

Zadeva C-387/19**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

17. maj 2019

Predložitveno sodišče:

Raad van State (Belgija)

Datum predložitvene odločbe:

7. maj 2019

Tožeci stranki:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Bhaegel

Tožena stranka:

Vlaams Gewest (regija Flamska, Belgija)

Predmet postopka v glavni zadevi

Tožba za razveljavitev odločbe oddelka za ceste in promet Vzhodna Flamska pri agenciji za ceste in promet regije Flamske (Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest) z dne 29. novembra 2016, s katero je bilo javno naročilo za izvedbo cestnih gradbenih del dodeljeno konkurentu tožečih strank.

Predmet in pravna podlaga za predlog za sprejetje predhodne odločbe

Pravna podlaga: člen 267 PDEU

Prošnja za predhodno odločanje zadeva vprašanje, ali je treba od ponudnika, ki se je prijavil na razpis in ga je javni naročnik izključil zaradi „hujše kršitve“ poklicnih pravil, pričakovati, da bo na lastno pobudo navedel morebitne hujše kršitve poklicnih pravil in ukrepe za odpravo nepravilnosti, ki jih je sprejel v zvezi s tem, ali pa mora javni naročnik, po tem ko ugotovi, da gre po njegovem mnenju

za hujšo kršitev, ki bi lahko vodila v izključitev, in preden se lahko dejansko odloči za izključitev, izvesti kontradiktorni postopek.

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba odstavek 4, točki (c) in (g), člena 57 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES v povezavi z odstavkoma 6 in 7 tega člena razlagati tako, da nasprotuje temu, da bi se ta člen uporabljal tako, da mora gospodarski subjekt na lastno pobudo zagotoviti dokaze o ukrepih, ki jih je sprejel, da bi dokazal svojo zanesljivost?

2. Če je to tako, ali ima odstavek 4, točki (c) in (g), člena 57 [Direktive 2014/24] v povezavi z odstavkoma 6 in 7 tega člena ob taki razlagi neposreden učinek?

Navedene določbe prava Unije

- Člen 57(4), (c) in (g), (6) in (7), člen 69(1) in člen 90 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).
- Splošno pravno načelo kontradiktornosti postopka
- Izvedbena uredba Komisije (EU) 2016/7 z dne 5. januarja 2016 o določitvi standardnega obrazca za enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila (UL 2016, L 3, str. 16)

Navedene določbe nacionalne zakonodaje

- Člena 23 in 24 zakona z dne 15. junija 2006 o javnih naročilih in nekaterih naročilih gradenj, blaga in storitev.
- Člena 2 in 3 zakona z dne 29. julija 1991 o izrecni obrazložitvi upravnih aktov
- Člen 70 zakona z dne 17. junija 2016 o javnih naročilih
- Člen 61(1) in (2) kraljevega odloka z dne 15. julija 2011 o oddajanju javnih naročil za klasične sektorje
- Člen 20 splošnih pogojev za javna naročila gradenj, blaga in storitev in za koncesije za javne gradnje, ki so priloženi kraljevemu odloku z dne 26. septembra 1996.
- Splošno pravno načelo dobrega upravljanja; načela enakosti, konkurence, skrbnosti, transparentnosti in obrazložitve.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopkov v glavni stvari

- 1 Agencija za ceste in promet regije Flamske je razpisala javno naročilo za izvajanje del na cestah. Naročilo se je oddajalo z javnim razpisom. V razpisu je bilo izrecno navedeno, da lahko javni naročnik izključi ponudnika, če je ta zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil.
- 2 Ponudba tožečih strank, ki skupaj tvorita priložnostno družbo, je bila z odločbo o oddaji javnega naročila izključena iz sodelovanja pri naročilu zaradi hujše kršitve poklicnih pravil. V obrazložitvi iz poročila o oddaji javnega naročila, ki je vključeno v odločbo o oddaji javnega naročila, so za vsako od tožečih strank naštetja in pojasnjena dejanja, ki veljajo za hujše kršitve poklicnih pravil. Med drugim gre za kršitev predpisov o varnosti in zdravju pri delu na delovišču, za pomanjkljivo cestno signalizacijo in (tehnične) pomanjkljivosti pri izvedbi prejšnjih del.
- 3 Tožeči stranki pri predložitvenem sodišču zoper to odločbo o oddaji javnega naročila vlagata tožbo za razveljavitev odločbe.
- 4 Predložitveno sodišče je odločilo, da je za rešitev spora potrebna razlaga prava Unije, konkretno člena 57 Direktive 2014/24.

Bistvene trditve strank v sporih o glavni stvari

- 5 Tožeči stranki zatrjujeta kršitev členov 23 in 24 prej navedenega zakona z dne 15. junija 2006, člena 57(4), (6) in (7) Direktive 2014/24, v Direktivi navedenega načela kontradiktornosti (*audi et alteram partem*), členov 2 in 3 zakona z 29. julija 1991 (zakon o formalni obrazložitvi) in več splošnih načel dobrega upravljanja.
- 6 Ocenjujeta, da bi jima, preden se ju izključi na podlagi domnevne hude kršitve poklicnih pravil, morala biti dana možnost, da se zagovarjata in dokažeta, da sta odpravili težave. Navedene določbe Direktive naj bi določale kontradiktorni postopek, v katerem sme ponudnik dokazati, da so prejšnje kršitve popravljene ali odpravljene, in naj bi poleg tega določale, da se sme tovrstna ravnanja za izključitev ponudnika uporabljati največ tri leta, tudi če ne dokaže, da je v tem času odpravil težave.
- 7 Tožeči stranki se pri tem sklicujeta na neposredni učinek zgoraj navedenih določb Direktive.

Na to direktivo, ki ni bila pravočasno prenesena v belgijski pravni red, naj bi se lahko tožeči stranki nasproti toženi stranki kot regionalni upravi sklicevali zaradi tega, ker je Sodišče pojem „država“ razlagalo široko .

Menita, da so te določbe brezpogojne, jasne in natančne. Navedba, da mora država članica „sprejeti potrebne ukrepe“ in sama navedba v preambuli, da mora država članica razdelati natančne postopkovne in vsebinske pogoje – pogoje, ki se po

mnenju tožečih strank nanašajo samo na postopek – naj sama po sebi ne bi pomenila, da je uvedba pravice vsakega gospodarskega subjekta, da priskrbi dokaze o odpravi nepravilnosti, pogojna.

Tožeči stranki se med drugim sklicujeta na sistematiko Direktive, ki jo je po njunem mnenju treba razlagati tako, da mora vsak gospodarski subjekt dobiti možnost dokazovanja, da je sprejel ukrepe, če javni naročnik meni, da je integriteta gospodarskega subjekta omajana zaradi kršitve. Namreč, ponudnik lahko ve, kaj naročnik pojmuje kot hujšo kršitev, samo, če mu je to sporočeno. Posledično „že iz namena kontradiktornega postopka izhaja, da tisti, ki sme vložiti ugovor, ve, zoper kaj lahko vloži ugovor“. Torej ni tako, da bi moral kandidat ali ponudnik „na lastno pobudo“ dokazati, da je sprejel ukrepe za odpravo nepravilnosti. Ta obveznost, ki je naložena s kasnejšim zakonom, po mnenju tožečih strank ne velja za to naročilo in je poleg tega v nasprotju z bistvom in namenom člena 57 Direktive, ki, tako kot je v primeru neobičajnih cen, določa kontradiktorni postopek preverjanja.

Poleg tega naj bi bilo kršeno tudi v Direktivi izrecno navedeno pravno načelo kontradiktornosti (*audi et alteram partem*). Nadalje naj bi tožena stranka kršila svojo obveznost skrbnosti in naj bi ravnala v neskladju z načelom transparentnosti, načelom poštene konkurence in načelom enakosti, ker naj bi bili tožeči stranki v primerjavi z njunimi „evropskimi kolegi“ obravnavani drugače.

- 8 Tožena stranka primarno izpodbija to, da ima čl. 57 Direktive 2014/24 neposreden učinek. Izpodbija brezpogojno, jasno in natančno naravo člena 57(6) Direktive. Vsaj kar se tiče ukrepov za odpravo nepravilnosti, po mnenju tožene stranke ta pogoj ni izpolnjen, ker člen 57(7) določa, da „države članice z zakoni ali drugimi predpisi in ob upoštevanju prava Unije določijo pogoje za izvajanje tega člena.“ V tem okviru se sklicuje na uvodno izjavo 102 te Direktive. Tudi iz jedrnatega načina, na katerega Direktiva „razdela“ sistem ukrepov za odpravo nepravilnosti, naj bi izhajalo, da imajo države članice pri prenosu Direktive na tem področju široko diskrecijsko pravico. Direktiva denimo ne določa, kdaj bi moral kandidat ali ponudnik javiti, da je sprejel ukrepe za odpravo nepravilnosti, ali na kakšen način se mora to zgoditi. Da imajo države članice široko diskrecijsko pravico, da lahko same razdelajo ureditev v zvezi z ukrepi za odpravo nepravilnosti, naj bi bilo razvidno tudi iz okoliščine, da Direktiva državam članicam pušča prostor, da same določajo, kateri organ – naročnik ali nek drug organ – je pristojen za ocenjevanje ukrepov za odpravo nepravilnosti. Na to naj bi kazalo tudi dejstvo, da je belgijski zakonodajalec v zakonu, ki v času dodeljevanja naročila še ni bil sprejet (člen 70 zakona z dne 17. junija 2016, s katerim se prenaša člen 57 Direktive 2014/24), dodal ali pojasnil temeljna vprašanja v zvezi s pravili o korektivnih ukrepih.
- 9 Tožena stranka podredno navaja, da izpodbijana odločba ne krši ureditve o samoodpravi nepravilnosti (t.i. *self-cleaning*), ki je določena z Direktivo. Glede na to, da Direktiva samo na splošno opisuje, kako naj bi bil določen sistem ukrepov za odpravo nepravilnosti, naj bi bilo javnemu naročniku težko ugotoviti, kako naj

uporabi pravila o ukrepih za odpravo nepravilnosti iz člena 57(6). Po mnenju tožene stranke je torej tudi logično, da se v takih okoliščinah sklicuje na zakon z dne 17. junija 2016, ki nalaga obvezo samoiniciativnega dokazovanja o konkretnih sprejetih ukrepih, čeprav ta zakon še ni stopil v veljavo. Po mnenju tožene stranke tožečih strank ni nič oviralo pri tem, da bi ob oddaji svoje ponudbe sami priložili tudi sprejete ukrepe za odpravo nepravilnosti.

Taka določitev pravil o ukrepih za odpravo nepravilnosti po mnenju tožene stranke ni v nasprotju s členom 57 Direktive. Ponudnik naj bi sam vedno najlaže ocenil, ali zanj velja eden od fakultativnih izključitvenih razlogov in mora zato sprejeti ukrepe za odpravo nepravilnosti. V tej zadevi naj bi bila teža storjenih kršitev pri prejšnjih naročilih gradenj očitna, še toliko bolj, ker je tudi te storitve naročila tožena stranka.

Kar se tiče primerjave s kontradiktornim postopkom preverjanja pri neobičajnih cenah, tožena stranka odgovarja še, da iz člena 57(6) samega in iz primerjave tega člena s členom 69(1) Direktive izhaja, da obstaja temeljna razlika med tema določbama.

Sklicuje se tudi na Izvedbeno uredbo (EU) 2016/7, ki ima v prilogi vzorčni obrazec, ki v zvezi z vsakim fakultativnim izključitvenim razlogom, vključno s hujšimi kršitvami poklicnih pravil, za katere gre v danem primeru, omogoča, da se navede, ali so bili sprejeti ukrepi za odpravo nepravilnosti, in da se jih po potrebi tudi opiše. Zato naj bi – kot meni tudi Evropska komisija – iz Direktive 2014/24 izhajalo, da mora kandidat ali ponudnik naročnika na lastno pobudo obvestiti o morebitnih ukrepih za odpravo nepravilnosti.

Tožena stranka nadalje meni, se postopki samoodprave nepravilnosti ne bi smeli razlikovati glede na izključitveni razlog. Glede na to, da Direktiva določa znatno administrativno poenostavitev postopka javnega naročanja, iz tega ne more izhajati, da bi evropski zakonodajalec imel namen določanja različnih postopkov na področju samoodprave nepravilnosti.

Še bolj podredno tožena stranka navaja, da načela dobrega upravljanja niso bila kršena. Na koncu se sklicuje na ustaljeno sodno prakso Raad van State (državni svet) v zvezi s pravico do izjave, v skladu s katero javni naročnik, ki želi sprejeti odločitev o izključitvi, načeloma nima obveznosti izvedbe zaslišanja, saj ne odvzema nobene prej podeljene ugodnosti in ne nalaga nobene sankcije, ampak samo ne podeli ugodnosti, za katero je bilo zaproseno.

Kratek povzetek obrazložitve predloga

- 10 Za začetek predložitveno sodišče ugotavlja, da je bil razpis objavljen 11. in 13. maja 2016, torej po skrajnem datumu prenosa Direktive, ki je bil 18. april 2016. Od tega datuma je treba za pripravo enotnega evropskega dokumenta v zvezi z oddajo javnega naročila uporabiti tudi standardni obrazec iz izvedbene uredbe 2016/7. V tem obrazcu je v okviru dela „Razlogi za izključitev“ možno navesti,

ali je gospodarski subjekt sprejel ukrepe za odpravo nepravilnosti, in te ukrepe po potrebi tudi opisati.

Člen 61(2), točka 4, Kraljevega odloka iz leta 2011, ki se uporablja za spor o glavni stvari in na podlagi katerega sta bili izključeni tožeči stranki, je določal, da je lahko kandidat ali ponudnik, ki je zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil, izključen v vsaki fazi postopka oddaje javnega naročila.

Nadalje predložitveno sodišče navaja, da zakon z dne 17. junija 2016 – ki določa postopek, v katerem lahko kandidat oz. ponudnik, ki je lahko izključen zaradi hujših kršitev, na lastno pobudo dokaže, da je sprejel „ukrepe za odpravo nepravilnosti“ – na datum izpodbijane odločbe še ni začel veljati.

Predložitveno sodišče ocenjuje, da je v okviru presoje tožbe za razveljavitev treba odgovoriti na vprašanje, ali odstavek 4, točki (c) in (g), člena 57 Direktive 2014/24 v povezavi z odstavkoma 6 in 7 tega člena (ne) nasprotuje temu, da se ta člen uporablja tako, da je v primeru, v katerem je gospodarski subjekt – tako kot v tem primeru – po mnenju javnega naročnika zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil in ni na lastno pobudo sporočil morebitnih sprejetih ukrepov za odpravo nepravilnosti, izključen, ne da bi imel možnost – ki je izrecno določena za primer nameravane izključitve s strani javnega naročnika –, da posreduje dokaze o morebitnih ukrepih, s katerimi bi lahko dokazal svojo zanesljivost, ali da bi bil k temu pozvan v objavi javnega naročila ali v razpisnih pogojih.

Če je odgovor na prejšnje vprašanje, da Direktiva dovoljuje tako uporabo, vprašanja, ali imajo relevantne določbe Direktive neposreden učinek, ni treba podrobneje preučevati.

Predložitveno sodišče sicer ne najde enoznačnega odgovora na to vprašanje v besedilu zadevnih določb ali v pravni praksi Sodišča Evropske unije.

Predhodna pravna praksa Sodišča Evropske unije, konkretno sodba z dne 24. oktobra 2018, *Vossloh Laeis GmbH* (C-124/17, EU:C:2018:855, točke 20 do vključno 23 in izrek sodbe), o ureditvi ukrepov za odpravo nepravilnosti namreč ne govori o vprašanju, ki je tukaj izpostavljeno, to je, ali je možno člen 57(6) Direktive razlagati v tem smislu, da mora gospodarski subjekt sprejete ukrepe za odpravo nepravilnosti navesti na lastno pobudo, ali pa mora biti, preden je lahko odločeno o njegovi izključitvi, k temu pozvan.

Besedilo zadevne določbe Direktive ne daje rešitve, saj v njej samo piše, da „[v]sak gospodarski subjekt, ki ga zadeva eden od primerov iz odstavkov 1 in 4, lahko predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju zadevnega razloga za izključitev“. Tudi v uvodni izjavi 102 Direktive je samo na splošno navedeno, da bi bilo treba „gospodarskim subjektom [...] omogočiti, da zahtevajo preučitev ukrepov za zagotavljanje ustreznosti, ki so jih sprejeli, da bi lahko sodelovali v postopku javnega naročanja.“

V izvedbeno uredbo 2016/7 vključeni standardni obrazec pod rubriko „Razlogi za izključitev“ je vključena možnost, da gospodarski subjekt navede ukrepe, ki jih je sprejel za odpravo nepravilnosti, in da te ukrepe po potrebi tudi opiše.

Možni izključitveni razlogi se sicer navezujejo na različne situacije. V nekaterih primerih bo za udeleženi gospodarski subjekt jasno predvidljivo, ali zadevni izključitveni razlog obstaja ali ne. Pri drugih izključitvenih razlogih je to manj očitno. Obstajajo obligatorni in fakultativni izključitveni razlogi. Če pride v poštev „hujša kršitev“, kot je to v postopku v glavni stvari, naj bi bila v skladu z uvodno izjavo 101 Direktive naloga javnih naročnikov, da ugotovijo, ali gre za hujšo kršitev poklicnih pravil. V tem primeru naj uvrstitev zadevnega ponudnika s strani javnega naročnika ne bi bila vedno predvidljiva. Ali bi moral potem ponudnik delovati na lastno pobudo ali pa bi moral javni naročnik, potem ko je ugotovil, da gre po njegovi lastni presoji za hujšo kršitev, ki lahko privede do izključitve, izvesti kontradiktorni postopek?

Poleg tega bi se lahko ukrepe za odpravo nepravilnosti vključilo v presojo sorazmernosti ukrepa izključitve. Razlaga v smislu, naj bi bilo treba določiti kontradiktorni postopek, preden se dejansko odloči o izključitvi, bi tudi spodbujala konkurenco.

Temu nasprotuje dejstvo, da se s prelaganjem odgovornosti za pobudo na ponudnika poveča verjetnost, da bo imelo več javnih naročnikov enake informacije ob sprejemanju odločitve o oddaji javnega naročila in gre v tem smislu za večjo transparentnost.

Kar se tiče analogije z ureditvijo preiskave neobičajnih cen, predložitveno sodišče ugotavlja, da člen 69 Direktive v zvezi z neobičajno nizkimi cenami javnemu naročniku predpisuje nekaj aktivnih dejanj, in da to pri ureditvi ukrepov za odpravo nepravilnosti iz člena 57(6) Direktive ne velja izrecno. Nadalje se predložitveno sodišče sklicuje tudi na različna namena ureditve neobičajnih cen in ukrepov za odpravo nepravilnosti.

- 11 Kar se tiče neposrednega učinka zadevnih določb, predložitveno sodišče opozarja, da se Sodišče Evropske unije o tem še ni izreklo. Po mnenju predložitvenega sodišča je možno ugotoviti, da člen 57(6) Direktive 2014/24 potrebuje dopolnilne ukrepe, da bi ga bilo mogoče uporabiti, konkretno, kjer določa, da lahko vsak gospodarski subjekt predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju zadevnega razloga za izključitev. Enako velja tudi za člen 57(7) Direktive. Tako Direktiva ne določa, kdaj bi moral kandidat ali ponudnik javiti, da so bili sprejeti ukrepi za odpravo nepravilnosti ali na kakšen način to mora biti izvedeno in komu je treba zaupati ocenjevanje sprejetih ukrepov.
- 12 Po drugi strani pa iz sodne prakse Sodišča izhaja, da besedilo določbe, ki določa, da mora država članica „sprejeti potrebne ukrepe“ samo po sebi ne izključuje, da bi bila določena pravica lahko brezpogojno in dovolj natančno priznana samo na

podlagi Direktive. Tako po mnenju predložitvenega sodišča ni možno v celoti izključiti, da, čeprav samim določbam z zvezi s samoodpravo nepravilnosti ni možno priznati neposrednega učinka, to morda lahko velja za posamične dele teh določb, ki veljajo za minimalno zaščito.

Ker Sodišče meni, da v členu 57(6) Direktive 2014/24 ponudniku zagotovljena možnost, da kljub izključitvi zaradi hujše kršitve dokaže svojo zanesljivost, vključuje, da mora javni naročnik v vsakem primeru dati ponudniku to možnost, preden ga iz tega razloga izključi, se torej poraja vprašanje, ali je to možno razumeti kot neke vrste minimalno zaščito, ki jo je mogoče na podlagi Direktive natančno definirati.

- 13 Glede na to, da o razlagi zadevnih določb obstaja dvom, se je predložitveno sodišče odločilo, da bo zgoraj navedena vprašanja Sodišču predložilo v predhodno odločanje.