je glavni postupak rješenjem od 6. studenoga 2012. smatrajući to nužnim kako bi uputio Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. U slučaju kada javna bolnica, bez provođenja postupka javne nabave predviđenog zakonom u odnosu na konkretan predmet nabave, povjeri neprofitnoj udruzi - čiji je član i čija djelatnost obuhvaća ispunjavanje zadaće javne službe u području zdravstva radi poboljšanja učinkovitosti i djelotvornosti svojih članova - izvršavanje usluga u vezi s prehranom u bolničkom sektoru koji je u njezinoj nadležnosti i tako toj udruzi prenese odgovornost za svoje zadaće u tom području, je li u skladu sa sudskom praksom Zajednice u području interne nabave ako u skladu sa statutom članovi navedene udruge mogu biti ne samo subjekti koji pripadaju javnom sektoru, nego i socijalnom sektoru i ako je od ukupno 88 članova na dan sklapanja ugovora socijalni sektor bio zastupljen s 23 redom neprofitne privatne ustanove društvene solidarnosti (IPPS), među kojima su i karitativne ustanove?

2. Može li se smatrati da se ugovaratelj u odnosu na donošenje svojih odluka nalazi u podređenom položaju prema članovima iz javnog sektora jer oni pojedinačno ili zajedno provode nadzor sličan nadzoru koji provode nad svojim vlastitim službama ako u skladu sa statutom ugovaratelj mora paziti na to da većina prava glasa pripada članovima koji ulaze u njegov sastav i nalaze se pod ovlastima upravljanja, nadzora i usmjeravanja člana vlade nadležnog za područje zdravstva, kao i da većinu članova upravnog vijeća čine članovi iz javnog sektora?

3. Može li se smatrati da je pretpostavka ‚sličnog nadzora’ u smislu sudske prakse Zajednice u vezi s internom nabavom ispunjena ako se ugovaratelj u skladu sa svojim statutom nalazi pod ovlastima usmjeravanja člana vlade nadležnog za područje zdravstva koji je odgovoran za imenovanje predsjednika i potpredsjednika upravnog vijeća, za odobrenje odluka skupštine o uzimanju kredita koji podrazumijevaju razinu neto zaduživanja u iznosu od 75% ili više vlastitog kapitala u protekloj financijskoj godini, za odobrenje odluka o izmjenama statuta, za odobrenje odluka skupštine [o] prestanku ugovaratelja kao i za utvrđivanje namjene imovine u slučaju prestanka ugovaratelja?

4. S obzirom na činjenicu da je ugovaratelj velika i složena organizacija koja djeluje na cijelom portugalskom teritoriju i da su sve službe i ustanove u sustavu Serviço Nacional de Saúde njezini članovi, uključujući najveće bolničke jedinice u zemlji, s očekivanim prihodom od otprilike 90

8 — Vidjeti navedenu presudu Stadt Halle i RPL Lochau, t. 49. i 50.

milijuna eura i poslovanjem koje pokriva različita područja složenih djelatnosti, sa značajnim pokazateljima djelatnosti i više od 3300 radnika, kao i da sudjeluje u dvjema dodatnim grupacijama poduzeća i u dvama trgovačkim društvima, može li se odnose između ugovaratelja i njegovih članova iz javnog sektora ocijeniti kao slučaj obične interne nabave ili ‚in-house'?

5. S obzirom na činjenicu da ugovaratelj u skladu sa statutom može pružati usluge, u uvjetima tržišnog natjecanja, javnim subjektima koji nisu njegovi članovi ili privatnim domaćim ili stranim subjektima (i) pod uvjetom da se time ne nanosi šteta članovima i da se time ostvaruje pogodnost za članove i ugovaratelja, kako u ekonomskom smislu tako i u smislu konsolidacije i tehnološkog razvoja, kao i (ii) pod uvjetom da se pružanjem tih usluga ne ostvaruje promet po izdanim fakturama takvog obujma da prelazi 20% ukupnog godišnjeg prihoda u prethodnom poreznom razdoblju, je li moguće smatrati da je pretpostavka za internu nabavu ispunjena, osobito u pogledu pretpostavke u vezi s ‚bitnom svrhom djelatnosti' koja se traži u skladu s člankom 5. stavkom 2. točkom (b) Zakonika o javnoj nabavi?

6. Ako odgovor na bilo koje od navedenih pitanja sam po sebi nije dovoljan da bi se zaključilo jesu li odnosno nisu li ispunjene pretpostavke iz članka 5. stavka 2. Zakonika o javnoj nabavi s obzirom na sudsku praksu Zajednice u vezi s internom nabavom, može li se [u konkretnom slučaju] zajedničkim razmatranjem tih odgovora doći do zaključka da je riječ o tom tipu nabave?"

III – Postupak pred Sudom

18. Tajništvo je zaprimilo zahtjev za prethodnu odluku 7. prosinca 2012. Zaprimljena su i očitovanja koja su podnijeli Bolnički centar, SUCH, Eurest te portugalska i španjolska vlada kao i Komisija, a svi navedeni bili su nazočni na raspravi koja je održana 21. studenoga 2013.

IV – Pravna analiza

19. Prije svega treba navesti da prema zahtjevu za prethodnu odluku nije sporno da je ugovor zaključen između Bolničkog centra i SUCH-a ugovor o javnoj nabavi, zbog čega, u načelu, taj ugovor podliježe europskim propisima u području javne nabave, točnije Direktivi 2004/18[9].

20. Međutim, u postupku koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev sporno pitanje, na koje se odnose sva prethodna pitanja koja je taj sud uputio Sudu, odnosi se na primjenjivost iznimke tzv. ugovaranja „in house" na taj ugovor o javnoj nabavi.

A – *Prvo prethodno pitanje*

21. Svojim prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud primjenjuje li se iznimka od primjene iz Direktive 2004/18 koja proizlazi iz sudske prakse Suda u području ugovaranja „in house" i u slučaju ako je ugovaratelj neprofitna udruga čiji je predmet poslovanja ispunjavanje zadaće javne službe i čijim je statutom dopušteno da članovi te udruge mogu biti subjekti koji ne pripadaju samo javnom nego i socijalnom sektoru te ako su na dan sklapanja ugovora dio članova te udruge, iako u manjini, činili subjekti koji ne pripadaju javnom nego socijalnom sektoru, koji su neprofitne ustanove koje poglavito obavljaju karitativnu djelatnost.

9 — Naime, ne dovodi se u pitanje to da vrijednost ugovora o javnoj nabavi koji je predmet postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, a koja je navedena u t. 11. *supra*, očito prelazi prag propisan člankom 7. točkom (b) predmetne direktive, kako je izmijenjena.

22. Navedeno se pitanje odnosi na prvu od dviju pretpostavki Teckal, kojom se zahtijeva da javni naručitelj nad ugovarateljem obavlja „sličan nadzor“onom koji obavlja nad vlastitim službama [10]. Stoga je korisno uvodno ukratko podsjetiti na doseg pretpostavke „sličnog nadzora“ kako je određena sudskom praksom.

23. U tom pogledu, Sud je utvrdio da postoji sličan nadzor u slučaju kada je ugovaratelj podvrgnut takvom nadzoru javnog naručitelja koji javnom naručitelju omogućuje utjecaj na donošenje ugovarateljevih odluka. Pritom se mora raditi o mogućnosti odlučujućeg utjecaja na strateške ciljeve ili važne odluke tog subjekta. Drugim riječima, javni naručitelj mora imati mogućnost izvršavanja organizacijskog i funkcionalnog nadzora nad tim subjektom. Sud zahtijeva da taj nadzor bude i stvaran [11].

24. Nadalje, prema shvaćanju sudske prakse, u slučaju poslovanja sa subjektom u kojem udjele zajedno drži više tijela javne vlasti, „sličan nadzor“ mogu obavljati i navedene osobe zajedno i nije nužno da ga obavlja svaka od njih pojedinačno [12].

25. Međutim, ustaljena je i sudska praksa prema kojoj već i manjinsko sudjelovanje privatnog poduzetnika u temeljnom kapitalu društva u kojem udjele drži i dotični javni naručitelj u svakom slučaju isključuje mogućnost da taj javni naručitelj obavlja nad tim društvom nadzor sličan nadzoru koji obavlja nad svojim vlastitim službama [13].

26. U tim okolnostima, a posebno imajući u vidu ovo prethodno pitanje koje je upućeno Sudu, prije svega valja navesti da činjenica da ugovaratelj ima pravni oblik pravne osobe privatnog prava, tj. udruge, ni u kojem slučaju sama po sebi ne isključuje primjenu iznimke „in house“ [14]. Sud je, naime, već ranije više puta priznao primjenjivost te iznimke kada se radi o ugovaratelju koji je pravna osoba privatnog prava, kao na primjer dioničko društvo [15].

27. Okolnost da je ugovaratelj neprofitan nije relevantna za primjenu iznimke „in house“. Naime, primjena te iznimke ima temelj u unutarnjim odnosima koji postoje između javnog naručitelja i ugovaratelja te time isključuje postojanje dviju autonomnih volja koje bi predstavljale različite pravne interese [16]. Ta iznimka, dakle, ne ovisi ni o ugovarateljevu pravnom obliku ni o tome je li ugovaratelj neprofitna organizacija ili nije. Uostalom, iz sudske prakse proizlazi da neprofitan karakter subjekta, a posebno udruge, nikako ne isključuje mogućnost da taj subjekt obavlja gospodarsku djelatnost, slijedom čega navedena okolnost ne isključuje sama po sebi taj subjekt od primjene prava Unije u području javne nabave [17].

28. Što se pak tiče toga što među članovima ugovaratelja ima i onih koji ne pripadaju javnom nego socijalnom sektoru, treba podsjetiti na to da je u točkama 2. i 25. već navedeno da je Sud prema sada već ustaljenoj sudskoj praksi utvrdio da čak i manjinsko sudjelovanje privatnog poduzetnika u temeljnom kapitalu društva u kojem udjele drži i javni naručitelj koji namjerava provesti nabavu „in house“ isključuje mogućnost da taj javni naručitelj obavlja nad tim društvom sličan nadzor.

10 — Vidjeti t. 1. *supra*.

11 — Vidjeti navedenu presudu Econord, t. 27. i navedenu sudsku praksu.

12 — Vidjeti navedenu presudu Econord, t. 28. i navedenu sudsku praksu.

13 — Vidjeti navedenu presudu Stadt Halle i RPL Lochau, t. 49. kao i presude od 10. studenoga 2005., Komisija/Austrija (C-29/04, Zb., str. I-9706., t. 46.); od 6. travnja 2006., ANAV (C-410/04, Zb., str. I-3303., t. 31.); od 8. travnja 2008., Komisija/Italija (C-337/05, Zb., str. I-2173., t. 38.); navedene presude Coditel Brabant, t. 30., Sea, t. 46. kao i presude od 15. listopada 2009., Acoset (C-196/08, Zb., str. I-9913., t. 53.) i od 22. prosinca 2010., Mehiläinen i Terveystalo Healthcare (C-215/09, Zb., str. I-13749., t. 32.).

14 — Vidjeti u tom smislu navedenu presudu Sea, t. 41. U tom pogledu vidjeti i t. 63. mišljenja nezavisne odvjetnice Stix-Hackl u navedenom predmetu Stadt Halle i RPL Lochau.

15 — Osim presude Sea, navedene u prethodnoj bilješci, vidjeti, među ostalim, i navedene presude ANAV (npr. t. 33.) i Econord (npr. t. 29. i 32.).

16 — U tom pogledu detaljnije vidjeti u mojem nedavnom mišljenju u navedenom predmetu Datenlotsen Informationssysteme, t. 41., koje sadržava opsežno pozivanje na sudsku praksu.

17 — Vidjeti presude od 29. studenoga 2007., Komisija/Italija (C-119/06, Zb., str. I-0168., t. 37. i 41.) i od 23. prosinca 2009., CoNISMa (C-305/08, Zb., str. I-12129., t. 45.).

29. Međutim, a kako uostalom navodi i sam sud koji je uputio zahtjev, smisao te sudske prakse isključuje mogućnost obavljanja sličnog nadzora javnog naručitelja nad ugovarateljem ako je u ovom potonjem prisutan privatni interes u obliku sudjelovanja *poduzetnika* u *temeljnom kapitalu trgovačkog društva*.

30. Ipak, slučaj SUCH-a različit je od sličnih slučajeva jer, s jedne strane, SUCH nije osnovan u pravnom obliku trgovačkog društva pa ne raspolaže temeljnim kapitalom, a s druge strane, društveno angažirani subjekti privatnog prava koji su njegovi članovi, iako nemaju javnopravnu prirodu, nisu nužno poduzetnici u užem smislu.

31. Bit prvog prethodnog pitanja upravo je sljedeća: mora li se u konkretnom slučaju na SUCH primijeniti načelo razvijeno u sudskoj praksi prema kojem prisutnost privatnih interesa u strukturi ugovaratelja isključuje mogućnost da javni naručitelj provodi sličan nadzor nad tim ugovarateljem, što za daljnju posljedicu ima isključenje mogućnosti izravnog ugovaranja s tim subjektom primjenom iznimke ugovaranja „in house“?

32. U tom pogledu, ponajprije treba podsjetiti na to da je Sud već više puta ponovio kako je glavni cilj prava Unije u području javne nabave slobodno kretanje robe i usluga te otvaranje natjecanju u najvećoj mogućoj mjeri u svim državama članicama [18]. Tim se ciljem svakom javnom naručitelju nameće obveza primjene pravila Unije u području javne nabave uvijek kada su za to ispunjene pretpostavke propisane tim pravom, što ima za posljedicu to da se svako odstupanje od te obveze mora tumačiti na *restriktivan* način [19].

33. U tom smislu ističem da, prema sudskoj praksi, nemogućnost kvalifikacije nekog odnosa kao odnosa „in house“ kojim se opravdava izravno ugovaranje zbog prisutnosti privatnih interesa u kapitalu ugovaratelja ima dvostruko obrazloženje. S jedne strane, kako je to Sud istaknuo, odnos između tijela javne vlasti koje je javni naručitelj i njegovih službi podvrgnut je načelima i zahtjevima koji su svojstveni težnji za ostvarenjem ciljeva u javnom interesu, dok se, naprotiv, svako ulaganje privatnog kapitala u neko poduzeće vodi načelima koja su svojstvena privatnim interesima i teži ostvarenju ciljeva drukčije naravi [20].

34. S druge strane, Sud je također istaknuo da se, u slučaju izravnog ugovaranja javne nabave s društvom s miješanim kapitalom bez pokretanja postupka nadmetanja, ograničava cilj slobodnog i nenarušenog tržišnog natjecanja i načelo jednakog postupanja prema zainteresiranim stranama, sve u mjeri u kojoj takvo postupanje privatnom poduzetniku koji je član ugovaratelja daje prednost u odnosu na njegove konkurente [21].

35. Međutim, uzimajući u obzir podatke iz spisa, smatram da se oba navedena shvaćanja koja je Sud razvio u pogledu sudjelovanja privatnog poduzetnika u temeljnom kapitalu društva mogu primijeniti i na SUCH.

36. Naime, prema mojem mišljenju, analiza prema kojoj se težnja za ostvarenjem privatnih interesa vodi drukčijim načelima od onih koja su svojstvena težnji za ostvarenjem javnih interesa ne ograničava se samo na slučaj privatnih investicija u trgovačko društvo. Naime, nedvojbeno je da sudjelovanje subjekata kao što su privatni subjekti za promicanje društvene solidarnosti u ugovaratelju upućuje na logiku i interese privatne naravi, koji mogu biti, primjerice, interesi s karitativnim i dobrotvornim

18 — Vidjeti u tom smislu navedene presude CoNISMa, t. 37. i navedenu sudsku praksu te Carbotermo i Consorzio Alisei, t. 58.

19 — Vidjeti, među ostalim, navedene presude Stadt Halle i RPL Lochau, t. 44. i 46. i Parking Brixen, t. 63. te ANAV, t. 26. S tim u vezi vidjeti i t. 38. mojeg mišljenja u navedenom predmetu Datenlotsen Informationssysteme.

20 — Vidjeti navedene presude Stadt Halle i RPL Lochau, t. 50. i Komisija/Austrija, t. 47.

21 — Vidjeti navedenu presudu Stadt Halle i RPL Lochau, t. 51.

ciljem, a koji se, premda pohvalni, ne moraju nužno poklapati s javnim interesima. Naime, iako bi se te ciljeve u apstraktnom smislu u nekim slučajevima moglo smatrati ciljevima od općeg interesa, oni ipak odražavaju neke privatne interese, poput povezanosti s nekom religijom [22] ili udrugom, koji, iako mu mogu biti komplementarni, ipak ne pripadaju javnom interesu.

37. S druge strane, u okolnostima kada nije isključena mogućnost da neprofitne udruge, kao što su karitativne udruge članice SUCH-a, mogu obavljati gospodarske djelatnosti kao konkurenti drugim gospodarskim subjektima te sudjelovati u postupku nadmetanja [23], izravno ugovaranje javne nabave primjenom iznimke „in house“ može i ovdje dati prednost tim gospodarskim subjektima pred njihovim konkurentima, kao i u slučaju trgovačkih društava.

38. S obzirom na prethodna razmatranja, barem prema trenutačno važećem pravu [24], smatram da je isključena mogućnost da javni naručitelj može nad neprofitnom udrugom obavljati nadzor sličan onom koji obavlja nad vlastitim službama, u okolnostima kada su članovi te neprofitne udruge, premda u manjini, subjekti koji nisu iz javnog sektora nego su nositelji privatnog interesa, poput neprofitnih udruga koje teže ostvarenju karitativnih i solidarnih interesa. Iz navedenog, prema mojem mišljenju, proizlazi da izravno sklapanje ugovora o javnoj nabavi između javnog naručitelja i ugovaratelja te vrste na temelju iznimke „in house“ mora biti isključeno. No, na sudu koji je uputio zahtjev je, naravno, da obavi potrebne provjere u tom smislu.

39. S obzirom na prethodno navedeno, nalazim potrebnim dati još neka pojašnjenja.

40. Prvo, to što činjenica da članstvo nekog subjekta, pa i manjinsko, čine nositelji privatnih interesa, čak i kada su ti članovi neprofitni, prema trenutačno važećem pravu sprječava uspostavu odnosa „in house“ između jednog ili više javnih naručitelja i tog subjekta nipošto ne znači da se narav i svrhe ustanova solidarnosti, dobrovoljnog i dobrotvornog rada ne mogu razmatrati prilikom primjene prava javne nabave. U tom pogledu moram primijetiti da je u članku 2. UEU-a solidarnost izričito navedena kao jedna od vrijednosti karakterističnih za model europskog društva pa u tom smislu i subjekti koji slijede tu vrijednost aktivno pridonose izgradnji europskog društva na način koji je u duhu Ugovora [25]. S druge strane i u skladu s ovom primjedbom, treba jasno utvrditi da razmatranja socijalne i solidarne naravi nisu nešto strano u odnosu na pravo javne nabave, što, primjerice, proizlazi iz članka 26. Direktive 2004/18, kojim je propisano da se uvjeti kojima se uređuje izvršenje ugovora mogu odnositi na socijalne aspekte [26].

41. Drugo, valja istaknuti da činjenica da prema statutu neprofitne udruge s kojom je ugovorena javna nabava članovi te udruge mogu biti ne samo subjekti javnog nego i socijalnog sektora sama po sebi ne isključuje odnos „in house“ u slučaju kada su u trenutku sklapanja ugovora o javnoj nabavi članovi te udruge isključivo tijela javne vlasti. Naime, prihvaćanje toga da se samom mogućnošću sudjelovanja privatnih subjekata u udruzi koja je predviđena statutom može trajno isključiti ocjena obilježja udruge kao potpuno javne ili ne ne bi bilo u skladu s načelom pravne sigurnosti. Iz toga proizlazi da se, i u okolnostima kada su u trenutku sklapanja dotičnog ugovora o javnoj nabavi svi članovi predmetne

22 — Što bi se, ne dovodeći u pitanje potrebne provjere koje obavlja sud koji je uputio zahtjev, odnosilo na „Misericórdias“ koji su članovi SUCH-a.

23 — Navedene presude Komisija/Italija (C-119/06, t. 37. i 41.) i CoNISMa, t. 45.

24 — _ U tom pogledu treba, naime, navesti da posljednja verzija prijedloga Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o javnoj nabavi (dokument Vijeća br. 11745/13), koju trenutačno razmatra Vijeće i na koju se Komisija pozvala na raspravi, kao uvjet za *in house* ugovaranje predviđa odsutnost izravnog privatnog sudjelovanja u kapitalu pravne osobe nad kojom javni naručitelj obavlja sličan nadzor, ipak uz iznimku takvih sudjelovanja bez ovlasti nadzora i blokiranja koja su propisana zakonom i ne omogućuju ostvarivanje odlučujućeg utjecaja na tu pravnu osobu. Stoga nije isključeno da bi ta odredba, ako ostane u konačnoj verziji nove direktive, u okolnostima nekog konkretnog slučaja mogla dovesti do tumačenja koje se razlikuje od ovog koje je utemeljeno na trenutačno važećem pravu.

25 — U tom se kontekstu može istaknuti, primjerice, da je Sud državama članicama priznao marginu diskrecije u pogledu organiziranja sustava socijalne sigurnosti, ostavljajući im mogućnost uključivanja privatnih subjekata u taj sustav pod uvjetom da su ti pravni subjekti neprofitni. Vidjeti presudu od 17. lipnja 1997., Sodemare i dr./Regija Lombardija (C-70/95, Zb., str. I-3395., t. 32.).

26 — Vidjeti u tom smislu i uvodnu izjavu 46. iste direktive.

udruge isključivo tijela javne vlasti, mogućnost sudjelovanja privatnih subjekata u udruzi može uzeti u obzir samo ako u tom trenutku postoje konkretni izgledi da će se ta mogućnost ostvariti u kratkom roku. Sama mogućnost da privatnici sudjeluju u udruzi nije, dakle, dostatna kako bi se zaključilo da nije ispunjena pretpostavka sličnog nadzora tijela javne vlasti nad ugovarateljem [27].

42. Nasuprot tomu, u slučaju u kojem bi bez pokretanja postupka nadmetanja bio sklopljen ugovor o javnoj nabavi s udrugom u kojoj su svi članovi tijela javne vlasti, i kada bi za vrijeme trajanja tog ugovora članovima te udruge postali i privatni subjekti, ta naknadna promjena temeljne pretpostavke takvog ugovaranja stvorila bi potrebu pokretanja postupka nadmetanja [28].

43. Iz svih prethodnih razmatranja proizlazi, prema mojem mišljenju, da na prvo prethodno pitanje treba odgovoriti da nema mjesta primjeni iznimke koja je pravom Unije u području javne nabave predviđena za ugovaranje „in house“ u okolnostima kada javni naručitelj namjerava izravno sklopiti ugovor o javnoj nabavi bez pokretanja postupka nadmetanja s ugovarateljem koji je privatnopravni subjekt čiji su članovi, iako u manjinskom omjeru, nositelji privatnih interesa.

B – *Drugo i treće prethodno pitanje*

44. Drugim i trećim prethodnim pitanjem, koja se, prema mojem mišljenju, mogu istodobno razmotriti, sud koji je uputio zahtjev pita radi li se o „sličnom nadzoru“ nad ugovarateljem ako ugovarateljeve statutarne odredbe daju njegovim članovima javne prirode ili nadležnom članu vlade posebna ovlaštenja u ugovarateljevim statutarnim tijelima.

45. Konkretno, drugim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud ostvaruju li članovi iz javnog sektora „sličan nadzor“ nad ugovarateljem pojedinačno ili zajednički ako u skladu sa statutom ugovaratelj mora paziti na to da većina prava glasa pripada članovima koji se nalaze pod ovlastima upravljanja, nadzora i usmjeravanja člana vlade nadležnog za područje zdravstva kao i da većinu članova upravnog vijeća čine članovi iz javnog sektora.

46. Trećim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita postoji li „sličan nadzor“ ako se ugovaratelj u skladu sa svojim statutom nalazi pod ovlastima usmjeravanja člana vlade nadležnog za područje zdravstva, koji je odgovoran za imenovanje predsjednika i potpredsjednika upravnog vijeća kao i za odobrenje nekih odluka skupštine, kako je to predviđeno člankom 3. statuta SUCH-a [29].

47. Međutim, iz odgovora na prvo prethodno pitanje proizlazi da je isključena mogućnost da javni naručitelj nad ugovarateljem može obavljati nadzor sličan onom koji obavlja nad vlastitim službama ako članstvo u ugovaratelju, iako manjinsko, imaju subjekti koji su nositelji privatnih interesa. Prema mojem mišljenju, a posljedično spomenutom restriktivnom tumačenju iznimke prema sudskoj praksi navedenoj u točki 32., sudjelovanje subjekata nositelja privatnih interesa u ugovaratelju ne može se nadomjestiti eventualnim odredbama statuta tog subjekta kojima se njegovim preostalim javnim članovima ili nadležnom članu vlade dodjeljuju posebna ovlaštenja nadzora ili usmjeravanja. Slijedom navedenog, mislim da na drugo i treće prethodno pitanje treba odgovoriti negativno.

48. Uzgredno treba dodati i to da podvrgnutost ugovaratelja ovlastima izravnog [30] ili neizravnog [31] usmjeravanja nadležnog člana vlade ne znači nužno to da javni naručitelji, pojedinačno ili zajednički, nad njime obavljaju nadzor sličan onom koji obavljaju nad vlastitim službama.

27 — Vidjeti u tom smislu t. 49., 50. i 51. navedene presude Sea.

28 — Vidjeti u tom smislu prethodno navedenu presudu Sea, t. 53.

29 — Vidjeti t. 9. *supra*.

30 — Kao i u slučaju statutarne odredbe povezane s trećim prethodnim pitanjem, tj. članka 3. statuta SUCH-a.

31 — Kao i u slučaju statutarne odredbe povezane s drugim prethodnim pitanjem, tj. članka 7. stavka 2. statuta SUCH-a.

49. Naime, istina je da bi se ovlaštenje nadzora nad odlukama ugovarateljevih statutarnih tijela, ovisno o okolnostima nekog posebnog slučaja, moglo smatrati jednim od elemenata koji omogućavaju javnom naručitelju koji ima to ovlaštenje da nad ugovarateljem obavlja nadzor sličan onom koji obavlja nad vlastitim službama [32]. Načelno, također je točno da nije isključeno da u posebnim okolnostima nekog konkretnog slučaja [33] ovlaštenja nadzora i usmjeravanja dodijeljena tijelima javne vlasti koja nadziru javne naručitelje, a koji, s druge strane, nadziru ugovaratelja, mogu doprinijeti ograničavanju autonomije volje ovog potonjeg tako da bi se moglo priznati postojanje sličnog nadzora tih javnih naručitelja nad ugovarateljem.

50. Međutim, unatoč ovim razmatranjima, postojanje sličnog nadzora mora se utvrditi točno u odnosu na javne naručitelje koji ga moraju obaviti nad subjektom s kojim žele izravno sklopiti ugovor o javnoj nabavi, a ne u odnosu na državu koja ga u tom svojstvu sklapa posredstvom nadležnog člana vlade.

51. S obzirom na prethodna razmatranja, smatram da se na drugo i treće prethodno pitanje mora odgovoriti tako da, u okolnostima članstva nositelja privatnih interesa u nekom subjektu, premda manjinskog, statutarne odredbe tog subjekta kojima se posebna ovlaštenja nadzora i usmjeravanja dodjeljuju njegovim preostalim javnim članovima ili nadležnom članu vlade ne omogućuju zaključak o postojanju sličnog nadzora nad tim subjektom kojim bi se opravdala primjena iznimke „in house“.

C – *Četvrto prethodno pitanje*

52. Četvrtim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud je li, na temelju okolnosti da je ugovaratelj složena i velika organizacija koja djeluje na cijelom području države, odnose između ugovaratelja i njegovih javnih članova moguće ocijeniti kao „in house“, što opravdava izravno ugovaranje javne nabave.

53. I ovo se prethodno pitanje, kao i prijašnja tri, tiče prve „pretpostavke Teckal“, tj. postojanja „sličnog nadzora“. Prethodno sam u točki 23. podsjetio na to da je doseg te pretpostavke odredilo shvaćanje sudske prakse prema kojem se mora raditi o organizacijskom, funkcionalnom i učinkovitom nadzoru. Prethodno sam u točki 27. podsjetio i na shvaćanje sudske prakse prema kojem se iznimka „in house“ temelji na nepostojanju ugovarateljeve autonomne volje.

54. Međutim, iz ovih premisa proizlazi da veličina i složenost nekog subjekta nisu same po sebi dokaz za to da javni naručitelj nad tim subjektom obavlja organizacijski i funkcionalni nadzor, a slijedom toga ni da se njihove međusobne odnose može ocijeniti kao „sličan nadzor“ u smislu sudske prakse.

55. Ipak, to ne znači da su ti elementi posve nebitni za ocjenu postojanja sličnog nadzora. Naime, veličina i složenost nekog subjekta mogu, prema mojem mišljenju, biti pokazatelji koji, ocijenjeni zajedno sa svim okolnostima nekog konkretnog slučaja, mogu pomoći pri donošenju zaključka o tome ima li taj subjekt određeni stupanj autonomije kojim bi se isključilo postojanje sličnog nadzora. Stoga držim da na tom tragu treba odgovoriti na četvrto prethodno pitanje.

32 — Vidjeti navedenu presudu Sea, t. 89.; vidjeti u tom smislu i navedenu presudu Coditel Brabant, t. 34., ali vidjeti i t. 69. navedene presude Parking Brixen.

33 — U kojem ipak ne bi bilo sudjelovanja privatnih interesa u ugovaratelju.

D – *Peto prethodno pitanje*

56. Petim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud može li se iznimka „in house“ primijeniti ako ugovaratelj u skladu sa statutom može pružati usluge, u uvjetima tržišnog natjecanja, javnim subjektima koji nisu njegovi članovi ili privatnim subjektima, i to pod prvim uvjetom da se time ne nanosi šteta članovima i da se time ostvaruje pogodnost za članove i samog ugovaratelja kao i pod drugim uvjetom da se pružanjem tih usluga ne ostvaruje promet takvog obujma da prelazi 20% ukupnog godišnjeg prihoda u prethodnom poreznom razdoblju.

57. Dok se prva četiri prethodna pitanja odnose na prvu pretpostavku Teckal, tj. na postojanje „sličnog nadzora“, peto se prethodno pitanje, nasuprot tomu, odnosi na drugu pretpostavku koja mora biti ispunjena da bi se mogla primijeniti iznimka „in house“, prema kojoj ugovaratelj bitan dio svoje djelatnosti obavlja za javnog naručitelja ili javne naručitelje koji u njemu drže udjele.

58. U tom pogledu, valja podsjetiti da je, prema shvaćanju Suda, svrha te druge pretpostavke posebno jamčiti primjenu pravnih pravila o javnoj nabavi i u slučaju kada subjekt u kojem udjele drže jedan ili više drugih subjekata djeluje na tržištu i tako ulazi u tržišnu utakmicu s drugim poduzetnicima. Sud je, naime, izrazio shvaćanje prema kojem ne znači da je poduzetnik nužno lišen svoje slobode djelovanja samo zato što odluke koje ga se tiču donosi javni subjekt koji u njemu drži udjele, ako taj poduzetnik i dalje može obavljati bitan dio svoje gospodarske djelatnosti s drugim subjektima [34].

59. Sud je naveo i da odnosni subjekt obavlja bitan dio svoje djelatnosti u korist javnog naručitelja ili javnih naručitelja koji u njemu drže udjele samo ako je njegova djelatnost *suštinski* i *prvenstveno* usmjerena isključivo na odnosnog javnog naručitelja ili odnosne javne naručitelje te ako je svaka druga njegova djelatnost samo *sporedne* naravi [35]. U slučaju kada više javnih naručitelja obavlja sličan nadzor nad nekim subjektom, uzima se u obzir djelatnost koju taj subjekt obavlja u korist svih tih javnih naručitelja [36].

60. Osim toga, presudom u predmetu Asociación Nacional de Empresas Forestales [37] Sud je, na podlozi činjenica koje mu je iznio sud koji je uputio zahtjev, izrazio shvaćanje prema kojem bi taj uvjet bio ispunjen ako ugovaratelj oko 90% svoje djelatnosti obavlja u korist javnih subjekata i javnih tijela koja u njemu drže udjele [38].

61. Slijedom navedenog, smatram, ponajprije u pogledu statutarne odredbe prema kojoj predmetni ugovaratelj može trećima pružati usluge u uvjetima tržišnog natjecanja samo pod uvjetom da time ne šteti članovima i da time ostvaruje pogodnost za članove, da takva odredba, unatoč tome što ograničava ugovaratelja u obavljanju gospodarske djelatnosti u uvjetima tržišnog natjecanja, ne priječi ispunjenje druge pretpostavke Teckal.

62. Čini se važnijim ocijeniti je li taj uvjet ispunjen ako ugovaratelj ostvari 20% svojeg ukupnog godišnjeg prihoda u korist javnih subjekata koji nisu njegovi članovi i privatnih subjekata, tj. trećih osoba. Glede toga treba usvojiti, kako to zahtijeva sudska praksa iz prethodno navedene točke 32., restriktivan pristup tumačenju iznimke o kojoj je riječ. Imajući to na umu, smatram da se u situaciji kada ugovaratelj u uvjetima tržišnog natjecanja na tržištu, a ne za javne naručitelje koji u njemu imaju udjele, ostvari 20% svoje djelatnosti ne može smatrati, kako to zahtijeva sudska praksa iz točke 59., da

34 — Vidjeti navedenu presudu Carbotermo i Consorzio Alisei, t. 60. i 61.

35 — *Ibid.*, t. 62. i 63. (moje isticanje)

36 — *Ibid.*, t. 70. i 71.

37 — Navedena presuda C-295/05

38 — *Ibid.*, t. 63.

je djelatnost tog ugovaratelja *suštinski* i *prvenstveno* usmjerena isključivo na javne naručitelje koji u njemu imaju udjele i da je svaka druga njegova djelatnost stoga samo *sporedne* naravi. Prema mojem mišljenju, jedna petina ukupne djelatnosti nekog subjekta ne može se, niti samo u količinskom smislu, definirati *sporednom*.

63. Stoga smatram da, prema trenutačno važećem pravu [39], na peto prethodno pitanje treba odgovoriti tako da nema mjesta primjeni iznimke „in house“ u okolnostima kada ugovaratelj u skladu sa svojim statutom može pružati usluge u uvjetima tržišnog natjecanja u korist javnih subjekata koji nisu njegovi članovi i privatnih subjekata do iznosa koji može dosegnuti 20% ukupnog godišnjeg prihoda po fakturama izdanima za prethodno porezno razdoblje.

E – *Šesto prethodno pitanje*

64. Na šesto prethodno pitanje suda koji je uputio zahtjev valja odgovoriti, kako je zatražio navedeni sud, samo ako pojedinačni odgovori na ostala prethodna pitanja nisu dovoljni za zaključak o tome jesu li ispunjene pretpostavke za primjenu iznimke „in house“. Naime, sud koji je uputio zahtjev šestim prethodnim pitanjem pita može li se zajedničkim razmatranjem odgovora na ostala prethodna pitanja doći do zaključka da navedenu iznimku treba primijeniti u slučaju kao što je onaj u postupku koji se pred njim vodi.

65. S obzirom na odgovore na prvih pet prethodnih pitanja, smatram da, ako Sud odluči slijediti pristup koji sam predložio, ne mora dati odgovor na ovo prethodno pitanje. Naime, iz tih odgovora, posebno na prvo i peto prethodno pitanje, a prema trenutačno važećem pravu [40], proizlazi da u slučaju kao što je onaj u postupku koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev nema mjesta primjeni navedene iznimke, što ne mijenja ni eventualno zajedničko razmatranje tih odgovora. Stoga predlažem Sudu da ne odgovori na ovo prethodno pitanje.

V – Zaključak

66. Na temelju prethodnih razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Supremo Tribunal Administrativo odgovori na sljedeći način:

Iznimka od primjene pravila Unije u području javne nabave koja se tiče ugovaranja „in house“ne može se primijeniti ako je ugovaratelj kojem javni naručitelj namjerava izravno dodijeliti ugovor o javnoj nabavi bez pokretanja postupka nadmetanja privatnopravni subjekt čiji su članovi, premda u manjini, subjekti koji su nositelji privatnih interesa. U tom slučaju ugovarateljeve statutarne odredbe kojima se posebna ovlaštenja nadzora i usmjeravanja dodjeljuju preostalim javnim članovima ili nadležnom članu vlade ne omogućuju zaključak o postojanju sličnog nadzora nad tim ugovarateljem kojim bi se opravdala primjena iznimke „in house“.

Veličina i složenost nekog subjekta mogu biti elementi koji, ocijenjeni zajedno sa svim okolnostima nekog konkretnog slučaja, mogu pomoći donošenju zaključka o tome ima li taj subjekt određeni stupanj autonomije kojim bi se isključilo postojanje sličnog nadzora.

39 — Treba, naime, napomenuti da je posljednjom verzijom prijedloga Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o javnoj nabavi, navedenom u bilješci 24. *supra*, izričito predviđeno da se iznimka *in house* može primijeniti pod uvjetom da ugovaratelj obavlja više od 80% svoje djelatnost u korist javnog naručitelja ili javnih naručitelja koji u njemu drže udjele (vidjeti članak 11. stavak 1. točku (b)). Posve je jasno da bi se potvrdom tog praga u navedenoj direktivi odrazio odabir zakonodavca kojim bi se u budućnosti izmijenilo pravo. Međutim, prema mojem mišljenju, to nema nikakvog utjecaja na tumačenje trenutačno važećeg prava.

40 — Vidjeti bilješke 24. i 38. *supra*.

Nema mjesta primjeni iznimke „in house“ u okolnostima kada ugovaratelj u skladu sa svojim statutom može pružati usluge u uvjetima tržišnog natjecanja u korist javnih subjekata koji nisu njegovi članovi i privatnih subjekata do iznosa koji može dosegnuti 20% ukupnog godišnjeg prihoda po fakturama izdanima za prethodno porezno razdoblje.