

Zadeva C-416/21

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

7. julij 2021

Predložitveno sodišče:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

24. junij 2021

Nasprotna stranka v postopku s predlogom in pritožnik:

Landkreis A.-F.

Predlagatelj in nasprotna stranka v pritožbenem postopku:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Predmet postopka v glavni stvari

Pravno sredstvo proti izključitvi dveh med seboj povezanih ponudnikov iz postopka oddaje javnega naročila zaradi kršitve načela tajnosti v okviru konkurence in zaradi izkrivljanja konkurence

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES; člen 267 PDEU

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba člen 57(4)(d) Direktive 2014/24/EU razlagati tako, da mora javni naročnik razpolagati z dovolj verjetnimi indici o tem, da so gospodarski subjekti kršili člen 101 PDEU?
2. Ali je treba člen 57(4) Direktive 2014/24/EU razlagati kot izčrpno ureditev neobveznih razlogov za izključitev, tako da načelo enakega obravnavanja (člen 18(1) te direktive) – pri oddaji ponudb, ki niso niti samostojne niti neodvisne – ne more nasprotovati oddaji javnega naročila?
3. Ali je treba člen 18(1) Direktive 2014/24/EU razlagati tako, da nasprotuje oddaji javnega naročila podjetjem, ki tvorijo gospodarsko enoto in od katerih je vsako podalo ponudbo?

Pri tem je odgovor na drugo in tretje vprašanje potreben le, če bo odgovor na prvo vprašanje pritrdilen.

Navedene določbe prava Unije

Direktiva 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): člen 18(1) in člen 57(4)

Navedene nacionalne določbe

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence, v nadaljevanju: GWB), členi 1, 97 in 124:

Člen 1 Prepoved sporazumov, ki omejujejo konkurenco

Sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence, so prepovedani.

Člen 97 Načela oddaje javnega naročila

(1) Javna naročila in koncesije se dodelijo na podlagi konkurence in preglednih postopkov. Pri tem se spoštujeta načeli ekonomičnosti in sorazmernosti.

(2) Udeležence v postopku oddaje javnega naročila je treba obravnavati enako, razen če je na podlagi tega zakona različno obravnavanje izrecno zahtevano ali dopustno.

§ 124 Neobvezni razlogi za izključitev

(1) Javni naročniki lahko ob upoštevanju načela sorazmernosti kadar koli med postopkom oddaje javnega naročila izključijo podjetje iz postopka oddaje javnega naročila, če

[...]

2. [...] je bil nad premoženjem podjetja predlagan ali začet postopek zaradi insolventnosti ali primerljiv postopek, [...]

3. je podjetje dokazano zagrešilo hujšo kršitev poklicnih pravil, zaradi katere je omajana integriteta podjetja; [...]

4. javni naročnik razpolaga z zadostnimi indici o tem, da je podjetje z drugimi podjetji sklenilo sporazume ali usklajevalo ravnanja, katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence,

[...]

8. je podjetje glede razlogov za izključitev ali meril o sposobnosti storilo hudo prevaro ali je zadrževalo podatke [...]

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Nasprotna stranka v postopku s predlogom, deželno okrožje, namerava v javnem postopku oddati storitve javnega avtobusnega prevoza. Ocenjena vrednost naročila presega mejno vrednost iz člena 4(c) Direktive 2014/24/EU. V skladu z objavo naročila cena ni edino merilo za oddajo naročila, različice/alternativne ponudbe niso dopustne.
- 2 Pravočasno je prispelo več ponudb, med drugim od obeh predlagateljev. Predlagatelj pod točko (1) je trgovec, ki nastopa s firmo, kot je vpisana v sodnem registru, predlagateljica pod točko (2) je družba z omejeno odgovornostjo, katere direktor in edini družbenik je predlagatelj pod točko (1). Nad premoženjem predlagatelja pod točko (1) je bil s sklepom z dne 1. novembra 2019 začet postopek zaradi insolventnosti. Stečajni upravitelj je v dopisu z dne 1. decembra 2019 dovolil obratovanje samostojne dejavnosti predlagatelja pod točko (1). Ponudbi obeh predlagateljev z dne 27. februarja 2020 je predložila ista oseba, pri čemer je bila kot oseba, ki je podala izjavo, vsakokrat naveden predlagatelj pod točko (1). Predlagatelj pod točko (1) je v svoji ponudbi med drugim navedel, da postopek zaradi insolventnosti nad premoženjem podjetnika ni bil niti predlagan niti začet.
- 3 2. aprila 2020 je bilo predlagateljema sporočeno, da sta bili njuni ponudbi izključeni zaradi kršitve načela tajnosti v okviru konkurence in zaradi izkrivljanja konkurence, saj ju je izdelala ista oseba.

- 4 Temu sta se predlagatelja uprla pri Vergabekammer (komisija za javna naročila, Nemčija), ki je ugodilo njenemu pravnemu sredstvu. Proti odločitvi Vergabekammer (komisija za javna naročila) je nasprotna stranka v postopku s predlogom pred predložitvenem sodišču vložila pravno sredstvo.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 5 Predlagatelja trdita, da ni kršitve načela tajnosti v okviru konkurence ali izkrivljanja konkurence. Zaradi širokih vodstvenih pooblastil predlagatelja pod točko (1) ter popolnega obvladovanja predlagateljice pod točko (2) tvorita enotno podjetje, znotraj katerega ni konkurence. Neobstoječe konkurence naj ne bi bilo mogoče omejiti ali izkriviti. Pravil konkurence iz člena 97(1) GWB naj ne bi bilo mogoče uporabiti za podjetja, ki tvorijo gospodarsko enoto. Ponudbe predlagateljev naj bi bilo treba šteti kot več (glavnih) ponudb, ki jih je podal isti ponudnik. To naj v tem primeru v razpisni dokumentaciji ne bi bilo izključeno. V takem primeru naj ne bi bilo nevarnosti izkrivljanja konkurence in to naj nikakor ne bi bilo problematično, če se ponudbe med seboj ne razlikujejo le po ceni, temveč tudi stvarno-tehnično. Ta zahteva naj bi bila v tem primeru izpolnjena, ker naj bi njuni ponudbi vsebovali kombinaciji vozil, ki se med seboj razlikujeta.
- 6 Predlagatelja se sklicujeta zlasti na sodbo Sodišča z dne 17. maja 2018, Specializuoatas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324). V njej naj bi Sodišče jasno razlikovalo med dvema skupinama primerov. Le v zvezi z drugim primerom, v katerem udeleženi podjetji ne tvorita gospodarske enote, naj bi Sodišče opozorilo (točka 29), da bi bilo načelo enakega obravnavanja iz člena 2 Direktive 2004/18 kršeno, če bi se priznalo, da lahko povezani ponudniki predložijo usklajene – torej ne samostojne ne neodvisne – ponudbe, ki bi jim lahko prinesle neupravičene prednosti v razmerju do drugih ponudnikov. Z dodatkom v nadaljevanju, da ni treba preučiti, ali predložitev takih ponudb pomeni tudi ravnanje, ki je v nasprotju s členom 101 PDEU, naj bi bilo izrecno poudarjeno, da veljajo celotna pojasnila v točki 29 le, če ne gre za gospodarsko enoto.
- 7 V obravnavani zadevi naj bi predlagatelja tvorila gospodarsko enoto, in si naj ne bi pridobila neupravičene prednosti. Iz načela enakega obravnavanja, v skladu s katerim se različnih primerov ne sme obravnavati enako, naj bi izhajalo, da ponudniki v primeru dovoljenega usklajevanja ne smejo biti izključeni.
- 8 Nasprotna stranka v postopku s predlogom zlasti navaja, da je naloga prava na področju javnega naročanja, da skrbi za pravo konkurenco med ponudniki, ki so udeleženi v postopku oddaje javnega naročila, in ki naj bi imeli pravico, da se ponudbe oddajo brez poznavanja ponudb drugih kandidatov. Če se to načelo ne bi upoštevalo, kadar tvorita dva ponudnika gospodarsko enoto, naj se ne bi upoštevali interesi preostalih ponudnikov. Ponudniki, ki bi tvorili gospodarsko enoto bi bili v razmerju do drugih ponudnikov brez trdne pravne podlage favorizirani, kar naj bi privedlo do kršitve načela enakega obravnavanja in

okrnitve oziroma izkrivljena konkurence, ki jo je treba varovati. Podjetji, ki tvorita gospodarsko enoto, bi si namreč lahko, saj formalno tvorita dva različna pravna subjekta, s tem na primer pridobili prednost, da bi na podlagi izkaza različnih pogojev sposobnosti z usklajenima ponudbama sodelovali v razpisu. Če bi bil en ponudnik gospodarske enote izključen zaradi neustreznosti, naj bi drugi ponudnik gospodarske enote ostal konkurenčen na podlagi ponudbe, ki sta jo uskladila. Pri dogovorih in usklajenih ravnanjih, navedenih v členu 124(1), točka 4, GWB naj ne bi šlo le za varstvo konkurence med podjetji, ki sodelujejo pri takšnih dogovorih in usklajenih ravnanjih.

- 9 Tudi sodba *Specializuotas transportas* naj ne bi potrjevala stališča predlagateljev, ampak naj bi v skladu z njo kršitev načel enakega obravnavanja in preglednosti pomenila oviro za oddajo javnega naročila predlagateljem. Vsekakor naj bi šlo za nedopustno predložitev dvojne ponudbe.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 10 V skladu s členom 57(4)(d) Direktive 2014/24/EU lahko javni naročniki izključijo gospodarski subjekt iz postopka oddaje javnega naročila ali pa jih k tem zavežejo države članice, če javni naročnik razpolaga z dovolj verjetnimi indici o tem, da se je gospodarski subjekt dogovarjal z drugimi gospodarskimi subjekti s ciljem izkrivljenja konkurence. V skladu s prvim stavkom uvodne izjave 101 bi bilo treba javnim naročnikom omogočiti, da izključijo gospodarske subjekte, ki so se zaradi hujših kršitev poklicnih pravil, kot so kršitve pravil konkurence, izkazali za nezanesljive.
- 11 Pri prenosu navedene določbe je nemški zakonodajalec v členu 124(1), točka 4, GWB prevzel besedilo prepovedi sporazumov, ki omejujejo konkurenco, iz člena 1 GWB, ki v veliki meri ustreza besedilu členu 101 PDEU.
- 12 Člen 101 PDEU se ne uporabi, če sporazume in ravnanja, ki so z njim prepovedani, izvedejo podjetja, ki tvorijo gospodarsko enoto (sodbi *Sodišča Specializuotas transportas*, točka 28 in navedena sodna praksa, ter z dne 12. julija 1984, *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, točka 11).
- 13 Po presoji senata tvorita predlagatelja v tem smislu gospodarsko enoto. Dva gospodarska subjekta, se štejeta kot gospodarska enota, torej kot podjetje v smislu člena 101 PDEU, zlasti če ta hčerinska družba, čeprav je ločena pravna oseba, o svojem ravnanju na trgu ne odloča samostojno, ampak v glavnem ravna po navodilih matične družbe, zlasti glede na gospodarske, organizacijske in pravne povezave med tema pravnima subjektoma (glej sodbi *Sodišča* z dne 27. januarja 2021, *Goldman Sachs*, C-595/18, EU:C:2021:73, točka 31, in z dne 24. junija 2015, *Fresh Del Monte Produce/Komisija in Komisija/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P in C-294/13 P, EU:C:2015:416, točka 75 in navedena sodna praksa). Da „matična družba“ v tem primeru ni družba, temveč registrirani samostojni trgovec, ne privede do drugačnega zaključka.

- 14 V teh okoliščinah se senat sprašuje, ali je treba člen 57(4)(d) Direktive 2014/24/EU razlagati tako, da mora javni naročnik razpolagati z dovolj verjetnimi indici o kršitvi člena 101 PDEU.
- 15 Senat meni, da je odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje pritrdilen, saj je v uvodni izjavi 101 omenjena kršitev pravil konkurence.
- 16 Po mnenju senata člena 57(4)(d) Direktive 2014/24/EU ni mogoče razlagati tako, da je na podlagi te določbe mogoče izključiti tudi povezane ponudnike, ki tvorijo gospodarsko enoto in predložijo usklajene ponudbe. Kršitev načela tajnosti v okviru konkurence pa lahko le takrat upraviči izključitev na podlagi te določbe, če se z njo krši določba konkurenčnega prava; to ne pride v poštev, če za zadevna podjetja velja tako imenovani koncernski privilegij konkurenčnega prava.
- 17 Po mnenju senata v obravnavanem primeru tudi ni mogoče uporabiti izključitve zaradi hujše kršitve poklicnih pravil (člen 57(4)(c) Direktive 2014/24/EU), ki je v literaturi omenjena kot prestrezni abstraktni dejanski stan.
- 18 Ponudniki, ki tvorijo gospodarsko enoto in od katerih vsak predloži ponudbo, si lahko sicer v razmerju do drugih ponudnikov ustvarijo neupravičene prednosti. V razmerju do ponudnika, ki predloži več glavnih ponudb, imajo namreč ponudniki, ki tvorijo gospodarsko enoto in od katerih vsak predloži ponudbo, glede izključitvenih razlogov in meril o sposobnosti – ki se nanašajo na ponudnika – boljše možnosti za dodelitev javnega naročila. Tako je na primer v obravnavanem primeru glede na začetek postopka zaradi insolventnosti mogoča izključitev predlagatelja pod točko (1) v skladu s členom 124(4), točka 2 ali točka 8, GWB, medtem ko bi ponudba predlagateljice pod točko (2), ki je usklajena s predlagateljem pod točko (1) – če ne bi bila izključena na podlagi kake druge določbe – ostala v ocenjevanju. Po mnenju senata pa je treba ta vidik upoštevati pri drugem vprašanju za predhodno odločanje.
- 19 Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje izhajata iz dvomov senata, ali naštevanje neobveznih razlogov za izključitev iz člena 57(4) Direktive 2014/24/EU nasprotuje sklicevanju na načelo enakega obravnavanja, da se utemeljilo, da zaradi kršitve načela tajnosti v okviru konkurence ni mogoče upoštevati ponudb dveh ponudnikov, ki tvorita gospodarsko enoto.
- 20 Z drugim vprašanjem se želi razjasniti, ali je mogoče sodno prakso Sodišča (sodba z dne 16. decembra 2008, Michaniki, C-213/07, točka 44 in naslednja) prenesti na člen 57(4) Direktive 2014/24/EU.
- 21 V skladu s sodno prakso Sodišča glede Direktive 2004/18/ES je treba člen 2 te direktive razlagati tako, da nasprotuje oddaji javnega naročila ponudnikom, katerih povezave so vplivale na vsebino njihovih ponudb, predloženih v okviru istega postopka. Ponudbe morajo biti predložene povsem samostojno in neodvisno, če izhajajo od povezanih ponudnikov (sodba Specializuotas transportas, točka 38 in naslednja). Senat to razume tako, da javni naročnik –

drugače kot na podlagi člena 57(4) Direktive 2014/24/EU („lahko“) – v skladu s to sodno prakso nima nobene diskrecijske pravice.

- 22 Izključitev – ki sloni na splošnih načelih člena 97(1) in (2) GWB – pa lahko v primerih, kot je predmetni pride v poštev le takrat, ko seznam neobveznih razlogov za izključitev, določenih v členu 57(4) Direktive 2014/24/EU, nima izčrpnega značaja, ki bi nasprotoval izključitvi.
- 23 Sodišče je sicer odločilo, da izčrpni seznam izključitvenih razlogov, temelječih na manjkajoči strokovni sposobnosti, v členu 24(1) Direktive 93/[3]7/EGS o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje, ne izključuje možnosti držav članic, da ohranijo ali sprejmejo materialna pravila, katerih namen je zlasti, da se na področju javnih naročil zagotavlja spoštovanje načela enakega obravnavanja ter načela preglednosti, ki ga ta vsebuje, pri čemer ti načeli zavezujejo naročnike v vseh postopkih oddaje takega naročila (sodba Michaniki, točka 44 in naslednja). Dalje je odločilo, da bi bilo načelo enakega obravnavanja iz člena 2 Direktive 2004/18/ES kršeno, če bi se priznalo, da lahko povezani ponudniki predložijo usklajene – torej ne samostojne ne neodvisne – ponudbe, ki bi jim lahko prinesle neupravičene prednosti v razmerju do drugih ponudnikov (sodba Specializuotas transportas, točka 29), čeprav je tudi člen 45(2) te direktive vseboval seznam neobveznih razlogov za izključitev. Sodišče se je nazadnje v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanaša na direktivo 2014/24/EU sklicevalo na to sodno prakso (sodba z dne 11. julija 2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, točka 51 in naslednja).
- 24 Dvomi senata, na katerih temelji vprašanje za predhodno odločanje, pa izhajajo iz sistematike pravil. Točkama (e) in (f) člena 57(4) Direktive 2014/24/EU ustrezajoče razloge za izključitev, ki se ne navezujejo na kršitev obveznosti podjetja, temveč na nasprotje interesov in izkrivljenje konkurence na podlagi predhodne vključitve podjetja, namreč nista določala niti člen 24(1) Direktive 93/[3]7/EGS niti člen 45(2) Direktive 2004/18/ES. V literaturi se zato pojasnjuje, da naj bi zakonodajalec Unije z Direktivo 2014/24/EU izčrpno določil tudi izključitev iz razlogov enakega obravnavanja in preglednosti. Sodišče je sicer iz načel enakega obravnavanja in preglednosti izpeljalo, da morajo javni naročniki preveriti obstoj morebitnih nasprotij interesov in sprejeti ustrezne ukrepe, da preverijo, odkrijejo in odpravijo nasprotja interesov (sodba z dne 12. marca 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, točka 43). V členu 57(4)(f) in členu 41 Direktive 2014/24/EU je zakonodajalec Unije upošteval sodno prakso Sodišča – prav tako temelječo na načelu enakega obravnavanja – glede oseb, ki so bile vključene že v pripravo postopka oddaje javnega naročila (sodba z dne 3. marca 2005, Fabricom, C-21/03 in C-34/03, EU:C:2005:127, točka 26 in naslednje). Glede na pomen načela enakega obravnavanja in iz tega izhajajočih dolžnosti za javnega naročnika, ki jih je poudarilo Sodišče, pa se senat nagiba k stališču, da načelo enakega obravnavanja, neodvisno od širitve seznama neobveznih razlogov za izključitev iz člena 57(4) Direktive 2014/24/EU, še dalje nasprotuje upoštevanju ponudb povezanih podjetij, ki niso niti samostojne niti neodvisne. Četudi bi bilo treba upoštevati, da bi morali javni naročniki v skladu z uvodno

izjavo 101 Direktive 2014/24/EU pri uporabi teh – le – neobveznih razlogov za izključitev upoštevati zlasti načelo sorazmernosti, se senat nagiba k temu, da se na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovori nikalno.

- 25 Da nacionalna sodna praksa v nacionalnih določbah o obveznih in neobveznih razlogih za izključitev na podlagi zakonske sistematike vidi izčrpno ureditev, je po mnenju senata v skladu s sodno prakso Sodišča (sodba Michaniki, točka 43) in ne izključuje sklicevanja na načelo enakega obravnavanja zaradi utemeljitve neupoštevanja ponudb, ki sta ju podala ponudnika, katerih ponudbi sta bili dogovorjeni ali usklajeni.
- 26 Tretje vprašanje za predhodno odločanje se nanaša na vprašanje, ali je mogoče sodbo Specializuoctas transportas, ki se nanaša izključno na povezane ponudnike, ki ne tvorijo gospodarske enote, in v skladu s katero morajo biti ponudbe predložene samostojno in neodvisno, uporabiti za ponudbe ponudnikov, ki tvorijo gospodarsko enoto.
- 27 Po mnenju senata načelo enakega obravnavanja nasprotuje zlasti oddaji javnega naročila ponudnikom, ki tvorijo gospodarsko enoto in ne morejo predložiti niti samostojnih niti neodvisnih ponudb. Ne bi bilo dosledno, če bi se lahko povezanim podjetjem, ki niso gospodarska enota, dodelilo javno naročilo le pod pogojem, da so njihove ponudbe dejansko samostojne in neodvisne, podjetjem, ki pa tvorijo gospodarsko enoto in tega pogoja zato ne morejo izpolniti, pa brezpogojno.
- 28 Senat tako predlaga, da se na tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovori pritrdilo.