

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

JÁNA MAZÁKA,

predstavljeni 10. februarja 2009¹

I – Uvod

„Iz sodelovanja pri naročilu se lahko izključi vsak ponudnik storitev, ki:

1. Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sprašuje Sodišče, ali je seznam iz člena 29 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev² (v nadaljevanju: Direktiva 92/50), ki določa sedem razlogov za izključitev iz sodelovanja pri naročilu storitev, taksativen in je zato izključena možnost, da se v nacionalni zakonodaji družbam, ki so v razmerju odvisnosti, kakor je opredeljeno v členu 2359 italijanskega civilnega zakonika, prepove sočasno sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila.

- (a) je bankrotiral ali je v stečajnem postopku, tisti, s katerega poslovanjem upravlja sodišče, tisti, ki je sklenil dogovor z upniki, tisti, katerega poslovna dejavnost začasno miruje ali je v enakem položaju, ki izhaja iz podobnega postopka po nacionalnih zakonih in predpisih;

II – Pravni okvir

A – Zakonodaja Skupnosti

2. V členu 29 iz naslova VI, poglavja 2, Direktive 92/50 z naslovom „Merila za ugotavljanje usposobljenosti“ je določeno:

- (b) je predmet postopka za objavo stečaja, za nalog za prisilno poravnavo ali sodno

¹ – Jezik izvornika: angleščina.

² – UL L 209, str. 1.

upravljanje ali za dogovor z upniki ali v drugem podobnem postopku po nacionalnih zakonih in predpisih;

(f) ni izpolnil obveznosti v zvezi s plačevanjem davkov v skladu z zakonskimi predpisi države naročnika;

(c) je bil obsojen zaradi kaznivega dejanja v zvezi s svojim profesionalnim obnašanjem s sodbo, ki je pravnomočna, *res judicata*;

(g) je kriv resnih napačnih razlag danih informacij ali pa opustitve posredovanja informacij, ki se lahko zahtevajo v skladu s tem poglavjem.

[...]"

(d) je bil spoznan za krivega zaradi neprofesionalnega obnašanja, ki je bilo dokazano s sredstvi, ki jih naročniki upoštevajo kot upravičena;

B – Italijanska zakonodaja

(e) ni izpolnjeval obveznosti v zvezi s plačili prispevkov za socialno varnost v skladu z zakonskimi predpisi države, v kateri je bil ustanovljen, ali s predpisi države naročnika;

3. V uredbi-zakonu št. 157 z dne 17. marca 1995 za prenos Direktive 92/50/EGS o oddaji javnih naročil storitev (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi) (v nadaljevanju: uredba-zakon št. 157/1995)³ ni določena prepoved sodelovanja za družbe, ki so v razmerju odvisnosti.

3 – Redni dodatek h GURI št. 104 z dne 6. maja 1995.

4. V členu 10(1bis) zakona št. 109, okvirnega zakona o javnih naročilih gradenj (Legge Quadro in materia di lavori pubblici) z dne 11. februarja 1994⁴ (v nadaljevanju: člen 10(1-bis) zakona št. 109/94) je določeno:

dujočega vpliva na rednih skupščinah delničarjev;

„Družbe, ki so v enem od razmerij odvisnosti, določenih v členu 2359 civilnega zakonika, ne smejo sodelovati v istem postopku oddaje javnega naročila.“

- (3) družbe, ki so pod prevladujočim vplivom druge družbe na podlagi posebnih pogodbenih določil.

5. V členu 2359 civilnega zakonika z naslovom „Odvisne družbe in povezane družbe“ je določeno:

Za namene uporabe točk 1 in 2 prvega odstavka se upoštevajo tudi glasovi, ki jih imajo odvisne družbe, fiduciarne družbe in posredniki; ne upoštevajo se glasovi, ki jih imajo za račun tretjih oseb.

„Za odvisne družbe je treba šteti:

- (1) družbe, v katerih ima druga družba večino glasovalnih pravic, ki jih je mogoče izvrševati na rednih skupščinah delničarjev;

Družbe, v katerih druga družba izvršuje pomemben vpliv, se štejejo za povezane. Domneva se, da ima druga družba takšen vpliv, če lahko na redni skupščini delničarjev izvršuje vsaj eno petino vseh glasov oziroma eno desetino, če delnice družbe kotirajo na organiziranih trgih vrednostnih papirjev.“

- (2) družbe, v katerih ima druga družba dovolj glasovalnih pravic za izvrševanje prevla-

6. V zadnjem odstavku člena 34 novega zakona o javnih naročilih, potrjenega z uredbo-zakonom št. 163/06 z dne 12. aprila 2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attu-

4 – GURI št. 41 z dne 19. februarja 1994, redni dodatek.

azione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)⁵ (v nadaljevanju: uredba-zakon št. 163/06) (v obravnavanem primeru se *ratione temporis* ne uporablja) je določeno za vse postopke oddaje naročila, da „ponudniki, ki so v razmerju odvisnosti, kot je opredeljeno v členu 2359 civilnega zakonika, ne smejo sodelovati v istem postopku javnega naročanja. Naročniki iz takšnega postopka izključijo ponudnike, katerih ponudbe je mogoče pripisati istemu centru odločanja na podlagi nedvoumnih dokazov.“

(v nadaljevanju: Poste Italiane) in Assitur Srl (v nadaljevanju: Assitur).

III – Postopek v glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

7. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (zbornica za trgovino, industrijo, obrtništvo in kmetijstvo Milana; v nadaljevanju: CCIAAM) je z obvestilom z dne 30. septembra 2003 objavila javno povabilo k oddaji ponudb za sklenitev pogodbe o izvajanju kurirskih storitev v triletnem obdobju od l. 2004 do l. 2006 za, med drugim, CCIAAM, in sicer na temelju najnižje cene, pri čemer je osnovna nakupna cena 530.000 EUR brez DDV.

8. Po pregledu upravne dokumentacije, ki so jo predložili ponudniki, so bile v postopek objavljene družbe SDA Express Courier Spa (v nadaljevanju: SDA), Poste Italiane Spa

9. Družba Assitur je 12. novembra 2003 na podlagi razpisnih pogojev, ki so prepovedovali posameznim družbam, da sodelujejo tudi kot del skupine, zahtevala, naj se izključita družbi SDA in Poste Italiane zaradi njune tesne povezave.

10. Komisija, pristojna za oddajo naročila, je po ugotovitvi, da sta družbi SDA in Poste Italiane ločeno sodelovali v postopku oddaje ponudb, prešla na odpiranje ponudb. Nato je naložila osebi, ki je vodila postopek, naj preveri, ali obstaja med družbama SDA in Poste Italiane kakršna koli povezava, ki bi pomenila oviro za njuno sodelovanje v postopku.

11. Preiskava je razkrila, da so vse delnice družbe SDA v lasti družbe Attività Mobiliari Spa, ki je v celoti v lasti družbe Poste Italiane.

5 – GURI št. 100 z dne 2. maja 2006, redni dodatek št. 107.

Kljub temu je komisija, pristojna za oddajo naročila, izpostavila, da uredba-zakon št. 157/1995, s katerim je bila Direktive 92/50 prenesena v italijanski pravni red, ne prepoveduje sodelovanja družbam, ki so v razmerju odvisnosti. Komisija, pristojna za oddajo naročila, je ugotovila tudi, da ni trdnih in doslednih dokazov, ki bi vzbujali kakršen koli dvom, da sta bili kršeni načeli zagotavljanja konkurence in tajnosti ponudnikov. Komisija, pristojna za oddajo naročila, je tako predlagala, naj se naročilo storitev odda družbi SDA, ki je ponudila najnižjo ceno.

12. Z odločbo št. 712 z dne 2. decembra 2003 je CCIAAM oddala zadevno naročilo družbi SDA.

13. Družba Assitur s tožbo, vloženo na predložitvenem sodišču, zahteva, med drugim, ugotovitev ničnosti odločbe z dne 2. decembra 2003 in ugotovitev, da ima pravico biti izbrana kot uspešen ponudnik. Družba Assitur zatrjuje med drugim, da so bili v postopku odločanja kršeni člen 10(1bis) zakona št. 109/94 in razpisni pogoji. Družba Assitur zlasti zatrjuje, da bi morala komisija, pristojna za oddajo naročila, na podlagi člena 10(1bis) zakona št. 109/94, za katerega

meni, da se uporablja tudi pri oddaji naročil storitev, iz postopka izločiti tiste družbe, ki so v razmerju odvisnosti, kot je opredeljeno v členu 2359 civilnega zakonika.

14. Predložitveno sodišče meni, da člen 10(1-bis) zakona št. 109/94 jasno določa izključitev družb, ki so v razmerju odvisnosti, kot je opredeljeno v členu 2359 civilnega zakonika. Vsebuje neizpodbojno domnevo, da je ponudba, ki jo vloži odvisna družba, znana obvladujoči družbi. Poleg tega predložitveno sodišče meni, da v skladu z nacionalno sodno prakso na tem področju člen 10(1bis) zakona št. 109/94 varuje vitalne družbene interese („norma di ordine pubblico“) in se tako ne uporablja le za javna naročila gradenj, temveč tudi za naročila storitev in blaga. Po mnenju predložitvenega sodišča se torej zdi, da bi morala komisija, pristojna za oddajo naročila, takoj odrediti izključitev družb SDA in Poste Italiane, ki sta očitno v razmerju odvisnosti, kakor ga opredeljuje člen 2359 civilnega zakonika.

15. Kljub temu predložitveno sodišče meni, da zgoraj opredeljeni nacionalni zakonodajni okvir povzroča težave pri razlagi skladnosti

teh pravil s pravom Skupnosti, zlasti s členom 29 Direktive 92/50, kot ga je interpretiralo Sodišče v sodbi La Cascina in Zilch proti Ministero della Difesa in drugim⁶. V tej zadevi je Sodišče po navedbi, da določa člen 29 Direktive 92/50 sedem razlogov za izključitev kandidatov iz sodelovanja v postopku javnega naročanja, ugotovilo, da države članice ne smejo določiti dodatnih razlogov za izključitev poleg tistih, ki so navedeni v tem členu.

16. Vendar predložitveno sodišče navaja, da je namen pravila v členu 10(1bis) zakona št. 109/94, katerega obseg je bil razširjen z uredbo-zakonom št. 163/06, kaznovati usklajeno delovanje tesno povezanih družb v postopku oddaje javnega naročila. To pravilo torej utrjuje uporabo načela svobodne konkurence in dejansko ne nasprotuje členu 29 Direktive 92/50.

17. Na podlagi navedenih razlogov je Tribunale Amministrativo Regionale per la

Lombardia z odločbo z dne 5. decembra 2006 prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali člen 29 Direktive 92/50/EGS, s tem da našteva sedem primerov izključitve sodelovanja pri postopku oddaje javnega naročila storitev, vsebuje *numerus clausus* primerov izključitev in s tem nasprotuje, da se v členu 10 (1bis) zakona št. 109/94 (ki je bil nadomeščen s členom 34, zadnji odstavek, uredba-zakon št. 163/06) določi prepoved sočasnega sodelovanja v istem postopku oddaje javnega naročila za družbe, ki so v razmerju odvisnosti?“

IV – Postopek pred Sodiščem

18. Pisna in ustna stališča so posredovale CCIAAM, družba SDA, družba Poste Italiane, Republika Italija in Komisija. Poleg tega je družba Assitur na obravnavi z dne 4. decembra 2008 predstavila ustna stališča.

⁶ – Sodba z dne 9. februarja 2006 (C-226/04 in C-228/04, ZOdl., str. I-1347).

V – Dopustnost

19. CCIAAM in družba SDA menita, da vprašanje, ki je predloženo Sodišču za predhodno odločanje, ni dopustno. CCIAAM meni, da iz predloga za sprejetje predhodne odločbe jasno izhaja, da je po mnenju predložitvenega sodišča v členu 29 Direktive 92/50 pravna praznina, ker določba ne omogoča izključitve povezanih družb. Predložitveno sodišče tako ne sprašuje po razlagi člena 29 Direktive 92/50, temveč želi tej določbi dodati elemente. Družba SDA meni, da predložitveno sodišče ni ugotovilo povezave med družbama SDA in Poste Italiane, ki bi vodila v izkrivljanje postopka oddaje javnega naročila, zato ne more predlagati Sodišču, naj odloči v zadevi. Vprašanje za predhodno odločanje je namreč namenjeno zgolj ugotovitvi dejstev, za kar pa je pristojno izključno nacionalno sodišče.

20. V skladu z ustaljeno sodno prakso mora v okviru sodelovanja med Sodiščem in nacionalnimi sodišči na temelju člena 234 ES nacionalno sodišče, pred katerim je sprožen postopek in ki mora prevzeti odgovornost za poznejšo sodno odločitev, presoditi, glede na

posebnosti zadeve, tako potrebo po izdaji predhodne odločbe, da bi lahko izdalo sodbo, kot tudi ustreznost vprašanj, ki jih predlaga Sodišču. Zato ker se predloženi vprašanji nanašata na razlago prava Skupnosti, je Sodišče v načelu dolžno odločati.⁷

21. Vendar je Sodišče ugotovilo tudi, da mora v izjemnih primerih preučiti okoliščine, v katerih je nacionalno sodišče nanj naslovilo primer, da ugotovi, ali je pristojno. V skladu z ustaljeno sodno prakso je sprejetje predhodne odločbe o vprašanju, ki ga postavi nacionalno sodišče, mogoče zavrniti le, kadar je očitno, da zahtevana razlaga prava Skupnosti nima nikakršne zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, kadar gre za hipotetičen problem oziroma kadar Sodišče nima na voljo potrebnih dejanskih in pravnih elementov, da bi lahko koristno odgovorilo na postavljena vprašanja.⁸

22. V tem primeru ne gre za to.

7 – Sodbi z dne 12. aprila 2005 v zadevi Keller (C-145/03, ZOdl., str. I-2529, točka 33) in z dne 18. julija 2007 v zadevi Lucchini (C-119/05, ZOdl., str. I-6199, točka 43).

8 – Sodbe z dne 13. marca 2001 v zadevi PreussenElektra (C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 39); z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satellite Digital (C-390/99, Recueil, str. I-607, točka 19) in z dne 11. septembra 2008 v zadevi Eckelkamp in drugi (C-11/07, ZOdl., str. I-6845, točka 28).

23. Menim, da iz predloga za sprejetje predhodne odločbe jasno izhaja, da je Sodišče pozvano, naj pojasni, ali predložitveno sodišče po pravu Skupnosti, zlasti ob upoštevanju člena 29 Direktive 92/50 in sodne prakse v zvezi s tem členom, ne sme uporabiti nacionalne zakonodaje, ki izključuje iz postopka oddaje javnega naročila družbe, ki so v razmerju odvisnosti.

25. Tako se vprašanje za predhodno odločanje očitno nanaša na predmet postopka v glavni stvari, kot ga je opredelilo predložitveno sodišče, odgovor na to vprašanje pa bi sodišču koristil pri odločitvi, ali je izključitev družb iz obravnavanega postopka oddaje javnega naročila na podlagi člena 10(1bis) zakona št. 109/94 v skladu s pravom Skupnosti.

24. V postopku pred predložitvenim sodiščem družba Assitur zatrjuje, da bi morala CCIAAM v skladu s členom 10(1bis) zakona št. 109/94 izključiti iz postopka oddaje javnega naročila družbi, ki sta v razmerju odvisnosti, kot je opredeljeno v členu 2359 civilnega zakonika. CCIAAM ter družbi SDA in Poste Italiane po drugi strani zatrjujejo, da v skladu s sodbo Sodišča v zadevi La Cascina in Zilch⁹ države članice ne morejo določiti drugih razlogov za izključitev kandidatov iz postopka oddaje javnega naročila kot tistih, ki so že opredeljeni v členu 29 Direktive 92/50. CCIAAM in družbi SDA in Poste Italiane navajajo, da na taksativnem seznamu razlogov za izključitev iz člena 29 Direktive 92/50 ni družb, ki so v razmerju odvisnosti. Kljub temu predložitveno sodišče meni, da je člen 10(1bis) zakona št. 109/94 določba, ki je namenjena kaznovanju usklajenega delovanja družb, utrjuje skrbno uporabo načela svobodne konkurence in je tako v skladu z, med drugim, členom 81 ES in naslednjimi.

26. Poleg tega menim v nasprotju z navedbo družbe SDA, da vprašanje za predhodno odločanje ne zahteva ugotovitve, ali in v kakšni meri sta družbi SDA in Poste Italiane dejansko povezani. Kot je pravilno poudarila družba SDA, je to vprašanje izključno v pristojnosti nacionalnega sodišča.

27. V tem okviru menim, da bi moralo Sodišče predlog za sprejetje predhodne odločbe šteti za dopustnega.

⁹ – Navedena v opombi 6.

VI – Materialna vprašanja

postopka oddaje javnega naročila ne zadošča zgolj kapitalna udeležba ene družbe v drugi brez dokaza o operativni povezavi.

A – Stališča, predložena Sodišču

28. Na obravnavi z dne 4. decembra 2008 je družba Assitur navedla, da seznam iz člena 29 Direktive 92/50 ni taksativen. V primeru, kot je obravnavani, ko dve družbi sodelujeta v postopku oddaje javnega naročila in eno 100-odstotno obvladuje druga, je treba njuno sodelovanje šteti za nezakonito, saj nedvomno krši načelo zagotavljanja konkurence, ki ga je treba varovati.

29. CCIAAM meni, da če ni pravnih določil, ki bi prepovedovale sodelovati v postopku oddaje javnega naročila storitev družbam, ki so v razmerju odvisnosti, ali kakršne koli določbe v tej smeri v obvestilu o javnem naročilu, družb Poste Italiane in SDA ni mogoče samodejno izključiti iz postopka oddaje obravnavanega naročila. Poleg tega je komisija, pristojna za oddajo naročila, ugotovila, da razmerje med družbama SDA in Poste Italiane ni takšno, da bi vplivalo na preglednost in pravilno ravnanje v postopku odločanja. Po pravu Skupnosti za izključitev iz

30. Družbi SDA in Poste Italiane ter Republika Italija menijo, da v skladu s sodbo La Cascina in Zilch¹⁰ člen 29 Direktive 92/50, ki določa sedem razlogov za izključitev kandidatov iz sodelovanja pri javnem naročanju, zagotavlja, da države članice ne morejo določiti drugih razlogov za izključitev kot tistih, ki so tam že navedeni. Tako po mnenju družbe SDA člen 29 Direktive 92/50 preprečuje sprejetje takšnih nacionalnih pravil, kot je člen 10(1bis) zakona št. 109/94.

31. Družba Poste Italiane prav tako meni, da člen 10(1bis) zakona št. 109/94 z vzpostavitev absolutne domneve o usklajenem delovanju družb, ki so v razmerju odvisnosti, prej slabi kot utrjuje načelo zagotavljanja konkurence. Določba preprečuje sočasno sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila družbam, pri katerih razmerje odvisnosti in obvladovanja nima za posledico usklajenega delovanja, in s tem omejuje število ponudnikov.

10 – Navedena v opombi 6.

32. Republika Italija zatrjuje, da medtem ko člen 29 Direktive 92/50 izključuje družbe na podlagi njihovega osebnega (ali splošnega) statusa, člen 10(1bis) zakona št. 109/94 objektivno ureja različne ponudbe tako, da izključuje tiste, ki so dejansko delo enega centra odločanja in ki zato nimajo nujno potrebne stopnje neodvisnosti, trdnosti in zanesljivosti. Namen določbe je omogočiti komisiji, pristojni za oddajo naročila, da učinkovito zagotovi konkurenčnost postopka javnega naročanja in da onemogoči vsako morebitno usklajevanje. Republika Italija tako meni, da člen 29 Direktive 92/50 državam članicam ne preprečuje sprejetja izključitvenih klavzul z namenom ureditve drugih objektivnih položajev, v katerih večje število ponudb ne zagotavlja učinkovite konkurence med njimi.

plačilne zmožnosti in zanesljivosti. Vendar pa člen 29 ne preprečuje državam članicam, da sprejmejo druge razloge za izključitev, ki ne temeljijo na kandidatovi poklicni poštenosti, plačilni zmožnosti ali zanesljivosti, temveč na potrebi po zagotovitvi pravilnega poteka postopka javnega naročanja in zlasti spoštovanju načela enakega obravnavanja. Če upoštevamo, da je ponudba družbe, ki je odvisna od druge družbe, zadnji zagotovo znana in jo ta lahko celo „obvladuje“, je namen člena 10(1bis) zakona št. 109/94 zagotoviti učinkovito konkurenco in enako obravnavo ponudnikov. Komisija prav tako poudarja, da lahko skupina družb z usklajenimi ponudbami vpliva na določitev praga za neobičajno nizke ponudbe in tako povzroči izključitev ponudnikov, ki niso del skupine.

33. Komisija meni, da v skladu s sodbo La Cascina in Zilch člen 29 Direktive 92/50 določa taksativen seznam sedmih razlogov za izključitev kandidatov iz sodelovanja pri postopkih javnega naročanja, ki se nanašajo na njihovo poklicno poštenost, plačilno zmožnost in zanesljivost. Tako države članice ne smejo določiti drugih razlogov za izključitev na temelju kandidatove poklicne poštenosti,

34. Čeprav člen 10(1bis) zakona št. 109/94 zasleduje legitimen cilj po zagotovitvi enakega obravnavanja, Komisija meni, da po naravi ni sorazmeren, saj ne omogoča ponudnikom, ki so v razmerju odvisnosti, da dokažejo, da so ponudbe dejansko samostojno sestavili in da njihova vsebina ni znana obvladujoči družbi. Komisija torej meni, da neizpodbojna domneva iz člena 10(1bis) zakona št. 109/94 dejansko ne spodbuja konkurence.

35. Menim, da iz sodbe La Cascina in Zilch jasno izhaja, da člen 29 Direktive 92/50 taksativno določa sedem razlogov, na katere se država članica lahko¹¹ sklicuje pri izključitvi kandidatov iz sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila storitev v povezavi z njihovo strokovno usposobljenostjo, zlasti njihovo poklicno poštenostjo, plačilno zmožnostjo ali zanesljivostjo.¹²

36. Tako člen 29 Direktive 92/50 onemogoča državam članicam, da določijo dodatne razloge za izključitev, ki temeljijo na kandida-

37. Ta pristop je nedavno potrdilo Sodišče v sodbi Michaniki¹⁴ v zvezi s členom 24 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje.¹⁵ Člen 24 Direktive 93/37 določa sedem razlogov za izključitev kandidatov iz sodelovanja v postopku naročanja, ki temeljijo na njihovi poklicni poštenosti, plačilni zmožnosti in zanesljivosti ter ki ustrezajo razlogom iz člena 29 Direktive 92/50.

38. Vendar taksativni seznam sedmih razlogov iz člena 29 Direktive 92/50 ne preprečuje državam članicam, da ohranijo ali sprejmejo druge razloge, ki so na področju javnega naročanja namenjeni predvsem zagotavljanju spoštovanja načela enakega obravnavanja in načela preglednosti. Ta načela, ki so bistvena za direktive o postopkih oddaje javnih naročil, morajo spoštovati naročniki v vseh postopkih oddaje takšnega naročila in pomenijo zlasti, da morajo biti ponudniki v enakopravnem položaju, ko oblikujejo ponudbe in ko te ponudbe presoja naročnik. Država članica tako lahko ob sedmih razlogih

11 – Dejansko države članice niso dolžne sprejeti takšnih ukrepov za izključitev, saj je zaradi uporabe izraza „lahko“ (namesto „morajo“) v členu 29 Direktive 92/50 njihovo sprejetje zgolj fakultativno. Medtem ko je mogoče težko uskladiti dejstvo, da je sprejetje teh razlogov za izključitev za države članice fakultativno, z dejstvom, da so razlogi izključujoči, je Sodišče v sodbi La Cascina in Zilch potrdilo, da „[...] člen 29 Direktive 92/50 na tem področju ne predvideva enotne uporabe razlogov za izključitev, ki so v njej navedeni na ravni Skupnosti, ker imajo države članice možnost, da sploh ne uporabijo vseh razlogov za izključitev in se odločijo za čim širše sodelovanje v postopkih oddaje javnih naročil ali da jih vključijo v nacionalne predpise s stopnjo strogosti, ki bi se, odvisno od primera, lahko spreminjala glede na ugotovitve pravne, gospodarske ali socialne ureditve, ki prevladuje na nacionalni ravni. V tem okviru lahko države članice omilijo merila, določena v členu 29 Direktive, ali jih opredelijo prožneje.“ Glej točko 23.

12 – Glej podobno točko 21 v sodbi La Cascina in Zilch, navedeni v opombi 6.

13 – Glej podobno točko 22 v sodbi La Cascina in Zilch, navedeni v opombi 6.

14 – Glej v zvezi s tem sodbo z dne 16. decembra 2008 (C-213/07, ZOdl., str. I-9999, točke od 41 do 43).

15 – UL L 199, str. 54, kot jo spreminja Direktiva 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997, UL L 328, str. 1 (Direktiva 93/37).

za izključitev, ki temeljijo na objektivni presoji strokovne usposobljenosti in so taksativno navedeni v členu 29 Direktive 92/50, določijo druge razloge za izključitev, katerih namen je zagotoviti enako obravnavanje vseh ponudnikov in preglednost postopkov oddaje javnega naročila.¹⁶

darski ali socialni ureditvi same najboljše opredelijo položaje, ki lahko vodijo v kršitve načel enakega obravnavanja vseh ponudnikov in preglednosti postopkov oddaje javnega naročila, je Sodišče potrdilo v sodbi Michaniki, da imajo države članice pri sprejetju ukrepov za zagotovitev spoštovanja teh načel določeno polje diskrecije. Vendar pa v skladu z načelom sorazmernosti, ki je eno temeljnih načel prava Skupnosti, ti ukrepi ne smejo presegati okvirja, ki je potreben za doseg tega cilja.¹⁷

39. Ker lahko države članice glede na preudarke o lastni specifični pravni, gospo-

16 – Glej v zvezi s tem sodbo Michaniki, točke od 44 do 47, in tam navedeno sodno prakso. V točki 47 sodbe Michaniki je Sodišče navedlo, da „[i]z tega sledi, da mora država članica *poleg* izključitvenih razlogov, ki temeljijo na objektivni presoji strokovne usposobljenosti in so izčrpno naštet v členu 24, prvi pododstavek, Direktive 93/37, določiti izključitvene ukrepe, namenjene temu, da se v postopkih oddaje javnih naročil zagotavlja spoštovanje načela enakega obravnavanja vseh ponudnikov in načela preglednosti“ (poudarek dodan). Menim, da uporaba besede „poleg“ v zadevni točki lahko ustvari vtis, da je mogoče sedmim razlogom za izključitev iz člena 24 Direktive 93/37 in ob uporabi analogije tudi tistim, ki so v členu 29 Direktive 92/50, dodati druge razloge. To očitno ni bil namen Sodišča. V besedilu zgoraj sem uporabil besedo „ob“, da poudarim, da so izključitveni ukrepi za zagotovitev spoštovanja načel enakega obravnavanja vseh ponudnikov in preglednosti v postopkih oddaje javnega naročila drugačne vrste ali narave kot tisti izključitveni razlogi, ki so vsebovani v členu 24 Direktive 93/37 in členu 29 Direktive 92/50. Dejstvo, da člena 24 Direktive 93/37 in 29 Direktive 92/50 vsebujeta taksativen seznam razlogov za izključitev kandidatov na temelju njihove strokovne usposobljenosti, po mojem mnenju potrjuje člen 45 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114). Člen 45(2) Direktive 2004/18 ponavlja sedem razlogov za izključitev na temelju strokovne usposobljenosti, ki so vsebovani v členu 24 Direktive 93/37 in členu 29 Direktive 92/50. Vendar pa je dodana povsem nova in ločena skupina obveznih razlogov za izključitev kandidatov v členu 45(1) Direktive 2004/18, ki med drugim temeljijo na tem, ali so bili kandidati obsojeni zaradi sodelovanja v organiziranem kriminalu, korupciji in goljufiji.

17 – V zvezi s tem glej sodbo Michaniki (navedena v opombi 14), točke 55, 56 in 48, in tam navedena sodna praksa. Medtem ko sodba Michaniki zadeva nacionalno določbo, ki vzpostavlja splošni sistem nezdružljivosti med gradbenim sektorjem in sektorjem informacijskih medijev, zaradi katere so iz postopka javnega naročanja izključene družbe, ki delujejo tudi v medijskem sektorju, menim, da se *ratio* ali pravna načela, na katerih temelji ta sodba, splošno uporabljajo na področju postopkov javnega naročanja in tako nikakor niso specifična za – ali omejena na – medijski sektor. Tako nacionalne določbe, ki so namenjene uveljaviti načela enakega obravnavanja in so po naravi sorazmerna, načeloma niso v nasprotju z določbami prava Skupnosti, ki urejajo postopke javnega naročanja.

40. Iz predloga za sprejetje predhodne odločbe jasno izhaja, da je želel italijanski zakonodajalec s sprejetjem člena 10(1bis) zakona št. 109/94 zagotoviti pravilen in pregleden potek postopkov oddaje javnega naročila.¹⁸ Po navedbah predložitvenega sodišča je italijanski zakonodajalec menil, da bodo ponudbe, ki sicer formalno prihajajo iz dveh ali več pravno samostojnih družb, vendar jih je mogoče povezati z enim samim interesnim centrom, nepopravljivo in škodljivo vplivale na pošteno konkurenco in tekmovalnost. Glede na navedbe v predlogu za sprejetje predhodne odločbe nastane takšen položaj po mnenju italijanskega zakonodajalca, kadar gre za odvisne družbe ali družbe, v katerih se izvaja pomemben vpliv, kot je opredeljeno v členu 2359 civilnega zakonika. Odvisnih družb torej ni mogoče šteti za tretje osebe v razmerju do obvladujočih družb in zato niso upravičene vložiti druge ponudbe v istem postopku oddaje javnega naročila.¹⁹

41. Menim, da iz zgoraj navedenega jasno izhaja, da se člen 10(1bis) zakona št. 109/94 ne nanaša na poklicno poštenost, plačilno zmožnost in zanesljivost kandidatov. Kljub nekaterim navedbam Komisije na obravnavi z dne 4. decembra 2008 menim, da člen 10(1bis) zakona št. 109/94 ni namenjen izključevanju kandidatov, ki so bili v skladu s členom 29(d) Direktive 92/50 „spoznani za krive zaradi neprofesionalnega obnašanja, ki je bilo dokazano s sredstvi, ki jih naročniki upoštevajo kot upravičena“. Člen 10(1bis) zakona št. 109/94 se dejansko ne nanaša na ravnanje kandidatov, temveč želi vnaprej izključiti položaje, v katerih bi lahko samo razmerje med določenimi družbami, ki sodelujejo v postopku javnega naročanja, izkrivilo ta postopek.²⁰

18 – Predložitveno sodišče je jasno navedlo v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, da je člen 10(1bis) zakona 109/94 namenjen zaščiti vitalnih družbenih interesov („norma di ordine pubblico“). Člen 10(1bis) zakona 109/94 se uporablja splošno in tako tudi za naročila storitev in blaga, ne glede na to, ali se je naročnik izrecno skliceval na to določbo. Glej zgoraj točko 14.

19 – Republika Italija se je na obravnavi sklicevala na dejstvo, da je bil zadevni nacionalni ukrep sprejet po številnih škandalih na področju javnega naročanja. Poleg tega je Komisija podala v pisnih in ustnih stališčih primere, na kakšen način lahko družba, ki obvladuje drugo družbo, izkrivlja postopek javnega naročanja, v katerem sodelujeta obe družbi.

20 – Sicer je to odvisno od presoje predložitvenega sodišča, vendar se zdi, da člen 10(1bis) zakona št. 109/94 ne ureja usklajenega ravnanja v smislu člena 81 ES. Prej se zdi, da člen 10(1bis) zakona št. 109/94 ureja položaje, ko dve ali več formalno ločenih družb, ki dejansko tvorijo eno gospodarsko enoto, sočasno sodeluje v postopku javnega naročanja in s tem kršijo enako obravnavo vseh ponudnikov in preglednost postopkov oddaje javnega naročila. Če ni sporazuma ali usklajenega ravnanja družb, se člen 81 ES ne uporablja. Glej sodbo z dne 24. oktobra 1996 v zadevi Viho proti Komisiji (C-73/95 P, Recueil, str. I-5457, točke od 48 do 51).

42. Na podlagi informacij, ki jih je predložilo predložitveno sodišče, menim, da je člen 10(1-bis) zakona št. 109/94 namenjen zagotavljanju enakega obravnavanja vseh ponudnikov in preglednosti postopkov oddaje javnega naročila ter da je treba pravo Skupnosti razlagati tako, da načeloma ne nasprotuje sprejetju takšnih nacionalnih ukrepov. Vendar pa mora biti zadevni ukrep skladen z načelom sorazmernosti.²¹

domneva ni izpodbojna in je ni mogoče ovreči niti z dokazom, da je odvisna družba ponudbo sestavila povsem samostojno.

43. Po navedbah predložitvenega sodišča člen 10(1bis) zakona št. 109/94 določa izključitev družb iz postopka oddaje javnega naročila, kadar so v razmerju odvisnosti. Poleg tega izključitev, do katere pride samodejno, temelji na domnevi, da je ponudba odvisne družbe znana obvladujoči družbi. Ta

44. Menim, da nacionalni ukrep, kot je obravnavani v postopku v glavni stvari, ki povzroči samodejno izključitev nekaterih ponudnikov iz postopka oddaje javnega naročila po naravi ni sorazmeren, saj ne omogoča družbam, ki so v razmerju odvisnosti, da dokažejo, da so pripravile ponudbe na način, ki ne krši načela enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti postopkov javnega naročanja.²²

²¹ – Glej zgoraj točko 39.

²² – Dejansko ima lahko uporaba takšnega nacionalnega ukrepa za posledico, da osebe ne smejo sodelovati v postopkih javnega naročanja, čeprav njihovo sodelovanje v ničemer ne ogroža enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti postopkov oddaje javnih naročil.

VII – Predlog

45. Sodišču zato predlagam, naj na vprašanje Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia odgovori:

- „člen 29 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev je treba razlagati tako, da vsebuje taksativen seznam razlogov, ki temeljijo na objektivni presoji strokovne usposobljenosti in lahko opravičujejo izključitev ponudnika iz sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila storitev. Vendar člen 29 ne preprečuje državam članicam, da sprejmejo dodatne izključitvene razloge za zagotovitev spoštovanja načel enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti, pod pogojem, da takšni razlogi ne presejajo tega, kar je nujno za doseg tega cilja.

- Pravo Skupnosti je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalnim določbam, ki sicer zasledujejo legitimne cilje zagotavljanja enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti postopkov oddaje javnega naročila, vendar določajo samodejno izključitev iz postopka oddaje javnega naročila za tiste ponudnike, ki so v razmerju odvisnosti, kot je opredeljeno v nacionalnem pravu, ne da bi jim dale možnost dokazati, da v okoliščinah posameznega primera to razmerje ni imelo za posledico kršitev načel enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti“.