

Zadeva C-472/19

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

20. junij 2019

Predložitveno sodišče:

Conseil d'État (Francija)

Datum predložitvene odločbe:

14. junij 2019

Tožeča stranka:

Vert Marine SAS

Tožena stranka:

Premier ministre

Ministre de l'Économie et des Finances

CONSEIL D'ÉTAT (DRŽAVNI SVET),

v okviru izvajanja

sodne pristojnosti

[...] (ni prevedeno)

Ob upoštevanju naslednjega postopka:

s tožbo in repliko, ki sta bili v tajništvu sodnega oddelka Conseil d'État (državni svet, Francija) evidentirani 20. marca in 26. septembra 2018, družba Vert Marine predlaga Conseil d'État (državni svet), naj:

1. zaradi prekoračitve pooblastil razglasi ničnost implicitne odločbe o zavrnitvi zaradi molka Premier ministre (predsednik vlade) glede njenega predloga za razveljavitev členov 19 in 23 Décret n° 2016-86 relatif aux contrats de concession (uredba št. 2016-86 o koncesijskih pogodbah) z dne 1. februarja 2016;

2. predsedniku vlade odredi, naj ti določbi razveljavi in ju v treh mesecih od vročitve odločbe, ki bo izdana, nadomesti z določbami, ki bodo omogočile skladnost navedene uredbe s pravom Evropske unije;

[...] (ni prevedeno)

Ta družba trdi, da je z regulativnima določbama, katerih razveljavitev predlaga:

- [...] (ni prevedeno) [preudarek v zvezi z nacionalnim ustavnim pravom]
- izoblikovan mehanizem obveznih prepovedi oddaje ponudb, ki ni v skladu z določbami člena 38 Direktive 2014/23/EU z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb.

Predsednik vlade je v odgovoru na tožbo, evidentiranem 26. julija 2018, izjavil, da se strinja s stališči Ministre de l'économie et des finances (minister za gospodarstvo in finance).

Minister za gospodarstvo in finance v odgovoru na tožbo, evidentiranem 27. julija 2018, predlaga zavrnitev tožbe. Pri tem trdi, da tožba ni dopustna, ker družba Vert Marine nima procesnega upravičenja, in da razlogi, ki jih je navedla tožeča stranka, niso utemeljeni.

[...] (ni prevedeno)

Ob upoštevanju:

- Pogodbe o delovanju Evropske unije;
- Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014;
- Code de la commande publique (zakonik o javnem naročanju);
- Code pénal (kazenski zakonik);
- Code de procédure pénale (zakonik o kazenskem postopku);
- Ordonnance n° 2016-65 (odlok št. 2016-65) z dne 29. januarja 2016;
- Décret n° 2018-1075 (uredba št. 2018-1075) z dne 3. decembra 2018;

[...] (ni prevedeno)

Ob upoštevanju naslednjega:

1. Pristojni organ, ki odloča o predlogu za razveljavitev nezakonitega predpisa, mora temu predlogu ugoditi, če je bil ta predpis nezakonit od datuma njegovega podpisa ali če je nezakonitost posledica pravnih ali dejanskih okoliščin, nastalih po tem datumu. Če organ, ki je sporni predpis sprejel, po vložitvi tožbe zoper zavrnitev

razveljavitve regulativnih določb ta predpis izrecno ali implicitno razveljavi, postane spor, začet zaradi navedene zavrnitve razveljavitve, brezpredmeten. Drugače pa je, če isti organ v novem predpisu povzame določbe, ki jih je razveljavil, ne da bi jih spremenil ali če jih je spremenil zgolj formalno.

2. Točka II člena 19 uredbe z dne 1. februarja 2016 o koncesijskih pogodbah določa, da mora vsak kandidat za podelitev koncesijske pogodbe predložiti vse dokumente, ki dokazujejo, da zanj ne velja nobena od izključitev iz postopka sklepanja koncesijskih pogodb, določenih v členih 39, 40 in 42 odloka z dne 29. januarja 2016 o istih pogodbah. V točki II člena 23 iste uredbe je v drugem odstavku še dodano, da se nedopustne kandidature izločijo, pri čemer je pojasnjeno, da je med drugim „nedopustna kandidatura kandidata, ki ne more sodelovati v postopku sklenitve pogodb v skladu s členi 39, 40, 42 in 44 odloka z dne 29. januarja 2016“.
3. Čeprav je iz listin v spisu razvidno, da sta bila člena 19 in 23 uredbe z dne 1. februarja 2016 o koncesijskih pogodbah razveljavljena z uredbo z dne 3. decembra 2018 o regulativnem delu zakonika o javnem naročanju, sta bili ti določbi – z zgolj formalnimi spremembami – povzeti v členih od R3123-16 do R3123-21 zakonika o javnem naročanju. Torej predlogi za njuno razveljavitve niso postali brezpredmetni in jih je treba obravnavati, kot da se nanašajo na zadnjenaavedene člene.

Dopustnost tožbe:

4. Iz listin v spisu je razvidno, da je družba Vert Marine specializirana za delegirano upravljanje opreme za šport in prosti čas ter da večino svojih dejavnosti opravlja prek koncesijskih pogodb, sklenjenih z javnimi skupnostmi. Torej ima interes, zaradi katerega je procesno upravičena za vložitev tožbe zaradi prekoračitve pooblastil zoper zavrnitev razveljavitve spornih regulativnih določb, ker z njimi ni določen mehanizem zagotavljanja ustreznosti, ki bi gospodarskemu subjektu kandidatu za podelitev koncesijske pogodbe omogočil, da se izogne prepovedim oddaje ponudb, določenim v primeru obsodbe za nekatera kazniva dejanja.
5. [...] (ni prevedeno) [preudarki nacionalnega postopkovnega prava]

Notranja zakonitost spornih regulativnih določb:

6. Družba Vert Marine trdi, da sta člena 19 in 23 uredbe z dne 1. februarja 2016, katerih določbe so bile povzete v zakoniku o javnem naročanju, nezakonita, ker se z njima izvaja člen 39 odloka z dne 29. januarja 2016, ki naj ne bi bil združljiv s cilji člena 38 Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb.
7. V nasprotju s trditvami ministra za gospodarstvo in finance v odgovoru na tožbo se je mogoče učinkovito sklicevati na tak tožbeni razlog, saj je treba določbe členov 19 in 23 uredbe, ki določajo seznam dokumentov, s katerimi je mogoče

dokazati, da za kandidata ne velja nikakršna prepoved oddaje ponudb, obravnavati, kot da so bile sprejete za izvajanje člena 39 odloka.

8. Člen 38 Direktive 2014/23/EU določa obvezne ali izbirne razloge za izključitev gospodarskih subjektov iz postopkov podeljevanja koncesijskih pogodb. V odstavku 4 tega člena so navedena kazniva dejanja, ki v primeru, da je bil gospodarski subjekt obsojen zaradi njihove storitve, obvezno povzročijo prepoved sodelovanja v postopkih podeljevanja koncesij. Vendar je v odstavku 9 istega člena navedeno, da lahko „[v]sak gospodarski subjekt, ki je v enem od položajev iz odstavkov 4 in 7, [...] predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju zadevnega razloga za izključitev. Če se šteje, da takšni dokazi zadoščajo, se zadevni gospodarski subjekt ne izključi iz postopka. / V ta namen gospodarski subjekt dokaže, da je plačal ali da se je zavezal plačati nadomestilo za vso škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem ali kršitvijo, v dejavnem sodelovanju s preiskovalnimi organi v celoti razjasnil dejstva in okoliščine ter sprejel konkretne tehnične, organizacijske in kadrovske ukrepe, ustrezne za preprečitev nadaljnjih kaznivih dejanj ali kršitev. Pri ocenjevanju ukrepov, ki jih sprejmejo gospodarski subjekti, se upoštevajo resnost in posebne okoliščine kaznivega dejanja ali kršitve. Če se šteje, da ukrepi ne zadoščajo, zadevni gospodarski subjekt prejme utemeljitev razlogov za takšno odločitev. / Gospodarski subjekt, ki je bil s pravnomočno sodbo izključen iz sodelovanja v postopkih javnega naročanja ali podeljevanja koncesije, med obdobjem izključitve, določenim s to sodbo, ni upravičen do uporabe možnosti iz tega odstavka v državah članicah, v katerih sodba učinkuje.“

Odstavek 10 istega člena določa: „Države članice z zakoni ali drugimi predpisi in ob upoštevanju prava Unije določijo pogoje za izvajanje tega člena. Določijo zlasti najdaljše obdobje izključitve, če gospodarski subjekt ne sprejme nobenih ukrepov iz odstavka 9, da bi dokazal svojo zanesljivost. Če obdobje izključitve ni določeno s pravnomočno sodbo, to obdobje ne sme biti daljše od pet let od datuma izdaje pravnomočne obsodbe v primerih iz odstavka 4 in ne daljše od treh let od datuma zadevnega dogodka v primerih iz odstavka 7.“

Te določbe so pojasnjene v uvodni izjavi 71 Direktive, v kateri je navedeno: „Dopustiti pa bi bilo treba možnost, da gospodarski subjekti sprejmejo ukrepe za zagotavljanje ustreznosti, katerih namen je odprava posledic kaznivih dejanj ali kršitev ter učinkovito preprečevanje nadaljnjih primerov neustreznega ravnanja. Med temi ukrepi so lahko zlasti ukrepi v zvezi z osebjem in organizacijo, na primer prekinitev vseh stikov z osebami ali organizacijami, vpletenimi v kršitve, ustrezni ukrepi za reorganizacijo osebja, uvedba sistemov poročanja in nadzora, oblikovanje strukture notranje revizije za spremljanje skladnosti in sprejetje pravil o notranji odgovornosti in odškodninah. Če taki ukrepi zagotovijo dovolj jamstev, zadevni gospodarski subjekt ne bi smel biti več izključen zgolj [samo] zaradi teh razlogov. Gospodarskim subjektom bi bilo treba omogočiti, da zahtevajo preučitev ukrepov za zagotavljanje ustreznosti, ki so jih sprejeli, da bi lahko sodelovali v postopku podelitve koncesije. Vendar bi morale natančne postopkovne in materialne pogoje za uporabo v teh primerih določiti države

članice. Zlasti bi se lahko same odločile, ali naj ustrezne ocene opravijo posamezni javni naročniki ali naročniki sami, ali pa za to nalogo pooblastijo druge organe na centralni ali decentralizirani ravni.“

9. Člen 39 odloka z dne 29. januarja 2016 o koncesijskih pogodbah, ki je zdaj povzet v členu L. 3123-1 zakonika o javnem naročanju, določa: *„Iz postopka sklepanja koncesijskih pogodb so izključene: / 1. osebe, ki so bile pravnomočno obsojene za eno od kaznivih dejanj, določenih v členih od 222-34 do 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, od 421-1 do 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, od 432-12 do 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, od 441-1 do 441-7, 441-9, od 445-1 do 445-2-1 ali 450-1 kazenskega zakonika, v členih od 1741 do 1743, 1746 ali 1747 splošnega davčnega zakonika, za koncesijske pogodbe, ki niso koncesijske pogodbe na področju obrambe ali varnosti, pa v členih 225-4-1 in 225-4-7 kazenskega zakonika, oziroma za prikrivanje takih kaznivih dejanj ter za enakovredna kazniva dejanja, določena z zakonodajo druge države članice Evropske unije. / Pravnomočna obsodba člana vodstvenega, upravnega ali nadzornega organa oziroma fizične osebe, ki ima pristojnost zastopanja, odločanja ali nadzora nad pravno osebo, za eno od teh kaznivih dejanj ali za prikrivanje enega od teh dejanj, povzroči izključitev te pravne osebe iz postopka sklepanja koncesijskih pogodb, dokler navedena fizična oseba opravlja te naloge. / Izključitev iz postopka sklepanja koncesijskih pogodb v skladu s to točko se uporablja pet let od izreka obsodbe [...]“.*
10. Družba Vert Marine trdi, da je francosko pravo v nasprotju s cilji Direktive z dne 26. februarja 2014, ker niti z določbami nacionalnega prava, navedenimi v prejšnji točki, niti z nobeno drugo določbo ni določena možnost, da gospodarski subjekt, ki bi bil s pravnomočno sodbo obsojen za eno od kaznivih dejanj, naštetih v teh določbah, in ki bi bil zato v skladu s točko 1 člena 39 odloka z dne 29. januarja 2016 za pet let izključen iz postopkov sklepanja koncesijskih pogodb, sprejme posebne ukrepe, s katerimi bi pri naročniku dokazal svojo zanesljivost.
11. Odgovor, ki ga je treba dati na ta tožbeni razlog, je odvisen od tega, ali je treba Direktivo z dne 26. februarja 2014 razlagati tako, da je z njo absolutno prepovedano, da se z zakonodajo države članice gospodarskemu subjektu, ki je bil izključen iz razloga, kot sorazlogi, navedeni v točki 1 člena 39 odloka z dne 29. januarja 2016, ne bi dala možnost, da naročniku predloži dokaze o tem, da ukrepi, ki jih je sprejel, kljub obstoju tega razloga za izključitev zadostujejo kot dokaz njegove zanesljivosti, čeprav bi šlo za posebej huda kazniva dejanja, ki jih je želel zakonodajalec v prizadevanju za povečanje moralnosti pri javnem naročanju kaznovati, da bi tako zagotovil zgleđnost kandidatov.
12. Poleg tega minister za gospodarstvo in finance v svojih pisanjih v odgovor na tožbo trdi, da v francoskem pravu obstajajo različni mehanizmi, kot so preklic – ki rednemu sodišču omogoča, da v celoti ali delno prekliče kakršno koli prepoved, odvzem pravice ali nezmožnost osebe, ki je posledica kazenske obsodbe –, sodna rehabilitacija – ki omogoča izbris vseh nezmožnosti in odvzemov pravic, ki so posledica obsodbe – ter izključitev zaznamka o obsodbi v izpisku št. 2 iz kazenske

evidence, ki so določeni s členom 132-21 kazenskega zakonika, členom 133-12 kazenskega zakonika oziroma členom 775-1 zakonika o kazenskem postopku, ter da lahko v skladu z Direktivo države članice same odločijo, ali naj oceno primernosti ukrepov za zagotavljanje ustreznosti opravijo posamezni javni naročniki ali naročniki sami, ali pa za to nalogo pooblastijo druge organe na centralni ali decentralizirani ravni. Odgovor, ki ga je treba dati na navedeni tožbeni razlog, je tako odvisen tudi od tega, ali je mogoče take mehanizme, ki jih izvaja pravosodni organ, obravnavati kot primerne mehanizme za zagotavljanje ustreznosti, kar pomeni, da je treba opredeliti, ali je mogoče sodni organ obravnavati kot organ na centralni ali decentralizirani ravni v smislu uvodne izjave 71 Direktive in ali je mogoče v okoliščinah, v katerih se izrečejo sodni ukrepi take vrste, kot so tisti, ki obstajajo v francoskem pravu, te ukrepe izenačiti z mehanizmi za zagotavljanje ustreznosti v smislu te direktive.

13. Ta vprašanja so odločilna za rešitev spora, o katerem mora odločiti Conseil d'État (državni svet), in pomenijo resno težavo. Zato jih je treba na podlagi člena 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije predložiti Sodišču Evropske unije in do njegove odločitve prekiniti odločanje o tožbi družbe Vert Marine.

– JE SKLENIL:

Člen 1: Odločanje o tožbi, ki jo je vložila družba Vert Marine, se prekine, dokler se Sodišče Evropske unije ne izreče o naslednjih vprašanjih:

1. Ali je treba Direktivo 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb razlagati tako, da nasprotuje temu, da z zakonodajo države članice – v prizadevanju za povečanje moralnosti javnega naročanja – gospodarskemu subjektu, ki je bil s pravomočno sodbo obsojen za posebej hudo kaznivo dejanje in je bil zato v zvezi z njim sprejet ukrep petletne prepovedi sodelovanja v postopku sklepanja koncesijskih pogodb, ni dana možnost, da naročniku predloži dokaze o tem, da ukrepi, ki jih je sprejel, kljub obstoju tega razloga za izključitev zadostujejo kot dokaz njegove zanesljivosti?

2. Če je z Direktivo 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 državam članicam omogočeno, da za presojo mehanizma za zagotavljanje ustreznosti gospodarskih subjektov poleg zadevnega naročnika pooblastijo še druge organe, ali taka možnost pomeni, da se za navedeni mehanizem lahko pooblastijo pravosodni organi? Če je odgovor pritrdilen, ali je mogoče mehanizme, kot so tisti iz francoskega prava – torej preklic, sodna rehabilitacija in izključitev zaznamka o obsodbi v izpisku št. 2 iz kazenske evidence – izenačiti z mehanizmi za zagotavljanje ustreznosti v smislu Direktive?

[...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno) [navedbe v zvezi s postopkom]