

SL

SL

SL



KOMISIJA EVROPSKIH SKUPNOSTI

Bruselj, 05.02.2008
C(2007)6661

RAZLAGALNO SPOROČILO KOMISIJE

**o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za
institucionalizirana javno-zasebna partnerstva**

(Besedilo velja za EGP)

RAZLAGALNO SPOROČILO KOMISIJE

o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva

1. UVOD

V zadnjih letih se je javno-zasebno partnerstvo pojavilo na številnih področjih. Posebnost takšnega, največkrat dolgoročnega sodelovanja, je vloga zasebnega partnerja, ki sodeluje v različnih fazah zadevnega projekta (načrtovanje, izvedba in obratovanje), prevzame tveganja, ki jih običajno nosi javni sektor, in pogosto prispeva k financiranju projekta.

V skladu z zakonodajo Skupnosti lahko javni organi sami izvajajo gospodarske dejavnosti ali za njihovo izvajanje pooblastijo tretje osebe, npr. podjetja z mešanim kapitalom, ustanovljena v okviru javno-zasebnega partnerstva. Če se javni organi odločijo v gospodarske dejavnosti vključiti tretje osebe in če je ta vključitev v obliki javnih naročil ali koncesij, je treba upoštevati določbe zadevne zakonodaje Skupnosti. Namen teh določb je, da se vsem zainteresiranim gospodarskim subjektom omogoči predložitev ponudb na razpisih za javna naročila in koncesije na pravičen in pregleden način v duhu evropskega notranjega trga ter tako povečati kakovost takšnih projektov in zmanjšati njihove stroške zaradi večje konkurence¹.

Javno posvetovanje o zeleni knjigi o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij² je pokazalo³, da obstaja resnična potreba po razjasnitvi uporabe teh pravil v primeru t. i. „institucionaliziranih“ javno-zasebnih partnerstev. Komisija pojem „institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo“ razume kot sodelovanje med javnimi in zasebnimi partnerji, ki ustanovijo podjetje z mešanim kapitalom, ki izvaja javna naročila ali koncesije⁴. Zasebni prispevek k institucionaliziranemu javno-zasebnemu partnerstvu – poleg prispevka kapitala ali drugih sredstev – sestoji iz aktivne udeležbe pri izvajanju nalog, dodeljenih podjetju z mešanim kapitalom, in/ali iz vodenja podjetja z mešanim kapitalom. Vendar se enkratni vložek sredstev zasebnega vlagatelja v javno podjetje ne šteje za institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo. Slednjega primera zato to sporočilo ne obravnava.

Pravna negotovost v zvezi z udeležbo zasebnih partnerjev v institucionaliziranem javno-zasebnem partnerstvu bi lahko negativno vplivala na uspeh takšnih projektov.

¹ Evropski parlament je v zvezi s tem ugotovil, da je upoštevanje teh pravil „lahko učinkovit instrument za odpravo neprimernih omejitev konkurence, ki javnim organom istočasno omogoča, da sami določijo in preverjajo pogoje, ki jih je treba izpolniti z vidika kakovosti, razpoložljivosti, družbenih standardov in varstva okolja“ (Rezolucija Evropskega parlamenta o Zeleni knjigi o storitvah splošnega pomena [P5_TA(2004)0018], točka 32.).

² COM(2004) 327, 30.4.2004.

³ „Javno-zasebna partnerstva in zakonodaja Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij“ – COM(2005) 569 konč., 15.11.2005, str. 9.

⁴ V državah članicah se v zvezi s tem uporabljajo različni izrazi in modeli (npr. Kooperationsmodell, joints ventures, Sociétés d'Economie Mixte).

Tveganje zaradi vzpostavitve struktur, temelječih na naročilih, za katere bi se pozneje izkazalo, da niso skladna z zakonodajo Skupnosti, bi lahko javne organe in zasebna podjetja odvrnilo od vzpostavitve institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev.

Evropski parlament je v resoluciji z dne 26. oktobra 2006⁵ o javno-zasebnih partnerstvih priznal dejstvo, da gospodarski subjekti želijo jasnost glede uporabe predpisov s področja javnih naročil pri ustanavljanju javno-zasebnih podjetij v zvezi z oddajo javnih naročil ali koncesij, ter pozval Komisijo, da čim prej zagotovi ustrezna pojasnila.

To sporočilo navaja, kaj Komisija razume pod uporabo predpisov Skupnosti s področja javnih naročil in koncesij⁶ v zvezi z vzpostavitvijo in obratovanjem institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva⁷. Namen sporočila je povečati pravno varnost in zlasti odzvati se na večkrat izraženo zaskrbljenost, da bi uporaba zakonodaje Skupnosti za udeležbo zasebnih partnerjev v institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstvih slednja naredila nezanimiva ali bi jih celo onemogočila. Sprejetje tega sporočila je del zavez Komisije iz sporočila z dne 20. novembra 2007 o storitvah splošnega interesa, vključno s socialnimi storitvami splošnega interesa⁸, za zagotovitev pravnih smernic na področju storitev splošnega interesa.

To sporočilo ne določa novih zakonodajnih predpisov. Pojasnjuje, kako Komisija razume Pogodbo ES, direktive o javnih naročilih in sodno prakso Sodišča Evropskih skupnosti. Treba je dodati, da je končna razlaga zakonodaje Skupnosti naloga Sodišča Evropskih skupnosti.

2. VZPOSTAVITEV INSTITUCIONALIZIRANEGA JAVNO-ZASEBNEGA PARTNERSTVA

2.1. Načela

Na ravni Skupnosti ni posebnih predpisov za vzpostavitev institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva. Vendar se na področju javnih naročil in koncesij načelo enakega obravnavanja in posebni načini njegovega udejanjanja, kot so na primer prepoved diskriminacije na podlagi narodnosti ter člen 43 Pogodbe ES o pravici do ustanavljanja in člen 49 Pogodbe ES o svobodi opravljanja storitev, uporabljajo, če javni organ opravljanje gospodarskih dejavnosti zaupa tretji osebi⁹. Natančneje, načela iz členov 43 in 49 Pogodbe ES ne vključujejo samo nediskriminacije in

⁵ P6_TA(2006)0462, odstavek 35.

⁶ „Koncesija za javne gradnje“ je naročilo enake vrste kot javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je razlog za izvedbo gradenj bodisi samo pravica do koriščenja gradnje bodisi ta pravica skupaj s plačilom; „koncesija za storitve“ je naročilo enake vrste kot javno naročilo storitev z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje storitev bodisi samo pravica do koriščenja storitve bodisi ta pravica skupaj s plačilom (glej člen 1(3) in (4) Direktive 2004/18/ES, UL L 134, 30.4.2004, str. 114).

⁷ To sporočilo ne vključuje javnih naročil in koncesij storitev, za katere se uporablja člen 5(2) do (7) Uredbe (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in št. 1107/70 (UL L 315, 3.12.2007, str. 1).

⁸ COM(2007) 725, 20.11.2007; glej tudi delovni dokument služb komisije „Odgovori na vprašanja o uporabi pravil v zvezi z ‚javnimi naročili‘ za socialne storitve splošnega interesa“, SEC(2007) 1514 , ki je priložen sporočilu z dne 20. novembra 2007.

⁹ Zadeva C-458/03, Parking Brixen, ZOdl. 2005, I-8612, točka 61.

enakega obravnavanja, temveč tudi preglednost, vzajemno priznavanje in sorazmernost¹⁰. Za primere, ki sodijo v področje uporabe direktiv o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil¹¹ („direktive o javnih naročilih“), se uporabljajo natančne določbe.

Dejstvo, da zasebno podjetje in naročnik¹² sodelujeta v okviru podjetja z mešanim kapitalom, ne upravičuje neupoštevanja določb o javnih naročilih in koncesijah pri oddaji javnih naročil ali koncesij temu zasebnemu podjetju ali podjetju z mešanim kapitalom. Sodišče Evropskih skupnosti je namreč ugotovilo¹³, da že manjšinska udeležba zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, v vsakem primeru izključuje možnost „notranje“ (in-house) povezave – za katero se zakonodaja v zvezi z javnimi naročili načeloma ne uporablja – med tem naročnikom in to družbo¹⁴.

2.2. Postopek vzpostavitve

V praksi se institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo navadno vzpostavi:

- z ustanovitvijo novega podjetja, katerega kapital je v skupni lasti naročnika in zasebnega partnerja (v posebnih primerih v lasti več naročnikov in/ali več zasebnih partnerjev), in oddajo javnega naročila ali koncesije temu, na novo nastalemu podjetju z mešanim kapitalom ali
- z udeležbo zasebnega partnerja v že obstoječem javnem podjetju, ki izvaja javna naročila ali koncesije, pridobljene v preteklosti v okviru „in-house“ povezave.

Ne glede na način vzpostavitve institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva določbe zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami naročniku narekujejo, da uporabi pravičen in pregleden postopek pri izbiri zasebnega partnerja, ki v okviru udeležbe v podjetju z mešanim kapitalom zagotavlja blago, gradnjo ali storitve¹⁵, ali pri oddaji javnega naročila ali koncesije podjetju z mešanim

¹⁰ Glej razlagalno sporočilo Komisije o koncesijah v zakonodaji Skupnosti, UL C 121, 29.4.2000, str. 6.

¹¹ Direktiva 2004/18/ES, glej opombo št. 6 zgoraj, in Direktiva 2004/17/ES, UL L 134, 30.4.2004, str. 1.

¹² Izraz „naročnik“ v tem sporočilu vključuje naročnike v smislu člena 1(9) Direktive 2004/18/ES in naročnike v smislu člena 2 Direktive 2004/17/ES.

¹³ Zadeva C-26/03, Stadt Halle, ZOdl. 2005, I-1, točka 49.

¹⁴ Po mnenju Sodišča Evropskih skupnosti (zadeva C-410/04, ANAV, ZOdl. 2006, str. I-3303, točka 30 in naslednje) pri zakonodaji v zvezi z javnimi naročili ne šteje le dejanska udeležba tretje osebe v kapitalu javnega podjetja, temveč tudi namen naročnika, da kapital hčerinske družbe v prihodnje ponudi zasebnemu sektorju. Z drugimi besedami, notranja oddaja javnega naročila ali koncesije javnemu podjetju ni možna, če v obdobju izvajanja teh naročil obstaja namen, da se kapital javnega podjetja ponudi zasebnim podjetjem. Vendar teoretična možnost udeležbe zasebnega podjetja v kapitalu hčerinske družbe naročnika po mnenju Komisije ni v nasprotju z notranjo povezavo med naročnikom in njegovo hčerinsko družbo.

¹⁵ Pravičen in pregleden postopek zasebnega partnerja v institucionaliziranem javno-zasebnem partnerstvu zagotavlja upoštevanje cilja svobodne, neizkrivljene konkurence in načela enakega obravnavanja, zlasti s tem, ko se prepreči, da bi zasebno podjetje, ki je udeleženo v kapitalu institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, imelo neupravičene prednosti pred tekmeci. Vzpostavitev institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva s pravičnim in preglednim postopkom izbire zasebnega partnerja tega podjetja z mešanim kapitalom tako izpolnjuje zadevne zahteve, ki jih je Sodišče Evropskih skupnosti oblikovalo v točki 51 zadeve Stadt Halle, glej opombo 13 zgoraj.

kapitalom¹⁶. Naročniki se v nobenem primeru ne smejo zateči „k ravnanju za prikrivanje dodelitve javnih naročil storitev podjetjem z mešanim kapitalom.“¹⁷

Komisija v zvezi s tem meni, da je dvojni postopek (prvi za izbiro zasebnega partnerja institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva in drugi za oddajo javnega naročila ali koncesije podjetju z mešanim kapitalom) v praksi težko izvedljiv.

Ena od možnosti za vzpostavitev institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva v skladu z načeli zakonodaje Skupnosti, s katero bi se izognili težavam, povezanim z dvojnimi postopki, je naslednja: zasebni partner se izbere s preglednim in konkurenčnim postopkom, katerega predmet so javno naročilo ali koncesija¹⁸, ki jo je treba oddati podjetju z mešanim kapitalom, in operativni prispevek zasebnega partnerja k izvedbi teh nalog in/ali njegov upravni prispevek k vodenju podjetja z mešanim kapitalom. Hkrati z izbiro zasebnega partnerja se vzpostavi institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo in podjetju z mešanim kapitalom odda javno naročilo ali koncesija.

2.3. Izbira zasebnih partnerjev za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva

2.3.1. Pravna podlaga

Če je naloga, dodeljena podjetju z mešanim kapitalom, javno naročilo, ki v celoti sodi v področje uporabe direktiv o javnih naročilih, je postopek izbire zasebnega partnerja določen s temi direktivami. V primeru koncesije gradenj ali javnega naročila, ki je delno zajet v direktivah, se hkrati z zadevnimi določbami direktiv uporabljajo pravila in temeljna načela Pogodbe ES. Za storitve iz Priloge II B k Direktivi 2004/18/ES se temeljna načela iz členov 43 in 49 Pogodbe ES uporabljajo, če se za ta naročila lahko šteje, da so v določenem interesu podjetij, ki se nahajajo v državi članici, ki ni država članica zadevnega naročnika¹⁹. V primeru koncesije storitev ali javnega naročila, ki ni zajet v direktivah o javnih naročilih, je treba pri izbiri zasebnega partnerja upoštevati načela Pogodbe ES.

V tem dokumentu navedena sodna praksa delno zadeva javna naročila, ki jih v celoti zajemajo podrobne določbe direktiv. Ker pa ta sodna praksa pogosto temelji na načelih Pogodbe ES, je lahko ustrezna tudi pri uporabi zakonodaje Skupnosti v drugih primerih, kot npr. za koncesije ali javna naročila, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v podrobnih določbah direktiv o javnih naročilih²⁰.

¹⁶ Naročniki lahko javna naročila, ki jih zajema Direktiva 2004/17/ES, neposredno dodelijo svojim povezanim podjetjem v smislu člena 23 navedene direktive.

¹⁷ Zadeva C-29/04, Komisija proti Avstriji, ZOdl. 2005, str. I-9705, točka 42.

¹⁸ Če je zadevno institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo vzpostavljeno z udeležbo zasebnega partnerja v obstoječem javnem podjetju, je predmet postopka izbire zasebnega partnerja za to partnerstvo lahko oddaja javnih naročil ali koncesij, ki jih je javno podjetje do zdaj izvajalo „in-house“.

¹⁹ Zadeva C-507/03, Komisija proti Irski, [2007], točka 32, še neobjavljena v ZOdl.

²⁰ Za smernice za oddajo takšnih naročil glej razlagalno sporočilo Komisije o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih, UL C 179, 1.8.2006, str. 2. Nekatere države članice in Evropski parlament so pri sodišču prve stopnje vložili pritožbo za razveljavitev navedenega sporočila. V času sprejetja tega sporočila je bila zadeva še v teku.

2.3.2. *Postopek oddaje naročil*

Če je za vzpostavitev institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva podjetju z mešanim kapitalom treba oddati javno naročilo, ki ga v celoti zajema Direktiva 2004/18/ES, odprti in omejeni postopki, kot so opredeljeni v navedeni direktivi, ob upoštevanju finančne ali pravne zapletenosti takšnih sestav ne zagotavljajo nujno potrebne prožnosti. Za takšne primere je Direktiva 2004/18/ES uvedla inovativni postopek – konkurenčni dialog²¹, katerega cilj je varstvo konkurence med gospodarskimi subjekti in hkrati upoštevanje potrebe naročnikov, da z vsakim kandidatom obravnavajo vse vidike naročila²².

Za oddajo javnih naročil, ki jih v celoti zajema Direktiva 2004/18/ES, se postopek s pogajanjem s predhodno objavo obvestila o naročilu lahko uporabi le v izjemnih primerih²³. Nasprotno pa lahko naročniki postopek s pogajanjem s predhodno objavo obvestila o naročilu uporabijo vedno, ko oddajo koncesije ali javna naročila, ki jih Direktiva 2004/18/ES ne zajema v celoti.

2.3.3. *Podatki o projektu*

Če je naloga, ki je povezana z vzpostavitvijo institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, zajeta v direktivah o javnih naročilih ali v sektorskih določbah Skupnosti, ki vsebujejo določbe v zvezi z javnimi naročili²⁴, je treba upoštevati posebne določbe v zvezi z objavo²⁵. V primeru drugih naročil in koncesij storitev morajo morebitni ponudniki v skladu z načeloma preglednosti in enakega obravnavanja iz Pogodbe ES²⁶ imeti dostop do ustreznih podatkov v zvezi s projektom naročnika za ustanovitev podjetja z mešanim kapitalom in oddajo javnega naročila ali koncesije slednjemu. Dostop do ustreznih podatkov se lahko zagotovi le z objavo obvestila, ki je morebitnim zainteresiranim stranem dostopno pred izbiro zasebnega partnerja.

2.3.4. *Odobrena merila za izbiro in oddajo, zahteve po preglednosti teh meril*

Po mnenju Komisije zakonodaja Skupnosti zahteva, da pri izbiri zasebnega partnerja institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva naročnik objavi merila za izbiro in oddajo. Uporabljena merila morajo biti v skladu z načelom nediskriminacije. Ta obveznost velja za javna naročila, ki so v celoti zajeta v direktivah o javnih naročilih²⁷, in po mnenju Komisije tudi za druga javna naročila in koncesije. Izbira kandidatov, ki bodo sodelovali v razpisnem postopku, in izbira ponudb morata biti na podlagi navedenih meril, naročnik pa mora upoštevati pravila postopka in temeljne zahteve, ki so bili prvotno določeni²⁸.

²¹ Glej člen 29 Direktive 2004/18/ES.

²² Glej uvodno izjavo 31 Direktive 2004/18/ES.

²³ Glej člena 30 in 31 Direktive 2004/18/ES.

²⁴ Glej npr. člen 4 Uredbe (EGS) št. 2408/92 z dne 23. julija 1992 o dostopu letalskih prevoznikov Skupnosti do letalskih prog znotraj Skupnosti (UL L 15, 23.1.1993, str. 33).

²⁵ Glej člen 41 in naslednje člene Direktive 2004/17/ES ter člene 35, 36 in 58 Direktive 2004/18/ES.

²⁶ Zadeva C-324/98, Telaustria, Recueil 2000, I-10745, točki 60 in 61.

²⁷ Zadeva C-19/00, SIAC Constructions, ZOdl. 2001, I-7725, točke 41–45; zadeva C-31/87 Bentjees, Recueil 1988, str. 4635, točka 29 in naslednje.

²⁸ Tudi če specifikacije določajo možnost, da kandidati tehnično izboljšajo rešitve, ki jih predlaga naročnik (kar se pri institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstvih pogosto zgodi), se te spremembe ne smejo nanašati na temeljne zahteve projekta in morajo biti omejene.

Direktive o javnih naročilih določajo posebne obveznosti v zvezi z osebnimi sposobnostmi zasebnega partnerja, kot so osebni, ekonomski in finančni položaj kandidata, njegova sposobnost za opravljanje poklicne dejavnosti ter tehnična in/ali strokovna sposobnost²⁹. Ta merila se prav tako lahko uporabijo za koncesije in javna naročila, ki niso v celoti zajeti v direktivah o javnih naročilih.

Za socialne storitve splošnega interesa so bila možna merila za izbiro in oddajo pojasnjena v delovnem dokumentu služb Komisije z naslovom „Odgovori na vprašanja o uporabi pravil v zvezi z ‚javnimi naročili‘ za socialne storitve splošnega interesa“³⁰.

2.3.5. *Posebni elementi statotov, delničarskih sporazumov ter javnih naročil in koncesij*

Načeli enakega obravnavanja in nediskriminacije vključujeta obveznost preglednosti, ki vsebuje zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg storitev odpre za konkurenco v korist vsem morebitnim ponudnikom³¹. V okviru vzpostavitve institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva ta obveznost po mnenju Komisije pomeni, da naročnik v obvestilo o naročilu ali specifikacijo vključi bistvene podatke o naslednjih dokumentih: javnemu naročilu in/ali koncesiji, ki jo je treba oddati podjetju z mešanim kapitalom, ki ga je treba ustanoviti, ter statutu tega podjetja, delničarskemu sporazumu in vseh drugih elementih, ki po eni strani določajo pogodbeno razmerje med naročnikom in zasebnim partnerjem, po drugi strani pa pogodbeno razmerje med naročnikom in podjetjem z mešanim kapitalom, ki ga je treba ustanoviti. Če naročnik uporabi konkurenčni dialog ali postopek s pogajanjem, del teh podatkov ni treba nujno določiti vnaprej. Ti elementi se lahko opredelijo med dialogom ali pogajanjem s podjetji kandidati. Javni razpis mora vključevati nekatere podatke o predvidenem trajanju javnega naročila ali koncesije, ki jo bo izvajalo podjetje z mešanim kapitalom.

Po mnenju Komisije načelo preglednosti zahteva, da se v razpisni dokumentaciji jasno navede možnosti podaljšanja ali spremembe javnega naročila ali koncesije, oddane podjetju z mešanim kapitalom, in navedbo možnosti dodelitve novih nalog. V razpisni dokumentaciji je treba navesti vsaj število teh možnosti in pogoje za njihovo uporabo. Tako predloženi podatki morajo biti dovolj podrobni, da se zagotovi pravičen in uspešen javni razpis.

Priporočljivo je, da pogodba med naročnikom in zasebnim partnerjem od začetka določa, kaj se naredi, če podjetju z mešanim kapitalom niso oddana dodatna naročila in/ali če se naročila, ki so mu dodeljena, ne podaljšajo. Po mnenju Komisije je treba statute oblikovati tako, da se zasebni partner lahko pozneje zamenja. Ker se zasebnega partnerja ne more avtomatično izključiti iz novega postopka javnega razpisa, mora naročnik v tem primeru posebno pozornost posvetiti obveznosti preglednosti in enakemu obravnavanju vseh ponudnikov.

²⁹ Glej člene 45 do 48 Direktive 2004/18/ES in člen 54 Direktive 2004/17/ES.

³⁰ Glej opombo 8 zgoraj.

³¹ Glej točko 62 zadeve C-324/98 Telaustria (opomba 26 zgoraj) in točko 49 zadeve C-458/03 Parking Brixen (opomba 9 zgoraj).

3. FAZA PO VZPOSTAVITVI INSTITUCIONALIZIRANEGA JAVNO-ZASEBNEGA PARTNERSTVA

Sodišče Evropskih skupnosti je ugotovilo, da se družbe, vsaj deloma odprte za zasebni kapital, ne morejo šteti kot organizacijske oblike „notranjega“ opravljanja javne službe pod nadzorom lokalnega organa³². Zato je treba pri oddaji javnih naročil ali koncesij, ki niso bile predmet razpisnega postopka pred vzpostavitvijo zadevnega institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, podjetjem z mešanim kapitalom upoštevati pravila, ki se uporabljajo za javna naročila ali koncesije, ne glede na to, ali izhajajo iz Pogodbe ES ali iz direktiv o javnih naročilih. Z drugimi besedami, institucionalizirana javno-zasebna partnerstva ohranijo področje uporabe svojega prvotnega predmeta in načeloma ne morejo dobiti novih javnih naročil ali koncesij brez razpisnega postopka, pri katerem se upošteva zakonodaja Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami.

Ker pa so institucionalizirana javno-zasebna partnerstva ponavadi vzpostavljena za zagotavljanje storitve v precej dolgem obdobju, je treba omogočiti prilagoditev nekaterim spremembam, ki se pojavijo v gospodarskem, pravnem ali tehničnem okolju. Določbe Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami ne preprečujejo upoštevanja teh sprememb, če sta upoštevani načeli enakega obravnavanja³³ in preglednosti³⁴. Za primer, da bi naročnik iz posebnih razlogov želel imeti možnost spremembe nekaterih razpisnih pogojev, potem ko je bil ponudnik že izbran, je tako v obvestilu o naročilu ali v specifikacijah treba izrecno predvideti takšno možnost spremembe razpisnih pogojev, pa tudi podrobnih pravil za njeno uporabo, in opredeliti okvir, v katerem je treba postopek izvesti, da so vsa podjetja, ki se zanimajo za sodelovanje na razpisu za naročila, od začetka seznanjena s to možnostjo in da imajo tako enake pogoje pri oblikovanju ponudbe³⁵.

Za vsako spremembo bistvenih elementov naročila, ki ni bila predvidena v prvotni specifikaciji, je potreben nov javni razpis³⁶. Sodišče Evropskih skupnosti meni, da je element bistven zlasti, kadar gre za element, ki bi, če bi bil vključen v obvestilo o naročilu ali specifikacijo, ponudnikom omogočil predložitev bistveno drugačne ponudbe³⁷. Primeri takšnih bistvenih elementov naročila so obseg gradenj ali storitev, ki jih zagotovi naročnik, ali dajatve, ki se uvedejo za uporabnike storitve, ki jo zagotovi naročnik.

V zvezi z javnimi naročili, ki so v celoti zajeta v direktivah, in koncesijami gradenj je treba opozoriti, da sekundarna zakonodaja določa izjemne primere, v katerih je za

³² Glej zadevo C-231/03, Coname, ZOdl. 2005, I-7287, točka 26, in točko 32 zadeve C-410/04, ANAV (opomba 14 zgoraj).

³³ Glej med drugim združeni zadevi C-285/99 in C-286/99, Lombardini in Mantovani, Recueil 2001, I-9233, točka 37, ter zadevo C-315/01, GAT, Recueil 2003, I-6351, točka 73.

³⁴ Glej med drugim zadevo C-92/00, HI, Recueil 2002, I-5553, točka 45, in zadevo C-470/99, Universale-Bau in drugi, Recueil 2002, I-11617, točka 91.

³⁵ Glej zadevo C-496/99 P, Komisija proti CAS Succhi di Frutta SpA, Recueil 2004, I-3801, točka 118.

³⁶ Glej zadevo C-337/98, Komisija proti Franciji, Recueil 2000, I-8377, točka 50.

³⁷ Glej točko 116 in naslednje točke zadeve C-496/99 P, Komisija proti CAS Succhi di Frutta SpA (opomba 35).

dodatne gradnje ali storitve, ki niso vključene v prvotno dodeljenem projektu, dovoljena neposredna oddaja brez javnega razpisa³⁸.

V skladu z zakonodajo Skupnosti ima podjetje z mešanim kapitalom – kot vsak gospodarski subjekt – pravico sodelovati na vseh javnih razpisih³⁹. To velja tudi za razpise, ki so potrebni zaradi pomembne spremembe ali podaljšanja javnih naročil ali koncesij, ki jih je naročnik že oddal podjetju z mešanim kapitalom, ki ga je ustanovil. V tem primeru mora naročnik posebno pozornost posvetiti obveznosti preglednosti in enakemu obravnavanju vseh ponudnikov. Sprejeti je treba posebne varstvene ukrepe, da se zagotovi strogo ločevanje med osebami, ki pri naročniku pripravljajo javne razpise in odločajo o oddaji naročil, in osebami, ki vodijo institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo, ter da se prepreči, da bi naročnik posredoval kakršen koli zaupen podatek podjetju z mešanim kapitalom.

³⁸ Glej člena 31 in 61 Direktive 2004/18/ES ter člen 40(3)(f) in (g) Direktive 2004/17/ES. Komisija meni, da se zadevna odstopanja lahko uporabijo tudi za naročila, ki niso zajeta v direktivah, vključno s koncesijami storitev (glej sklepe generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi C 525/03, Komisija proti Italiji, točke 46 do 48). Komisija načeloma meni, da so spremembe bistvenih elementov koncesije storitev, ki niso predvidene v razpisni dokumentaciji, sprejemljive le, če so potrebne zaradi nepredvidenih dogodkov ali če so upravičene zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja (člen 46 Pogodbe ES).

³⁹ Uvodna izjava 4 Direktive 2004/18/ES zahteva, da države članice zagotovijo, da sodelovanje oseb javnega prava kot ponudnikov v postopku za oddajo javnega naročila ne povzroča kakršnega koli izkrivljanja konkurence v zvezi z zasebnimi ponudniki.