



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (šesti senat)

z dne 28. februarja 2012*

„Državne pomoči — Državna pomoč avstrijskih organov skupini Grazer Wechselseitige (GRAWE) v okviru privatizacije Bank Burgenland — Odločba, s katero je državna pomoč razglašena za nezdružljivo s skupnim trgom in je odrejeno njeno vračilo — Merilo zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu — Uporaba v položaju, v katerem država deluje v vlogi prodajalca — Določitev tržne cene“

V združenih zadevah T-268/08 in T-281/08,

Land Burgenland (Avstrija), ki jo zastopata U. Soltész in C. Herbst, odvetnika,

tožeča stranka v zadevi T-268/08,

Republika Avstrija, ki jo zastopajo G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann in J. Bauer, zastopniki,

tožeča stranka v zadevi T-281/08,

proti

Evropski komisiji, ki so jo sprva zastopali V. Kreuzschitz, N. Khan, K. Gross in T. Maxian Rusche, nato V. Kreuzschitz, N. Khan in T. Maxian Rusche, zastopniki,

tožena stranka,

zaradi predloga za razglasitev ničnosti Odločbe Komisije z dne 30. aprila 2008 o državni pomoči št. C 56/06 (ex NN 77/06) Avstrije za privatizacijo banke Bank Burgenland (2008/719/ES) (UL L 239, str. 32),

SPLOŠNO SODIŠČE (šesti senat),

v sestavi M. Jaeger, predsednik, N. Wahl (poročevalec) in S. Soldevila Fragoso, sodnika,

sodna tajnica: T. Weiler, administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 18. maja 2011

izreka naslednjo

* Jezik postopka: nemščina.

Sodbo

Dejansko stanje

Hypo Bank Burgenland AG in Ausfallhaftung

- 1 Banka Hypo Bank Burgenland AG (v nadaljevanju: BB) je bila do privatizacije regionalna banka v obliki delniške družbe avstrijskega prava s sedežem v Eisenstadtu (Avstrija). Njene dejavnosti, ki so bile sprva v glavnem dajanje hipotekarnih posojil ter izdajanje hipotekarnih in komunalnih obveznic, so se postopoma razširile na vse bančne in finančne storitve. Banka BB je imela leta 2005 bilančno vrednost približno 3,3 milijarde EUR in je bila v 100-odstotni lasti Land Burgenland (zvezna dežela Gradiščanska).
- 2 V skladu s členom 4 Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (avstrijski zakon o hipotekarnih bankah Land Burgenland, LGB1 št. 58/1991), v izdaji po sprejetju zakona LGB1 št. 63/1998, je Land Burgenland v primeru plačilne nesposobnosti banke BB za vse njene obveznosti jamčila kot porok v smislu člena 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (avstrijski civilni zakonik). Na podlagi teh določb imajo upniki banke neposredno pravico do garanta, ki pa mora ukrepati le, če sredstva banke ne zadostujejo za poplačilo terjatev.
- 3 Ta sistem garancije za izpolnjevanje obveznosti, ki je namenjena javnim posojilnim ustanovam (imenovana „Ausfallhaftung“), natančneje tiste, ki jo je zvezna dežela odobrila banki BB in njenim prednikom, obstaja v praktično nespremenjeni obliki že od leta 1928. Ni niti časovno niti količinsko omejena. V skladu z zakonsko ureditvijo jamstva (Gewährträgerhaftung), ki je začela veljati 29. junija 1991, je Land Burgenland prejela provizijo za zagotovitev zakonskega poročstva. Na podlagi sporazuma med Komisijo Evropskih skupnosti in Republiko Avstrijo, katerega posledica je bil Sklep Komisije C(2003) 1329 konč. z dne 30. aprila 2003 o pomoči E 8/02 (UL C 175, str. 8), je bilo treba garancijo Ausfallhaftung odpraviti do 1. aprila 2007. Praviloma je garancija Ausfallhaftung še naprej krila vse obveznosti, ki so obstajale 2. aprila 2003, dokler niso zapadle. Za obdobje od 2. aprila 2003 do 1. aprila 2007 se je garancija Ausfallhaftung lahko ohranila za novo nastale obveznosti, če zapadejo pred 30. septembrom 2017.

Pomoči za prestrukturiranje banke BB, ki jih je Komisija odobrila leta 2004

- 4 Po prevari v zvezi s posojili družbi HOWE Bau AG, ki je bila odkrita med preverjanjem letnega poročila za leto 1999, se je banka BB znašla v resnih finančnih težavah. Land Burgenland je zato 20. junija 2000 sklenila garancijsko pogodbo v vrednosti 171 milijonov EUR, povečani za 5-odstotne obresti, da bi pokrila neizterljive terjatve zoper banko BB, ki bi pomenile čezmerno bilančno zadolžitev te družbe. Poleg tega je bil za kritje dodatnih dvomljivih terjatev, odkritih po obsežnem preverjanju, z glavnim upnikom banke BB, in sicer banko Bank Austria Creditanstalt AG, 23. oktobra 2000 sklenjen okvirni sporazum. V tem sporazumu so bili določeni odpoved terjatvam banke Bank Austria Creditanstalt do banke BB, sporazum o izboljšavi stanja med navedenima pogodbenicama ter garancija Land Burgenland v višini 189 milijonov EUR.
- 5 Republika Avstrija je z dopisom z dne 18. junija 2002 in z dopolnilnimi obvestili z dne 3. julija 2002 in 9. septembra 2002 Komisiji priglasila garancijske sporazume, ki jih je sklenila Land Burgenland, in ji predložila načrt za prestrukturiranje banke BB.
- 6 Komisija je z dopisom z dne 26. junija 2003 avstrijskim organom sporočila svoj sklep, da bo v zvezi z opisanimi pomočmi uvedla postopek iz člena 88(2) ES.

- 7 Avstrijski organi so z dopisom z dne 19. decembra 2003 sporočili, da nameravajo v okviru privatizacijskega postopka banke BB zadevne pomoči prilagoditi.
- 8 Komisija je z dopisom z dne 21. januarja 2004 Republiki Avstriji posredovala svoj sklep o razširitvi formalnega postopka, ki ga je uvedla v skladu s členom 88(2) ES, na načrtovane spremembe pomoči za prestrukturiranje banke BB.
- 9 Komisija je 7. maja 2004 sprejela Odločbo 2005/691/ES o državni pomoči Avstrije št. C 44/03 (ex. NN 158/01) za banko BB (UL 2005, L 263, str. 8) (v nadaljevanju: odločba iz leta 2004). Komisija je v bistvu menila, da sta bila oba garancijska sporazuma Land Burgenland v korist banke BB državni pomoči, zlasti ker sta bila ta ukrepa sprejeta pod pogoji, ki ne bi bili sprejemljivi za zasebnega vlagatelja in ki banko BB umetno uvrščajo na boljše mesto kakor njene konkurente. Poleg tega ta ukrepa in njihuni vplivi na sedanje in potencialne konkurente iz drugih držav članic izkrivljajo konkurenco oziroma ji predstavljajo grožnjo in ovirajo trgovanje med državami članicami. Komisija je vseeno sklenila, da sta bila v skladu s členom 87(3)(c) ES v povezavi s Smernicami Skupnosti o državni pomoči za reševanje in prestrukturiranje podjetij v težavah (UL 1999, C 288, str. 2) sporna ukrepa prestrukturiranja združljiva s skupnim trgov. V okviru preizkusa dolgoročne sposobnosti preživetja podjetja, ki je prejemnik pomoči, je Komisija poudarila, da je svojo presojo utemeljila s podatki, ki so ji jih predložili avstrijski organi, zlasti s časovnim načrtom za zaključek načrtovane privatizacije banke BB.

Sporni ukrep, ki je bil sprejet v okviru privatizacije banke BB

- 10 Po dveh neuspešnih poizkusih v letih 2003 in 2005 je Land Burgenland začela tretji postopek za privatizacijo banke BB, katerega izvajanje je bilo zaupano naložbeni banki HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA iz Düsseldorfa (Nemčija) v sodelovanju s HSBC plc iz Londona (Združeno kraljestvo) (v nadaljevanju: skupaj: HSBC). Ta postopek se je začel oktobra 2005, ko je bil v tisku objavljen javni razpis.
- 11 Od 14 ponudnikov, ki so formalno izrazili interes za predložitev ponudbe, so zgolj trije pravočasno predložili popolne okvirne ponudbe, in sicer v višini 65 milijonov, 100 milijonov oziroma 140 milijonov EUR, ter vstopili v drugo fazo javnega razpisa, v kateri je morala biti najkasneje do 6. februarja 2006 predložena zavezujoča ponudba. Zavezujočo ponudbo sta predložila dva ponudnika, in sicer avstrijska zavarovalna družba Grazer Wechselseitige Versicherung AG skupaj z GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (v nadaljevanju: GRAWE) in avstrijsko-ukrajinski konzorcij, v katerega so bile povezane avstrijski družbi SLAV AG in SLAV Finanzbeteiligung GmbH ter ukrajinski delniški družbi Ukrpodshipnik in Ilyich (v nadaljevanju: konzorcij). Ti ponudbi sta bili nato predmet individualnega pregleda in pogajanj, ki so se končala 4. marca 2006.
- 12 Land Burgenland je 5. marca 2006 banko BB prodala družbi GRAWE, čeprav je bila nakupna cena, ki jo je ta ponudila (100,3 milijona EUR), precej nižja od cene, ki jo je ponudil konzorcij (155 milijonov EUR). Odločitev je zlasti temeljila na pisnem priporočilu naložbene banke HSBC z dne 4. marca 2006, dopolnjenem z ustnimi obrazložitvami članom vlade Land Burgenland na dan odločitve. V priporočilu družbe HSBC je bilo v bistvu navedeno, da čeprav bi morala biti glede na predlagano nakupno ceno sprejeta odločitev v korist konzorcija, se ob upoštevanju drugih izbirnih meril, in sicer zanesljivosti plačila kupnine, neprekinjenega delovanja banke BB ob izognitvi uporabi garancije Ausfallhaftung, dokapitalizacije in varnosti transakcije, priporoča, da se banka BB proda družbi GRAWE.
- 13 Prodaja banke BB, ki so jo organi Land Burgenland formalno odobrili 7. marca 2006, je bila izvedena 12. maja 2006. Pred sklenitvijo posla je banka BB v okviru garancije Ausfallhaftung izdala obveznice v vrednosti 700 milijonov EUR, od katerih je 350 milijonov vpisala podružnica družbe GRAWE. Nazadnje, zaradi privatizacije se je prehodno obdobje uporabe garancije Ausfallhaftung, navedeno v točki 3 zgoraj, predčasno izteklo z dnem sklenitve posla.

Upravni postopek

- 14 Komisija je 4. aprila 2006 prejela pritožbo konzorcija, da je Republika Avstrija v postopku privatizacije banke BB kršila pravila o državni pomoči. Pritožnik je med drugim zatrjeval, da se postopek javnega razpisa, ki naj bi bil nepošten in nepregleden ter diskriminacijski do njega, ni končal s prodajo banke BB najboljšemu ponudniku (konzorciju), ampak družbi GRAWE.
- 15 Avstrijski organi so z dopisoma z dne 15. maja in 1. junija 2006 odgovorili na zahtevo Komisije za posredovanje podatkov z dne 12. aprila 2006. Nato je bilo 27. junija 2006 organizirano srečanje med predstavniki Republike Avstrije in Komisije, 17. julija 2006 pa je Komisija poslala drugo zahtevo za posredovanje podatkov, na katero so avstrijski organi odgovorili 18. septembra 2006. Konzorcij je Komisiji posredoval dodatne informacije 21. aprila in 2. junija 2006.
- 16 Komisija je z dopisom z dne 21. decembra 2006 avstrijske organe obvestila o svoji odločitvi v zvezi s prodajo banke BB družbi GRAWE, da uvede formalni postopek preiskave, določen v členu 88(2) ES. Ta odločitev je bila objavljena v *Uradnem listu Evropske unije* 8. februarja 2007 (UL C 28, str. 8).
- 17 Republika Avstrija je 1. marca 2007 Komisiji predložila svoje pripombe o tej odločitvi o uvedbi postopka. Poleg tega je Komisija prejela nekaj pripomb in informacij zainteresiranih oseb, med katerimi sta bili družba GRAWE in konzorcij, o katerih so se avstrijski organi izjavili. Odvilo se je tudi več srečanj med predstavniki Republike Avstrije in Komisije. Nazadnje, avstrijski organi so Komisiji večkrat poslali pripombe in dodatne dokumente.
- 18 Komisija je 30. aprila 2008 sprejela Odločbo 2008/719/ES o državni pomoči C 56/06 (ex NN 77/06) Avstrije za privatizacijo banke BB (UL L 239, str. 32) (v nadaljevanju: izpodbijana odločba).

Izpodbijana odločba

- 19 Komisija v izpodbijani odločbi med drugim opozarja, da se pri presoji ukrepa, sprejetega v okviru privatizacije, glede na pravila o državnih pomočeh opira na več načel, ki jih je določila v *XXIII. poročilu o politiki konkurence* iz leta 1993 (točka 402 in naslednje) in v svoji predhodni praksi. Pogoji, na katere je opozorjeno v tem poročilu, na podlagi katerih je mogoče sklepati, da ne gre za državno pomoč v smislu člena 87(1) ES, naj v tej zadevi ne bi bili izpolnjeni.
- 20 Ko se izreka o tem, ali prodaja banke BB družbi GRAWE pomeni državno pomoč, Komisija najprej navaja, da je treba sredstva Land Burgenland (ki je ena od devetih avstrijskih zveznih dežel) obravnavati kot pomoč, „ki jo dodeli država članica, ali kakršno koli vrsto pomoči iz državnih sredstev“. Komisija poleg tega ugotavlja, da družba GRAWE deluje na mednarodni ravni, tako da bi kakršna koli prednost zaradi državnih sredstev ogrozila konkurenco v bančnem sektorju in vplivala na trgovino v Skupnosti. Glede vprašanja, ali je družba GRAWE pridobila selektivno prednost, Komisija poudarja, da je treba ugotoviti, ali se je Land Burgenland vedla kot zasebni prodajalec (preizkus zasebnega prodajalca).
- 21 Glede zadnjega vidika, ob opozorilu, da je Land Burgenland od konzorcija prejela ponudbo, ki je po nominalni vrednosti presegala ponudbo družbe GRAWE za 54,7 milijona EUR, Komisija navaja, da bi zasebni akter pod tržnimi pogoji sicer lahko sprejel najnižjo ponudbo v dveh primerih.
- 22 Prvi primer se nanaša na položaj, v katerem bi bilo očitno, da prodaja boljšemu ponudniku ni izvedljiva, zaradi česar bi bilo treba preučiti, prvič, varnost transakcije onkraj sposobnosti ekonomskega preživetja konzorcija in, drugič, možnost, da konzorcij na koncu ne bi pridobil potrebnega dovoljenja Finanzmarktaufsicht (avstrijski organ za finančni trg, v nadaljevanju: FMA). Po mnenju Komisije ni bilo nobenega razloga za dvom, da bi konzorcij predlagano nakupno ceno 155 milijonov EUR lahko plačal, in tudi nobenih znakov ali dokazov, da bi FMA prepovedal prodajo banke BB konzorciju.

- 23 Drugi primer se nanaša na položaj, ko je upravičeno upoštevanje drugih dejavnikov kot cena, pri čemer se lahko upoštevajo samo tisti, ki bi jih upošteval vlagatelj v tržnem gospodarstvu, kar po mnenju Komisije izključuje tveganja, ki izhajajo iz morebitne obveznosti plačila garancije, ki jo je treba šteti za državno pomoč, kot je Ausfallhaftung, ki je edini element, na katerega so se oprli avstrijski organi. Komisija glede tega pojasnjuje, da med drugim iz sodne prakse izhaja, da se pri ocenjevanju tega, kako bi ravnal vlagatelj v tržnem gospodarstvu, vloga države kot prodajalke podjetja in obveznosti, ki jih ima kot javna oblast, ne smejo pomešati. Noben vlagatelj v tržnem gospodarstvu naj ne bi izdal garancije, ki ne bi bila skladna z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu, sklep o odpravi garancije Ausfallhaftung pa potrjuje, da ne spada med tržne pogoje.
- 24 Glede na vse te ugotovitve je Komisija menila, da pristojni avstrijski organ ni ravnal kot prodajalec v tržnem gospodarstvu. Gospodarska prednost, dodeljena družbi GRAWE, je vsaj enakovredna razliki med ponudbo konzorcija in dejansko prodajno ceno.
- 25 Komisija zaradi preučitve trditev, ki jih je podala Republika Avstrija glede pomena garancije Ausfallhaftung, dodaja, da čeprav je Land Burgenland to garancijo lahko upoštevala kot merilo za ocenjevanje ponudb, ponudba družbe GRAWE ni bila najboljša.
- 26 Nazadnje, Komisija je menila, da državne pomoči pri prodaji banke BB družbi GRAWE ni bilo mogoče razglasiti za združljivo s skupnim trgov.
- 27 V izreku izpodbijane odločbe je določeno:

„Člen 1

Državna pomoč, ki jo je Avstrija s kršitvijo člena 88(3) [ES] nezakonito dodelila družbi GRAWE, je nezdržljiva s skupnim trgov. Pomoč je enaka razliki med končnima ponudbama, predloženima v okviru razpisnega postopka, ki je ustrezno prilagojena v skladu s parametri, določenimi v [točkah] od 167 do 174 [obrazložitve] te odločbe.

Člen 2

1. Avstrija od upravičenca izterja pomoč iz člena 1.
2. Zneskom, ki jih je treba povrniti, se pripišejo obresti od datuma, ko jih je upravičenec dobil na voljo, do njihovega dejanskega povračila.
3. Obresti se izračunajo na podlagi obrestnoobrestnega računa v skladu z Uredbo (ES) št. 794/2004.

Člen 3

1. Vračilo pomoči iz člena 1 je takojšnje in učinkovito.
2. Avstrija zagotovi, da se ta odločba izvede v štirih mesecih po tem, ko je bila o njej obveščena.

Člen 4

1. Avstrija v dveh mesecih po tem, ko je bila obveščena o tej odločbi, predloži Komisiji naslednje informacije:
 - (a) celoten znesek (osnovni znesek in obresti), ki ga je treba izterjati od upravičenca, ugotovljen v skladu s parametri, določenimi v tej odločbi, s podrobno obrazložitvijo metode, uporabljene za izračun tega zneska, in oceno premoženja, ki jo je opravil neodvisni strokovnjak;

- (b) podroben opis že sprejetih in načrtovanih ukrepov za izpolnjevanje te odločbe;
- (c) dokumente, ki dokazujejo, da je bilo upravičencu odrejeno, naj vrne pomoč.

2. Avstrija Komisijo obvešča o napredku v zvezi s sprejetimi nacionalnimi ukrepi za izvajanje te odločbe, dokler se ne opravi povračilo pomoči iz člena 1. Na zahtevo Komisije nemudoma predloži informacije o že sprejetih in načrtovanih ukrepih za izvajanje te odločbe. Predloži tudi podrobne informacije o zneskih pomoči in obrestih vračila, ki jih je upravičenec že vrnil.

Člen 5

Ta odločba je naslovljena na Republiko Avstrijo.“

Postopek in predlogi strank

- 28 Z vlogama, ki ju je tajništvo Splošnega sodišča prejelo 11. in 15. julija 2008 in sta bili v vpisani v zapisnik pod opravljenima številčkama T-268/08 in T-281/08, sta Land Burgenland in Republika Avstrija vložili obravnavani tožbi.
- 29 Predsednik osmega senata Splošnega sodišča je po opredelitvi strank s sklepom z dne 20. aprila 2009 odločil, da se v skladu s členom 50 Poslovnika Splošnega sodišča zadevi T-268/08 in T-281/08 združita za pisni in ustni postopek ter izdajo sodbe.
- 30 Ker je bila sestava senatov Splošnega sodišča spremenjena, je bil sodnik poročevalec razporejen v šesti senat, ki mu je bila zato dodeljena ta zadeva.
- 31 Na podlagi poročila sodnika poročevalca se je Splošno sodišče (šesti senat) odločilo začeti ustni postopek.
- 32 Stranke so podale ustne navedbe in odgovorile na vprašanja Splošnega sodišča na obravnavi 18. maja 2011.
- 33 Ker član šestega senata ni mogel odločati v tej zadevi, se je predsednik Splošnega sodišča v skladu s členom 32(3) Poslovnika določil, da dopolni senat.
- 34 Splošno sodišče (šesti senat) je v novi sestavi s sklepom z dne 18. novembra 2011 ponovno začelo ustni postopek, stranke pa so bile obveščene, da bodo zaslišane na novi obravnavi.
- 35 Komisija in tožeči stranki so z dopisi z dne 23., 24. in 25. novembra 2011 obvestili Splošno sodišče, da ne želijo biti ponovno zaslišane.
- 36 Predsednik Splošnega sodišča je zato odločil, da konča ustni postopek.
- 37 Land Burgenland v zadevi T-268/08 Splošnemu sodišču predlaga, naj:
 - izpodbijano odločbo razglasi za nično;
 - Komisiji naloži plačilo stroškov.
- 38 Republika Avstrija v zadevi T-281/08 Splošnemu sodišču predlaga, naj:
 - izpodbijano odločbo razglasi za nično;

— Komisiji naloži plačilo stroškov.

39 Komisija v zadevah T-268/08 in T-281/08 Splošnemu sodišču predlaga, naj:

- tožbi kot neutemeljeni zavrne;
- tožečima strankama naloži plačilo stroškov.

Pravo

40 Tožeči stranki v utemeljitev tožb navajata devet tožbenih razlogov.

41 Tožbeni razlogi so:

- napačna uporaba člena 87(1) ES pri določanju tržne cene banke BB, ker naj bi Komisija napačno zahtevala, da se izvede postopek javnega razpisa zaradi sporne privatizacije;
- neupoštevanje predhodne prakse odločanja glede uporabe člena 87(1) ES;
- napačna uporaba člena 87(1) ES, ker Komisija ni hotela upoštevati negotovosti izida in morebitne dolgotrajnosti postopka odobritve pri FMA v primeru prodaje banke BB konzorciju;
- napačna uporaba člena 87(1) ES, ker je Land Burgenland pri primerjavi ponudb, ki sta ju predložila družba GRAWE in konzorcij, upravičeno upoštevala tveganja v povezavi z garancijo Ausfallhaftung;
- napačna uporaba merila zasebnega prodajalca v tržnem gospodarstvu v okviru podredne preučitve finančnih tveganj v povezavi z garancijo Ausfallhaftung;
- napačna uporaba člena 87(1) ES zaradi kršitve pravil o dokaznem bremenu v okviru zadevnega postopka javnega razpisa;
- napačna uporaba člena 87(1) ES, ker na podlagi ponudbe konzorcija ni bilo mogoče določiti tržne cene banke BB;
- napačna presoja izdaje dodatnih obveznic v okviru garancije Ausfallhaftung;
- večkratna napačna uporaba člena 87(1) ES pri določanju elementa pomoči.

42 Splošno sodišče meni, da je treba najprej preučiti prvi, drugi, šesti in sedmi tožbeni razlog tožečih strank, ki se vsi navezujejo na splošni okvir preučitve sporne transakcije.

43 Pred vsebinskim preizkusom trditev strank je treba podati nekatere uvodne ugotovitve o pojmu državne pomoči v smislu člena 87(1) ES ter o naravi in obsegu sodnega nadzora, ki ga mora sodišče Evropske unije izvesti v tej zadevi.

Uvodne ugotovitve o pojmu državne pomoči v smislu člena 87(1) ES ter o naravi in obsegu sodnega nadzora

44 Člen 87(1) ES določa, da „[r]azen če ta pogodba ne določa drugače, je vsaka pomoč, ki jo dodeli država članica, ali kakršna koli vrsta pomoči iz državnih sredstev, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, nezdružljiva s skupnim trgom, kolikor prizadene trgovino med državami članicami“.

- 45 Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da se za opredelitev pomoči v smislu člena 87(1) ES zahteva, da so izpolnjeni vsi pogoji iz navedene določbe. Prvič, iti mora za ukrep države ali ukrep, ki se financira iz državnih sredstev. Drugič, ta ukrep mora biti tak, da lahko vpliva na trgovino med državami članicami. Tretjič, upravičencu mora dodeliti ugodnost z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga. Četrto, biti mora tak, da izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco (sodba Sodišča z dne 24. julija 2003 v zadevi Altmark Trans in Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Recueil, str. I-7747, točki 74 in 75, in sodba Splošnega sodišča z dne 22. februarja 2006 v zadevi Le Levant 001 in drugi proti Komisiji, T-34/02, ZOdl., str. II-267, točka 110).
- 46 V obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da tožeči stranki izpodbijata le pogoj v zvezi z obstojem gospodarske prednosti. Zdi se namreč, da se želi s tožbenimi razlogi v utemeljitev teh tožb v bistvu prikazati, da je Komisija napačno ugotovila obstoj prednosti v korist družbe GRAWE, ki naj bi ustrezala razliki med ponudbo, ki jo je predložila ta, in ponudbo, ki jo je predložil konzorcij.
- 47 Glede tega je treba opozoriti, da v skladu z ustaljeno sodno prakso dobava blaga ali storitev po preferenčnih pogojih lahko pomeni državno pomoč v smislu člena 87(1) ES (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 2. februarja 1988 v združenih zadevah Van der Kooy in drugi proti Komisiji, 67/85, 68/85 in 70/85, Recueil, str. 219, točki 28 in 29, in z dne 20. novembra 2003 v zadevi GEMO, C-126/01, Recueil, str. I-13769, točka 29, ter sodbi Splošnega sodišča z dne 16. septembra 2004 v zadevi Valmont proti Komisiji, T-274/01, ZOdl., str. II-3145, točka 44, in z dne 1. julija 2010 v zadevi Italija proti Komisiji, T-53/08, ZOdl., str. II-3187, točka 79).
- 48 Kadar se to načelo uporabi pri prodaji blaga s strani javnega subjekta osebi zasebnega prava, je njegova posledica to, da je treba predvsem ugotoviti, ali je prodajna cena blaga enaka tržni ceni, tako da ustreza ceni, za katero bi se lahko dogovoril pridobitelj, ki bi posloval v običajnih pogojih na trgu (glej v tem smislu zgoraj v točki 47 navedeno sodbo Valmont proti Komisiji, točka 45 in navedena sodna praksa). Zato mora Komisija uporabiti merilo zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu, da bi preverila, ali je cena, ki jo je plačal domnevni prejemnik pomoči, enaka ceni, za katero bi se lahko dogovoril zasebni vlagatelj, ki bi posloval v običajnih konkurenčnih pogojih (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 2. septembra 2010 v zadevi Komisija proti Scott, C-290/07 P, ZOdl., I-7763, točka 68, in z dne 16. decembra 2010 v zadevi Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ZOdl., str. I-13083, točka 34 in navedena sodna praksa). Konkretna uporaba tega merila načeloma zahteva, da se opravi zapletena gospodarska presoja (zgoraj navedena sodba Komisija proti Scott, točka 68).
- 49 Glede obsega in narave sodnega nadzora je treba, prvič, opozoriti, da ima pojem državna pomoč, kot je opredeljen v Pogodbi, pravni značaj in ga je treba razlagati na podlagi objektivnih dejavnikov. Zato mora sodišče Unije načeloma in upoštevajoč konkretne dejavnike spora, o katerem odloča, ter tehničnost ali zapletenost presoje, ki jo je opravila Komisija, izvajati celoten nadzor glede vprašanja, ali ukrep spada na področje uporabe člena 87(1) ES (sodbi Sodišča z dne 16. maja 2000 v zadevi Francija proti Ladbroke Racing in Komisiji, C-83/98 P, Recueil, str. I-3271, točka 25, in z dne 22. decembra 2008 v zadevi British Aggregates proti Komisiji, C-487/06 P, ZOdl., str. I-10515, točka 111). Sodišče Unije mora med drugim preveriti ne le vsebinsko pravilnost navedenih dokazov, njihovo zanesljivost in doslednost, ampak tudi, ali ti dokazi vsebujejo vse upoštevne podatke, ki jih je treba upoštevati pri presoji zapletene situacije, in ali lahko utemeljijo iz njih izvedene sklepe (glej zgoraj v točki 48 navedeno sodbo Komisija proti Scott, točka 65 in navedena sodna praksa).
- 50 Vendar sodišče Unije v okviru tega nadzora ne more s svojo gospodarsko presojjo nadomestiti presoje Komisije. Nadzor, ki ga sodišča Unije izvajajo nad zapleteno gospodarsko presojjo Komisije, je namreč omejen, in sicer nujno omejen na preverjanje spoštovanja postopkovnih pravil in obrazložitve, pravilnosti dejanskega stanja ter morebitnega obstoja očitnih napak pri presoji in zlorabe pooblastil (glej zgoraj v točki 48 navedeno sodbo Komisija proti Scott, točka 66 in navedena sodna praksa, in sodbo Splošnega sodišča z dne 17. decembra 2008 v zadevi Ryanair proti Komisiji, T-196/04, ZOdl., str. II-3643, točka 41).

- 51 Drugič, pojasniti je treba, da je treba zakonitost odločbe Komisije o državnih pomočeh presojati glede na podatke, ki jih je Komisija imela na voljo ob njenem sprejetju (sodbi Sodišča z dne 10. julija 1986 v zadevi Belgija proti Komisiji, 234/84, Recueil, str. 2263, točka 16, in z dne 14. septembra 2004 v zadevi Španija proti Komisiji, C-276/02, ZOdl., str. I-8091, točka 31, ter zgoraj v točki 47 navedena sodba Valmont proti Komisiji, točka 38). Na tej podlagi je zlasti mogoče sklepati, da je treba – ker pojem državne pomoči odgovarja objektivnemu stanju, ki se presoja na dan, ko Komisija sprejme odločbo – pri izvajanju takega sodnega nadzora upoštevati presojo, ki se opravi ta dan (sodba Sodišča z dne 1. julija 2008 v združenih zadevah Chronopost in La Poste proti UFEX in drugim, C-341/06 P in C-342/06 P, ZOdl., str. I-4777, točka 144).

Prvi, drugi, šesti in sedmi tožbeni razlog

Trditve strank

- 52 Tožeči stranki s prvim tožbenim razlogom v bistvu zatrjujeta, da je Komisija ob sklicevanju na *XXIII. poročilo o politiki konkurence* napačno ugotovila, da je treba privatizacijo javnega podjetja izvesti z odprtim, preglednim in brezpogojnim postopkom javnega razpisa in da tržna cena, določena zgolj na podlagi študije, ni veljavna. To, da za privatizacijo ni izveden običajni razpisni postopek, naj ne bi pomenilo, da gre za državno pomoč, ampak zgolj, da je treba posamično preveriti, ali zadevna prodaja ne vsebuje morebitnih elementov pomoči, kar je mogoče preveriti le na podlagi študije. Povedano drugače, *XXIII. poročilo o politiki konkurence* naj bi zgolj omililo dokazno breme za neobstoj državne pomoči v primeru privatizacij, izvedenih v okviru postopka javnega razpisa. Tudi če bi bilo treba razlago tega poročila s strani Komisije sprejeti, naj bi bilo to poročilo, ki vsebuje zgolj opis dejavnosti generalnega direktorata za konkurenco in politične cilje, ki so v danem obdobju najpomembnejši, še vedno brez vsakršnega zavezujočega pravnega učinka.
- 53 V tej zadevi naj bi bila prodaja banke BB družbi GRAWE izvedena po tržni ceni. To naj bi bilo jasno razvidno iz neodvisnih študij, iz okvirne ocene banke BB, ki jo je opravila družba HSBC na začetku tretjega postopka privatizacije, in iz ponudb, ki so jih ponudniki predložili med drugim poizkusom privatizacije (glej točko 68 obrazložitve izpodbijane odločbe). V zadevnih ocenah, tudi tisti, ki jo je izvedel konzorcij, naj bi bilo ugotovljeno, da je vrednost banke BB med 44,4 in 75 milijoni EUR. Kot naj bi izhajalo iz prakse odločanja Komisije in iz njenega Sporočila 97/C 209/03 o elementih državne pomoči pri prodaji zemljišč in objektov s strani javnih oblasti (UL 1997, C 209, str. 3), na katero se je sklicevalo po analogiji, bi bilo treba te neodvisne ocene pri določitvi vrednosti blaga, ki je predmet prodaje, šteti za veljavne.
- 54 Ker ni upoštevala neodvisnih ocen, ki so ji bile predložene (glej točko 68 obrazložitve izpodbijane odločbe), ali zahtevala nove neodvisne študije, naj Komisija, ki je v okviru formalnega postopka preiskave dolžna zbrati vsa potrebna mnenja, da se v celoti seznanj z vsemi podatki o zadevi, ne bi skrbno in nepristransko preučila dokumentov, s katerimi je razpolagala, da bi natančno ugotovila obstoj in po potrebi znesek pomoči.
- 55 Nazadnje, tožeči stranki menita, da je obveznost izvedbe razpisnega postopka, kot ga ima v mislih Komisija, v neskladju z merilom zasebnega prodajalca v tržnem gospodarstvu. Poudarjata, da se v okviru prodaj s strani oseb zasebnega prava formalni postopek javnega razpisa ne izvaja ali je vsaj nepomemben in da najpogosteje obstaja možnost pogajanj z izbranimi ponudniki. Poleg tega naj bi Komisija v svoji praksi odločanja državnim organom pustila veliko manevrskega prostora glede organizacije postopka javnega razpisa. Zato naj ne bi bilo empiričnega dokaza, da ponudbe, ki so predložene v okviru razpisnega postopka, pomenijo „boljši približek tržne vrednosti“ (glej točko 112 obrazložitve izpodbijane odločbe) kot ocena strokovnjaka. Poleg tega, ker zasebna podjetja ponavadi ne izvajajo postopkov javnega razpisa, naj bi obveznost uporabe razpisnega postopka, ki ga zahteva Komisija, ustvarjala različno obravnavanje v škodo javnih podjetij, s čimer naj bi bila kršena člena 295 ES in 86 ES.

- 56 Tožeči stranki z drugim tožbenim razlogom trdita, da izpodbijana odločba ni skladna s predhodno prakso odločanja Komisije in da zato pomeni kršitev načela enakega obravnavanja. Do sedaj naj bi se v primerih, ko v okviru privatizacije ni bil izveden postopek javnega razpisa ali je bil izveden napačno, Komisija za določitev tržne cene vedno zadovoljila s študijami. Poleg tega poudarjata, da je po njenem vedenju Komisija element pomoči v okviru postopka privatizacije ugotovila le enkrat, in sicer v zadevi, v kateri je bila sprejeta Odločba Komisije 2008/717/ES z dne 27. februarja 2008 o državni pomoči C 46/07 (ex NN 59/07) Romunije za podjetje Automobile Craiova (nekdanji Daewoo Romunija) (UL L 239, str. 12), pri čemer je v tej zadevi Komisija, drugače kot v obravnavanem primeru, ugotovila tržno vrednost na podlagi ocene privatiziranega podjetja.
- 57 Tožeči stranki s šestim tožbenim razlogom v bistvu trdita, da je Komisija s tem, da je od avstrijskih organov zahtevala, naj dokažejo, da konzorcij ni izpolnjeval meril za nakup banke BB zlasti z vidika varnosti transakcije in izogitve uporabi garancije Ausfallhaftung (glej zlasti točke obrazložitve 129, 132, 133, 145 in 156 izpodbijane odločbe), kršila dokazno breme in dolžnosti obveščanja, ki jih imajo ponudniki v okviru postopka javnega razpisa. Dokaz, da ponudnik izpolnjuje merila za nakup, mora namreč zagotoviti sam ponudnik med postopkom javnega razpisa, ne pa naknadno Komisija. V obravnavani zadevi naj konzorcij v roku ne bi predložil dokazov o svoji plačilni sposobnosti in refinanciranju banke BB, in to kljub temu, da je bil pravilno opozorjen na svojo obveznost glede tega. Zaradi nevarnosti diskriminacije drugih ponudnikov naj bi bilo treba naknadno predložene dokaze razglasiti za nedopustne. Tožeči stranki trdita še, da je Land Burgenland zaradi neobstoja teh dokazov upravičeno dvomila o plačilni sposobnosti konzorcija.
- 58 Nazadnje, tožeči stranki v okviru sedmega tožbenega razloga v bistvu trdita, da – ker je bilo ugotovljeno, da so bile v postopku javnega razpisa storjene napake, ker je ta temeljil na nezakonitih merilih izbire, kot je upoštevanje garancije Ausfallhaftung (glej točko 134 in naslednje ter 141 in naslednje obrazložitve izpodbijane odločbe) – na podlagi ponudbe za nakup, ki jo je podal konzorcij, ni mogoče določiti tržne cene banke BB (glej točke od 109 do 114 obrazložitve izpodbijane odločbe). Sicer naj bi iz prakse odločanja Komisije izhajalo, da ta pri določitvi elementa pomoči ni hotela upoštevati izida nepravilnega razpisnega postopka. V obravnavani zadevi naj ne bi bilo mogoče zanikati, da je zaradi pomembnejšega tveganja Land Burgenland z vidika uporabe garancije Ausfallhaftung konzorcij občutno zvišal svojo ponudbo kot protiutež, ki bi lahko pomenila „premijo za tveganje“. Pretiranost ali celo nerealnost ponudbe za nakup, ki jo je dal konzorcij, naj bi konkretno dokazovali znesek ostalih predloženih ponudb (glej točko 66 obrazložitve izpodbijane odločbe) in neodvisne ocene (glej točko 68 obrazložitve izpodbijane odločbe), ki bi jih Komisija morala upoštevati.
- 59 Komisija izpodbija vse očitke tožečih strank.

Presoja Splošnega sodišča

- 60 Pri preučitvi prvega tožbenega razloga se je treba v bistvu izreči o dveh vprašanjih: prvo se nanaša na ugotovitev, ali je Komisija ob sklicevanju na *XXIII. poročilo o politiki konkurence* dejansko zahtevala, da je mogoče prodajno ceno banke BB določiti le v postopku javnega razpisa. Drugo vprašanje se nanaša na to, ali je Komisija lahko, ne da bi storila očitno napako pri presoji, v obravnavani zadevi izključila uporabo študij, ki so bile predložene v okviru postopka preučitve spornega ukrepa in na katere se tožeči stranki zanašata zaradi določitve tržne cene.
- 61 Iz celotnega besedila izpodbijane odločbe je razvidno, da tožeči stranki napačno trdita, da Komisija „izhaja iz načela, da mora biti privatizacija izvedena v okviru odprtega, preglednega in brezpogojnega postopka javnega razpisa“. Komisija je namreč pri svoji presoji zgolj omenila, da „[njena] ocena v okviru privatizacije izhaja iz nekaterih načel, ki so določena v triindvajsetem poročilu o politiki konkurence [...] in nadaljnji praksi“.

62 V točki 403 *XXIII. poročila o politiki konkurence* je določeno:

„Zaradi večje preglednosti je treba spomniti na splošna načela, ki jih Komisija uporablja pri privatizacijah in ki so bila sčasoma opredeljena na podlagi preučitve posamičnih primerov.

Opozoriti je treba, da na podlagi člena 222 [ES] pravo Skupnosti nikakor ne določa vnaprej lastninskopravne ureditve podjetij. Za pomoči za lažjo privatizacijo kot take zato ne velja nujno odstopanje od temeljnega načela nezdružljivosti državnih pomoči s skupnim trgom, ki je določeno v členu 92(1).

Kadar se privatizacija izvede s prodajo delnic na borzi, se običajno predpostavlja, da ta prodaja poteka pod tržnimi pogoji in da transakcija ne vsebuje nobenega elementa pomoči. Lahko se zgodi, da pred izdajo delnic pride do odpisa ali zmanjšanja dolgov, kar se ne šteje za pomoč, če je izkupiček od izdaje večji od zmanjšanja dolgov.

Če se privatizacija družbe ne izvede z izdajo delnic na borzi, ampak s sporazumno prodajo (s prodajo celotne družbe ali njenih delov drugim družbam), morajo biti izpolnjeni ti pogoji, da je mogoče brez dodatnega preizkusa domnevati, da transakcija ne vsebuje nobenega elementa pomoči:

- izvesti je treba odprt, pregleden in brezpogojen postopek javnega razpisa, ne da bi bilo sodelovanje na tem razpisu pogojeno z izpolnitvijo drugih dejanj, kot je nakup drugih sredstev od tistih, ki so predmet postopka javnega razpisa, ali opravljanje določenih dejavnosti;
- družba mora biti prodana najboljšemu ponudniku;
- ponudniki morajo imeti na voljo dovolj časa in podatkov, da primerno ocenijo sredstva in na tej podlagi sestavijo svoje ponudbe.

Privatizacij, ki se izvedejo z izdajo delnic na borzi ali s postopkom javnega razpisa pod zgoraj opisanimi pogoji, ni treba predhodno priglasiti Komisiji zaradi preizkusa njihovih učinkov na področju pomoči, vendar jih države lahko priglasijo, če se želijo s formalnim soglasjem dodatno pravno zavarovati. V ostalih primerih je treba sporazumne prodaje preizkusiti zaradi določitve njihovih morebitnih učinkov na področju pomoči, kar pomeni, da morajo biti priglašene. To velja zlasti v primerih:

- prodaj po pogajanjih z edinim kandidatom ali z več izbranimi kandidati;
- prodaj, pred katerimi so bili odpisani dolgovi s strani države, drugih javnih podjetij ali katerekoli druge organizacije javnega prava;
- prodaj, pred katerimi so bili dolgovi spremenjeni v lastniški kapital ali v povečanje kapitala;
- prodaj, izvedenih pod pogoji, ki niso običajni za primerljive transakcije, dogovorjene med posamezniki.

V nobenem primeru ni dovoljena diskriminacija na podlagi nacionalnosti kandidatov za nakup zadevnih delnic ali sredstev.

Pred vsako prodajo, sklenjeno pod pogoji, ki jih ni mogoče šteti za normalne tržne pogoje, mora biti opravljena ocena neodvisnih svetovalcev. Privatizacije v občutljivih sektorjih (sintetična vlakna, tekstil, avtomobilska industrija itd.) je treba vedno vnaprej priglasiti Komisiji.“

63 Kot tožeči stranki sami priznavata, so v smernicah, ki so določene v tem poročilu, zgolj pojasnjeni primeri, v katerih se domneva, da ukrepi privatizacije, ki jih nameravajo izvesti države članice, ne vsebujejo elementov pomoči, in jih zaradi tega ni treba priglasiti, razen če se želijo državni organi prepričati o pravni varnosti transakcije.

- 64 Tako iz teh usmeritev ne izhaja, da Komisija v vseh primerih zahteva uvedbo odprtega, preglednega in brezpogojnega postopka javnega razpisa. V njih je navedeno zgolj, da je treba v takem postopku, če je uveden, spoštovati nekatere pogoje, da se lahko domneva, da je zadevna privatizacija v skladu z določbami prava Unije na področju državnih pomoči.
- 65 V tem poročilu tudi ni podan noben za to zadevo upošteven element glede morebitne dopustnosti študij, ki so bile predložene zaradi določitve tržne cene subjekta, ki se ga želi privatizirati. Glede tega je edina navedba v zvezi s študijami ta, da mora biti „pred vsako prodajo, sklenjeno pod pogoji, ki jih ni mogoče šteti za normalne tržne pogoje, [...] opravljena ocena neodvisnih svetovalcev“. Ravno na ta primer se obravnava zadeva ne nanaša, ker je Komisija v okviru postopka javnega razpisa, ki je potekal zaradi privatizacije banke BB, izrecno izključila možnost, da je šlo za prodajo, sklenjeno pod posebnimi trgovinskimi pogoji (glej v tem smislu točki 111 in 112 obrazložitve izpodbijane odločbe).
- 66 Iz vseh teh ugotovitev je razvidno, da nič ne potrjuje trditve tožečih strank, da je Komisija ob neupoštevanju načela enakega obravnavanja zasebnih akterjev in oseb javnega prava na podlagi *XXIII. poročila o politiki konkurence* sklenila, da se tržna cena v primeru prodaje podjetja zaradi njegove privatizacije lahko določi le v postopku javnega razpisa.
- 67 Iz vseh teh razlogov se ni treba izreči o pravnem učinku *XXIII. poročila o politiki konkurence*, katerega namen je, kot je bilo navedeno zgoraj, zgolj zaradi preglednosti in jasnosti opozoriti države članice na splošne usmeritve, ki jim sledi Komisija pri preučitvi ukrepov, sprejetih v okviru privatizacij podjetij.
- 68 V okviru prvega tožbenega razloga je tako treba ugotoviti še, ali Komisija s tem, da ni upoštevala različnih študij, na katere sta se tožeči stranki v tej zadevi oprli za določitev tržne cene banke BB, ni storila očitne napake pri presoji.
- 69 Glede tega je treba opozoriti, da tržna cena podjetja, ki je običajno odvisna od ponudbe in povpraševanja, ustreza najvišji ceni, ki bi jo bil pripravljen zanj plačati zasebni vlagatelj, ki posluje pod običajnimi konkurenčnimi pogoji (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 29. aprila 2004 v zadevi Nemčija proti Komisiji, C-277/00, Recueil, str. I-3925, točka 80, ter sodna praksa, navedena v točki 48 zgoraj).
- 70 Če javni organ namerava prodati podjetje v njegovi lasti in zato izvede odprt, pregleden in brezpogojen postopek javnega razpisa, je torej mogoče domnevati, da je tržna cena enaka najvišji ponudbi, pri čemer je treba ugotoviti, prvič, ali je ta ponudba zavezujoča in zanesljiva in, drugič, ali ni upravičeno poleg cene upoštevati ekonomske dejavnike, kot so zunajbilančna tveganja med ponudbami. Zato Komisija ne stori očitne napake pri presoji, če sklene, da je element pomoči mogoče določiti s pomočjo tržne cene, ki je sama načeloma odvisna od ponudb, ki so bile dejansko predložene v okviru postopka javnega razpisa.
- 71 V takih okoliščinah Komisiji ni mogoče očitati, da ni upoštevala neodvisnih študij, navedenih v točki 68 obrazložitve izpodbijane odločbe, ki naj bi potrjevale tezo, ki jo zagovarjata tožeči stranki, da je cena, ki jo je ponudila družba GRAWE za odkup banke BB, ustrezala tržni ceni.
- 72 Pri določitvi tržne cene banke BB bi bilo namreč te študije smiselno uporabiti le, če za njeno prodajo postopek javnega razpisa ne bi bil izveden ali če bi bilo ugotovljeno, da izvedeni postopek javnega razpisa ni bil odprt, pregleden in brezpogojen. Glede tega je neizpodbitno, da ponudbe, ki so bile veljavno in dejansko predložene v postopku javnega razpisa, uvedenem zaradi privatizacije danega podjetja, načeloma pomenijo boljši približek tržne cene tega subjekta kot neodvisne študije. Te študije namreč – ne glede na metodo in parametre, ki so bili izbrani za njihovo pripravo – temeljijo na vnaprejšnjem preizkusu in zato tržno ceno zadevnega podjetja ocenjujejo na manjšo od tiste, ki izhaja iz ponudb, ki so bile dejansko in veljavno predložene v okviru pravilno izvedenega postopka javnega razpisa.

- 73 Iz istih razlogov Komisiji ni mogoče očitati, da se ji ni zdelo nujno zahtevati, naj neodvisni strokovnjak pripravi naknadno študijo, niti tega, da ni izpolnila svoje dolžnosti skrbno in nepristransko preučiti ukrepe. Kot je jasno razvidno iz točk 112 in 113 obrazložitve izpodbijane odločbe, je Komisija izhajala iz ugotovitve, da so ob zavezujočih ponudbah za nakup banke BB neodvisne študije ne glede na njihovega avtorja, datum priprave ali izbrano metodo analize nepomembne za ugotovitev, ali je cena, ki jo je družba GRAWE plačala za prevzem banke BB, ustrezala tržni ceni. Poleg tega tožeči stranki nista dokazali, da Komisija ni upoštevala vseh informacij in ocen, ki so ji bile predložene med upravnim postopkom, zlasti s strani avstrijskih organov.
- 74 Zato je treba prvi tožbeni razlog zavrniti.
- 75 Z drugim tožbenim razlogom, ki je tesno povezan s prvim, želita tožeči stranki dokazati, da izpodbijana odločba odstopa od dosedanje prakse odločanja Komisije, ker naj bi Komisija od države članice, ki želi privatizirati svoje podjetje, prvič zahtevala, naj izvede odprt, pregleden in brezpogojen razpisni postopek.
- 76 Glede tega Splošno sodišče opozarja, da je pojem državne pomoči pravne narave in ga je treba razlagati glede na objektivna merila (glej zgoraj v točki 47 navedeno sodbo Valmont proti Komisiji, točka 37 in navedena sodna praksa). Opredelitev ukrepa za državno pomoč torej ne sme temeljiti na subjektivni presoji Komisije in mora biti določena ne glede na kakršno koli prejšnjo upravno prakso Komisije, če je ta obstajala (glej v tem smislu in po analogiji sodbo Sodišča z dne 30. septembra 2003 v združenih zadevah Freistaat Sachsen in drugi proti Komisiji, C-57/00 P in C-61/00 P, Recueil, str. I-9975, točki 52 in 53, in sodbo Splošnega sodišča z dne 15. junija 2005 v zadevi Regione autonoma della Sardegna proti Komisiji, T-171/02, ZOdl., str. II-2123, točka 177).
- 77 V teh okoliščinah tožeči stranki ne moreta zatrjevati kršitve načela enakega obravnavanja s sklicevanjem na predhodno prakso odločanja. Ker mora Komisija posamično analizirati okoliščine vsake zadeve, je ne zavezujejo predhodne odločbe.
- 78 Tožeči stranki, ki s splošnimi trditvami navajata, da je Komisija do sedaj vedno „rešila“ privatizacije, nista pojasnili, zakaj je mogoče okoliščine, v katerih so bile sprejete odločbe, na katere se sklicujeta, in pravne ugotovitve, na katerih te temeljijo, primerjati s temi v obravnavani zadevi. Zlasti ni bilo dokazano, da se ena od teh odločb nanaša na položaj, v katerem je bilo – tako kot v tej zadevi – ugotovljeno, da je bila tržna cena blaga ali subjekta za prodajo veljavno določena z uporabo odprtega, preglednega in brezpogojnega postopka javnega razpisa.
- 79 Iz vseh teh ugotovitev izhaja, da drugega tožbenega razloga nikakor ni mogoče sprejeti.
- 80 Glede šestega tožbenega razloga, ki se nanaša na to, da je Komisija kršila dokazno breme in dolžnosti obveščanja, ki naj bi jih imeli ponudniki v okviru postopka javnega razpisa zaradi privatizacije podjetja, se v uvodu zdi, da tožeči stranki ne razlikujeta med dolžnostmi obveščanja, ki jih imajo ponudniki v okviru vsakega postopka javnega razpisa, in zahtevo po skrbni in nepristranski preučitvi, ki jo mora izpolniti Komisija v zvezi z domnevnimi ukrepi pomoči.
- 81 Glede dolžnosti obveščanja, ki jih imajo ponudniki v okviru razpisnega postopka, tožeči stranki v bistvu trdita, da bi moral konzorcij dokazati, da je plačilno sposoben, in da naj bi se FMA izrekel v prid prodaji banke BB njemu.
- 82 Kot pa je Komisija pravilno ugotovila, ravno konzorciju ni bilo treba predložiti niti najmanjšega dokaza o (ne)ugodnem izidu postopka odobritve pri FMA, če bi Land Burgenland izbrala ponudbo konzorcija. Ker je bil znesek v ponudbi za odkup, ki jo je predložil konzorcij, precej višji od tistega, ki ga je ponudila družba GRAWE, in ker zato prednosti v korist zadnje ni bilo mogoče izključiti, bi morali ravno pristojni organi predložiti resne pokazatelje za to, da naj bi bila prodaja banke BB konzorciju na podlagi preizkusa, ki bi ga opravil FMA, prepovedana, česar pa niso storili.

- 83 Glede dokaza o zmožnosti in plačilni sposobnosti konzorcija se zdi, da nobena od strank formalnega postopka preiskave ni podvomila o njegovi spodobnosti, da bi zbral potrebna sredstva za plačilo ponujene nakupne cene. Poleg tega je iz spisa razvidno, da se načeloma dokazanost finančne zmožnosti ponudnika za plačilo predlagane nakupne cene presoja v zgodnji fazi razpisnega postopka, in sicer v fazi „due diligence“, v kateri je treba po trditvah tožečih strank preučiti računovodske izkaze ter osebne in materialne vire ponudnikov, katerih ponudbe so se štele za trdne in dopustne. Ugotoviti je treba, da je bila ponudba konzorcija zavržena šele v zadnji fazi pogajanj, ki so potekala v okviru tega postopka, ker je, kot je navedeno v točki 53 obrazložitve izpodbijane odločbe, „Avstrija od konzorcija pričakovala, da se bo uveljavil kot finančno močan poslovni partner, kakor je napovedal med pogajani“.
- 84 Drugi vidiki, ki jih navajata tožeči stranki in ki se nanašajo na zmožnost konzorcija, da bi premostil morebitne težave z likvidnostjo v primeru odkupa banke BB (glej točki 78 in 79 izpodbijane odločbe, ki se nanašata na „refinanciranje banke BB po prodaji“) – poleg tega, da bi bili upoštevni le, če bi bilo treba upoštevati garancijo Ausfallhaftung, kar bo preučeno v nadaljevanju (glej točko 149 in naslednje) – tudi nikakor niso utemeljeni. Iz izpodbijane odločbe je namreč razvidno, da konzorcij ni izključil možnosti, da bodo stranke dvignile svoje vloge ali da bodo odpravljene medbančne povezave (čeprav so bila njegova pričakovanja precej nižja od predvidevanj Komisije), in da je kot jamstvo predložil pisma o nameri različnih bank (glej točko 78 obrazložitve izpodbijane odločbe). V teh okoliščinah ni mogoče trditi, da konzorcij ni predložil nikakršnega dokaza o svoji plačilni sposobnosti.
- 85 Poleg tega je treba spomniti, da sta v odgovor na vprašanje Splošnega sodišča na obravnavi, ali in zakaj dvomita o gospodarski zmožnosti konzorcija, da bi plačal nakupno ceno banke BB 155 milijonov EUR, tožeči stranki potrdili, da nikakor nista podvomili o tem, da bi konzorcij lahko plačal to ceno.
- 86 Ob upoštevanju vseh teh ugotovitev je treba šesti tožbeni razlog zavriniti.
- 87 Nazadnje je treba glede sedmega tožbenega razloga, da na podlagi ponudbe konzorcije ni bilo mogoče določiti tržne cene, opozoriti, da je, kot izhaja iz preučitve prvega tožbenega razloga (glej zlasti točko 70 zgoraj), če javni organ namerava prodati podjetje v svoji lasti in zato izvede odprt, pregleden in brezpogojen postopek javnega razpisa, mogoče domnevati, da je tržna cena enaka najvišji ponudbi, pri čemer je treba ugotoviti, prvič, ali je ta ponudba zavezujoča in kredibilna, in drugič, ali ni poleg cene upravičeno upoštevati ekonomske dejavnike, kot so zunajbilančna tveganja med ponudbami.
- 88 Zato Komisija ne stori očitne napake pri presoji, če sklene, da je element pomoči mogoče določiti s tržno ceno, ki je sama odvisna od ponudb, ki so bile dejansko predložene v okviru postopka javnega razpisa.
- 89 Poleg tega z vidika zasebnega prodajalca v tržnem gospodarstvu subjektivni ali strateški razlogi, na podlagi katerih dani ponudnik ponudi določen znesek, niso odločilni. Zasebni prodajalec v tržnem gospodarstvu bo načeloma izbral najvišjo ponudbo za nakup, in to ne glede na razloge, iz katerih so potencialni kupci predložili ponudbo v določenem znesku. Zato je treba trditev tožečih strank, da je bil znesek v ponudbi konzorcija pretiran, zavriniti.
- 90 Glede trditve tožečih strank, da se Komisija ne more opreti na rezultate razpisnega postopka, ki ga je sama razglasila za nepravilnega, zadošča opozorilo, da je Komisija, čeprav je v fazi uvedbe formalnega postopka preiskave dvomila o pravilnosti javnega razpisa, zlasti z vidika spoštovanja enakega obravnavanja ponudnikov (glej v zvezi s tem točko 42 obrazložitve izpodbijane odločbe), sklenila, da napake v pogojih javnega razpisa niso vplivale na znesek dejansko predloženih ponudb in da je zato najvišja nominalna ponudba pomenila dober približek tržne cene (glej točko 143 obrazložitve izpodbijane odločbe).
- 91 Poleg tega je treba kot nadaljevanje ugotovitev, izraženih v okviru drugega tožbenega razloga, skleniti, da sklicevanje na domnevno ustaljeno prakso odločanja Komisije ne utemeljuje stališča tožečih strank. Zlasti glede zadev, v katerih sta bili sprejeti Odločba Komisije 2000/513/ES z dne 8. septembra 1999

o pomoči, ki jo je Francija namenila podjetju Stardust Marine (UL 2000, L 206, str. 6) in Odločba Komisije 2000/628/ES z dne 11. aprila 2000 o pomoči, ki jo je Italija namenila Centrale del Latte di Roma (UL L 265, str. 15), na kateri se sklicujeta tožeči stranki, zadošča ugotovitev, da se nanašata na položaje, kjer ravno ni bil uveden odprt, pregleden in brezpogojen postopek javnega razpisa.

92 Zato je treba tudi sedmi tožbeni razlog zavriniti.

Tretji tožbeni razlog: napačna uporaba člena 87(1) ES, ker Komisija ni upoštevala negotovosti izida in morebitne dolgotrajnosti postopka odobritve pri FMA v primeru prodaje banke BB konzorciju

Trditve strank

93 Tožeči stranki Komisiji očitata, da v okviru uporabe merila zasebnega prodajalca v tržnem gospodarstvu ni v celoti preizkusila varnosti transakcije. Komisiji v bistvu očitata, da pri oceni in primerjavi ponudb za nakup banke BB ni dovolj upoštevala negotovosti izida in morebitne dolgotrajnosti postopka odobritve pri FMA v primeru prodaje konzorciju. Zasebni prodajalec naj bi natančno iz teh razlogov izbral ponudbo družbe GRAWE, ki je, čeprav je bil njen znesek nižji od tistega, ki ga je ponudil konzorcij, potekla 31. marca 2006 in ki je bila glede na študije, navedene v točki 68 obrazložitve izpodbijane odločbe, in izkušnje iz prejšnjih poizkusov privatizacije banke BB posebej privlačna.

94 Po mnenju tožečih strank trditev Komisije, da trajanje postopka preučitve pri nadzornem organu ne more upravičiti izključitve ponudnika v postopku javnega razpisa, ker bi to lahko privedlo do diskriminacije v škodo tujih ponudnikov (glej točko 130 izpodbijane odločbe), ne upošteva dejstva, da je treba razlikovati med vlogo, ki jo ima država kot zasebni prodajalec, in vlogo, ki jo ta država samostojno izvaja kot organ za reguliranje finančnih trgov. V zvezi s tem naj ob upoštevanju neodvisnosti organa FMA in pravil, ki veljajo zanj, avstrijski organi ne bi mogli pridobiti nikakršnih informacij o izidu postopka odobritve. Poleg tega naj bi se očitek Komisije nanašal na vprašanje, ki ni s področja prava državnih pomoči (ampak bolj s področja svobode ustanavljanja in prostega pretoka kapitala), in naj ne bi upošteval delitve pristojnosti med zvezno državo in deželami.

95 Tožeči stranki dodajata, da je ravnanje Land Burgenland, ki je zajemalo najprej izbiro kupca, ki bi nato pridobil potrebna dovoljenja, bilo ne samo v skladu z merilom zasebnega prodajalca, ampak tudi priznано v praksi odločanja Komisije.

96 Tožeči stranki trdita, da so, kot naj bi bilo med drugim razvidno iz pisma svetovalca pri družbi HSBC z dne 3. marca 2008, ki je bilo posredovano Komisiji 5. marca 2008, v tej zadevi obstajali številni pokazatelji proti temu, da bi bila prodaja banke BB konzorciju odobrena.

97 Najprej poudarjata, da članov konzorcija ni ocenila nobena mednarodno priznana bonitetna agencija, čeprav naj bi bil to, kot navaja Komisija v več svojih sporočilih in odločbah, nujen pogoj za opravljanje dejavnosti na evropskih bančnih trgih in trgih kapitala.

98 Tožeči stranki v nadaljevanju menita, da sta se, ker konzorcij ni predložil nobene analize o plačilni sposobnosti, oprli na prakso bonitetnih agencij, na podlagi katere podjetje načeloma ne more prejeti boljše ocene od ocene države, v kateri ima sedež, v tem primeru Ukrajine, katere najvišja ocena je „BB“ („sub investment grade“).

99 Tožeči stranki se poleg tega sklicujeta na napake v poslovnem načrtu (business plan), ki ga je predstavil konzorcij (glej pismo avstrijskih organov z dne 1. marca 2007), na pomanjkanje njegovih izkušenj na evropskem bančnem trgu in na namen tega konzorcija voditi novo poslovno politiko za banko BB, ki bi sčasoma in kot izhaja iz komentarjev družbe HSBC, lahko pripeljala do občutne izgube njenih sredstev in zato do posredovanja Land Burgenland iz naslova garancije Ausfallhaftung. Tožeči stranki

trdita, da bi moral te vidike nujno upoštevati FMA, ki mora z uporabo meril iz člena 5(1), točka 3, Bankwesengesetz (BWG, zvezni zakon o bančnem sistemu) oceniti, ali je konzorcij ponudil jamstvo za gospodarsko trdno in preudarno upravljanje banke BB po njenem nakupu, česar Komisija ni preučila in tako kršila obveznost obrazložitve iz člena 253 ES.

- 100 Pesimistične ocene glede tega, da bi FMA odobril prodajo banke BB konzorciju, naj bi potrjevale tudi informacije o strukturnih in funkcionalnih šibkosti ukrajinskega bančnega sektorja, ki med drugim izhajajo iz rednih poročil Mednarodnega finančnega sklada. Ta poročila naj bi avstrijski organi med formalnim postopkom izrecno omenili in naj bi bila vsekakor javno dostopna. Tožeči stranki v repliki navajata, da nedavni razvoj ukrajinskega bančnega sektorja potrjuje skrbi, ki sta jih izrazili v času dejanskega stanja.
- 101 Po mnenju tožečih strank bi bilo treba upoštevati tudi to, da bi FMA svojo nalogo nadzora v primeru, če bi banko BB kupil konzorcij, težje izpolnil, ker med FMA in ukrajinskimi organi ni ustanovljeno sodelovanje, med drugim z memorandumom o dogovoru, ki bi bil sklenjen z nacionalno avstrijsko banko.
- 102 Tožeči stranki poleg tega navajata, da se Land Burgenland ni oprla zgolj na lastne ocene, ampak je neformalno navezala stik s FMA, da bi preverila zanesljivost njegovih napovedi glede odobritve, ki bi jo ta organ izdal konzorciju. V skladu z navedbami FMA naj bi bil izid postopka odobritve nakupa banke BB s strani konzorcija popolnoma odprt, vendar naj bi bilo dognano, da bi se ta postopek najprej končal s prepovedjo, če bi banko BB kupil konzorcij. Negotovost in dolgotrajnost te pridobitve naj za Land Burgenland kot zasebnega prodajalca ne bi bili sprejemljivi. Zato naj bi, kot je Republika Avstrija navedla v pismu z dne 1. junija 2006, Land Burgenland izhajala iz načela, da „FMA verjetno ne bi soglašal z nakupom banke BB s strani konzorcija“. Ugotovitve v začasni odredbi sodišča Landesgericht Eisenstadt (regionalno sodišče v Eisenstadtu, Avstrija) v njegovi odločbi z dne 26. maja 2006 naj bi potrjevale to dejansko stanje. Tožeči stranki sta pojasnili, da naj bi bilo iz razprav, ki so jih imeli pristojni avstrijski organi s FMA, razvidno, da bi bilo treba na odločitev o odobritvi v primeru prodaje banke BB družbi GRAWE čakati nekaj tednov. FMA pa naj bi, nasprotno, sporočil, da bi v primeru prodaje banke BB konzorciju ta postopek verjetno trajal šest mesecev ali v najslabšem primeru eno leto. Ne bi naj bilo nobenega dvoma o tem, da bi bil postopek odobritve pri FMA v primeru prodaje konzorciju veliko daljši, njegov izid pa veliko bolj negotov.
- 103 Tožeči stranki nazadnje poudarjata, da je Komisija s tem, da je glede prodaje banke BB družbi GRAWE zahtevala dokaz, da prodaja konzorciju očitno ni bila izvedljiva ali da bi FMA zagotovo prepovedal prodajo konzorciju, napačno uporabila merilo zasebnega prodajalca. Kot naj bi svetovalec v družbi HSBC jasno pojasnil v svojih stališčih iz maja 2006, bi razumni zasebni prodajalec želel doseči najvišjo pričakovano vrednost nakupne cene, ki je opredeljena kot ponudba, katere možnosti za prejetje so največje. Ker je bila pričakovana vrednost nakupne cene, ki jo je predlagala družba GRAWE, veliko večja od tiste, ki jo je predlagal konzorcij, naj bi bila odločitev Land Burgenland v korist družbe GRAWE upravičena, ker je bila nižja nominalna nakupna cena, ki jo je ponudila družba GRAWE, več kot dovolj uravnotežena z večjo varnostjo transakcije. Povedano drugače, Komisija naj v svojo analizo ne bi vključila možnosti, ki naj bi bila 50-odstotna, da FMA ne bi soglašal s prodajo konzorciju.
- 104 Tožeči stranki v repliki poudarjata, da Komisija glede stopnje zaupanja Land Burgenland v izid postopka pri FMA nasprotuje sama sebi: čeprav priznava, da izida tega postopka ni mogoče določiti z vnaprejšnjo napovedjo, Komisija v drugih delih svojih pisanj zahteva, da mora biti neodobritev nakupa banke BB s strani najboljšega ponudnika očitna.
- 105 Komisija izpodbija očitke tožečih strank.

Presoja Splošnega sodišča

- 106 Ta tožbeni razlog se nanaša na problematiko, navedeno na koncu točke 121 obrazložitve izpodbijane odločbe, namreč glede odobritve, ki bi jo moral dati organ za finančni trg, ki je pristojen v okviru

postopka privatizacije, in sicer FMA. Tožeči stranki namreč trdita, da je bilo zaradi negotovosti izida in dolgotrajnosti postopka odobritve, če bi bila banka BB prodana konzorciju, upravičeno, da je banka BB naposled prodana družbi GRAWE, čeprav je ta ponudila nižji znesek.

- 107 Glede tega se stranke strinjajo z dejstvom, navedenim v točki 120 obrazložitve izpodbijane odločbe, da bi prodajalec, ki posluje v pogojih tržnega gospodarstva, lahko izbral najnižjo ponudbo, če bi bilo jasno, da prodaja najboljšemu ponudniku ni izvedljiva. Natančneje je treba pojasniti, da je v nasprotju z domnevami tožečih strank Komisija v točki 125 obrazložitve izpodbijane odločbe jasno priznala, da zasebni prodajalec v tržnem gospodarstvu ne bi izbral kupca, ki pri pristojnih organih najverjetneje ne bi pridobil potrebnega dovoljenja.
- 108 Splošno sodišče mora torej odločiti, ali je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker je sklenila, da dokazi tožečih strank – za to, prvič, da je bila odobritev s strani organa FMA za prodajo banke BB konzorciju negotova in, drugič, da bi bil postopek odobritve pri FMA v primeru prodaje banke BB konzorciju dolgotrajnejši – glede na merilo zasebnega akterja v tržnem gospodarstvu ne upravičujejo odločitve o prodaji banke BB družbi GRAWE.
- 109 Na prvem mestu, glede vsebine samega postopka odobritve iz elementov spisa izhaja, da je treba na podlagi člena 20(3) BWG, ki se je uporabljal v času dejanskega stanja, pridobitev kvalificiranega deleža v avstrijski posojilni ustanovi prijaviti in zanjo pridobiti soglasje.
- 110 Za preučitev pridobitve kvalificiranega deleža se opravi preizkus sposobnosti in primernosti („Fit & Proper“), ki je opredeljen v členu 5(1) BWG. Kot je med drugim razvidno iz točk 125 in 126 obrazložitve izpodbijane odločbe, ki med strankama nista sporni, FMA na podlagi člena 20 BWG kupca banke po merilih sposobnosti in izkušenosti oceni šele, ko sta pogajajoči se stranki že sklenili zavezujoč sporazum o prodaji. Iz tega sledi, da FMA v praksi ne more hipotetično ocenjevati več potencialnih kupcev. Ta organ je poleg tega Komisiji potrdil, da bi začel s preizkusom pridobitve kvalificiranega deleža le, če bi pri obeh strankah transakcije obstajal dejanski in očitno izražen namen nakupa in prodaje. V tej zadevi bi morala torej Land Burgenland dokončno izbrati eno od ponudb za nakup banke BB, preden bi se lahko pri FMA začel postopek odobritve nakupa. Poleg tega mora v skladu z informacijami, ki so jih predložili sami avstrijski organi, FMA kot neodvisni upravni organ spoštovati zahteve po zaupnosti in nepristranskosti. Zato ne more *a priori* napovedati izida začetega postopka odobritve.
- 111 Poleg tega se stranke strinjajo, da bi FMA lahko prepovedal nakup v roku treh mesecev po prijavi, pri čemer bi se v nasprotnem štelo, da je nakup dovoljen. Če FMA oceni, da za preizkus potrebuje več časa kot tri mesece, ki so mu določeni, mora najprej prepovedati nakup pred potekom trimesečnega roka. Vendar ta prepoved ne vpliva na končno odločitev FMA o nakupu kvalificiranega deleža.
- 112 Na drugem mestu je treba ugotoviti, da se trditve, ki jih izrecno navajata tožeči stranki, v bistvu nanašajo, prvič, na splošne ugotovitve o zadržanem ali celo negativnem odnosu, ki so ga nadzorni organi imeli ali bi ga na splošno morali imeti do transakcij, ki izvirajo iz Ukrajine, drugič, na navedbe o položaju članov konzorcija in, tretjič, na navedbe, ki jih je podal sam FMA.
- 113 Kar zadeva, prvič, splošne ugotovitve o zadržanosti – ki je bila pri nadzornih organih dejansko prisotna, kar naj bi potrjeval primer odločitve Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nemški zvezni urad za nadzor finančnih storitev), ki je na koncu trinajstmesečnega postopka zavrnil nakup banke NordFinanz Bank AG s strani ukrajinske skupine, ali tudi izpodbijana zavrnitev iz leta 1994 za dodelitev bančne koncesije predniku enega od članov konzorcija (SLAV), ali ki naj bi bila pri njih načeloma prisotna (zlasti ob upoštevanju evropskega usklajevanja postopkovnih pravil in ocenjevalnih meril, ki se uporabljajo pri skrbni oceni pridobitev in povečanij deležev v subjektih finančnega sektorja) do fizičnih ali pravnih oseb iz Ukrajine – te za obravnavano zadevo niso niti upoštevne niti vsebinsko priprečljive.

- 114 Najprej, na podlagi teh dokazov ni mogoče niti v najmanjši meri predvideti dejanskega izida postopka odobritve pri FMA, če bi se Land Burgenland banko BB odločila prodati konzorciju. V obravnavani zadevi ni šlo za določitev, ali za subjekte ukrajinskega bančnega sektorja veljajo zadostne obveznosti in nadzor kakovosti, torej enakovredne obveznostim in nadzorom, ki veljajo v državah članicah Unije. Kot je Komisija jasno navedla, česar tožeči stranki nista izpodbijali, je preizkus, ki ga opravi FMA v primeru pridobitve deležev v bančnih ustanovah, namenjen temu, da se ugotovi, ali potencialni kupci glede na merila sposobnosti in izkušenosti iz člena 20 BWG zanesljivo jamčijo za vzdržno in pregledno upravljanje zadevne posojilne ustanove.
- 115 Poleg tega je treba ugotoviti, da se nekatere ugotovitve, podane v obravnavanem postopku, med drugim v repliki, nanašajo na razvoj novih praks zaradi svetovne finančne krize. Kot izhaja iz zgoraj v točki 51 navedene sodne prakse, je treba zakonitost odločbe Komisije o državnih pomočeh presojeti glede na podatke, ki jih je Komisija imela na voljo ob njenem sprejetju.
- 116 Zato ni treba upoštevati dogodkov, ki so se zgodili po njenem sprejetju, s katerimi Komisija po sami naravi stvari ni bila seznanjena. Prav tako je treba kot nedopustne zavreči trditve glede, prvič, preudarnosti, v skladu s katero morajo po finančni krizi odslej ravnati nadzorni organi in organi za regulacijo finančnih trgov, in drugič, morebitnih posledičnih sprememb veljavnega prava.
- 117 Dalje, v utemeljitvi tožečih strank ni omenjeno dejstvo, da bi bilo mogoče željo konzorcija za nakup banke BB obravnavati kot voljo za ustanovitev posojilne ustanove v Avstriji. Čeprav sta tožeči stranki glede tega omenili združitev enega od članov konzorcija, in sicer banke Active Bank, pa nasprotno ni bilo dokazano, da je bila ta načrtovana šele po morebitni prodaji banke BB konzorciju. Poleg tega ta element ni bil eden tistih, ki bi ga bilo treba upoštevati v postopku preizkusa pri FMA.
- 118 Poleg tega je v teh splošnih ugotovitvah spregledano dejstvo, da mora FMA, kot trdita tožeči stranki v tožbi, brez predsodkov pregledati vsak predlog za nakup deležev v finančni ustanovi. To, da so imeli nekateri člani konzorcija sedež v Ukrajini, samo po sebi ne bi smelo pojasniti, da bi FMA v postopku odobritve odločil negativno.
- 119 Drugič, pokazatelji, ki jih tožeči stranki navajata glede konzorcija, in sicer to, da ga ni ocenila nobena mednarodno priznana bonitetna agencija, domnevne napake v njegovem poslovnem načrtu, njegovo pomanjkanje izkušenj ali poslovna politika, ki bi jo vodil v banki BB, tudi niso upoštevni v okviru ocenjevanja možnosti za uspeh postopka odobritve pri FMA.
- 120 Najprej, tožeči stranki nista navedli, ali in v kakšni meri naj bi FMA upošteval te elemente pri svoji oceni.
- 121 Dalje, kot je poudarila Komisija, tožeči stranki s svojo utemeljitvijo, ki se nanaša na domnevne napake v poslovnem načrtu konzorcija, na njegovo pomanjkanje izkušenj ali na poslovno politiko, ki jo je ta konzorcij nameraval voditi v banki BB, dejansko izražata skrb o poslovni prihodnosti banke BB, torej subjekta, ki je naprodaj, ki načeloma ni skrb, s katero bi se ukvarjal zasebni prodajalec v tržnem gospodarstvu.
- 122 Tretjič, tožeči stranki v bistvu trdita, da bi bilo na podlagi neuradnih stikov z organom FMA v primeru prodaje družbi GRAWE odločitev o odobritvi mogoče pričakovati v nekaj tednih po prodaji banke BB, medtem ko bi bilo treba v primeru prodaje konzorciju pričakovati šestmesečni ali celo enoletni postopek odobritve. Te informacije, ki so bile sporočene na sestanku z dne 31. januarja 2006, naj bi bile potrjene 2. marca 2006. Ker je bila torej obveščena, da je bil izid postopka odobritve popolnoma odprt, je Land Burgenland „izhajala iz načela, da FMA ne bi in verjetno ne bi mogel soglašati z nakupom banke s strani konzorcija“, zaradi česar se je odločila, da banko BB proda družbi GRAWE.

- 123 Kot je Komisija navedla v točki 127 obrazložitve izpodbijane odločbe, FMA z neformalno izjavo, da je bil izid postopka odobritve odprt, ni nakazal negativnega ali pozitivnega izida tega postopka. Komisija ni napačno razumela pomena informacij, ki so jih predložili avstrijski organi.
- 124 Na tretjem mestu je treba glede upoštevanja možnega trajanja postopka odobritve pri FMA najprej opozoriti, da je Komisija menila, da verjetno daljše trajanje postopka pri FMA ni pomenilo ovire za prodajo banke BB konzorciju.
- 125 Glede tega je Komisija svoje stališče obrazložila tako (glej točko 130 obrazložitve izpodbijane odločbe):
- „Tudi sama dolžina postopka [pri FMA] – manj kot tri mesece za družbo GRAWE in skoraj eno leto za konzorcij – ne zadostuje za izločitev konzorcija. Avstrija je poudarila, da bi banki BB škodovala dolgotrajna negotovost, ker bi zašla v težave. Vendar pa Komisija te trditve načelno in *in concreto* ne more sprejeti. Načelno bi bilo to enakovredno diskriminaciji katerega koli ponudnika zunaj Evropske unije – morda celo iz druge države članice, ker bi se lahko ta argument enakovredno uporabil za katerega koli kupca, ki ga [FMA] trenutno ne pozna, torej katero koli podjetje, ki ni avstrijsko. V zvezi s to zadevo Komisija ugotavlja, da banka BB v času prodaje ni bila v težavah. Ker so postopki prodaje potekali že od leta 2003, nujnost tudi ni zadostno obrazložena. Glede na to tudi ni sprejemljiva trditev, da je družba GRAWE časovno omejila svojo ponudbo, saj bi to omogočilo številne priložnosti za diskriminacijsko vplivanje na razpisne postopke.“
- 126 Ugotoviti je treba, da se je Komisija strinjala z oceno avstrijskih organov, da bi v primeru, če bi banko BB kupil konzorcij, postopek odobritve lahko trajal tudi eno leto (čeprav se ji je zdelo šestmesečno trajanje verjetnejše), medtem ko bi v primeru, če bi banko BB kupila družba GRAWE, ta postopek trajal tri mesece (glej točko 130 obrazložitve izpodbijane odločbe).
- 127 Nasprotno pa ni menila, da bi bil zaradi te okoliščine konzorcij lahko izključen iz dveh razlogov: prvega, načelnega, ki se je nanašal na nevarnost diskriminacije katerega koli ponudnika zunaj Avstrije, in drugega, dejanskega, ki je izviral iz ugotovitve, da banka BB v času prodaje ni bila v težavah in da torej ni bilo posebne nujnosti za prodajo banke BB družbi GRAWE.
- 128 Kot sta poudarili tožeči stranki, prvi razlog za neupoštevanje trajanja postopka odobritve pri FMA, torej nevarnost diskriminacije ponudnikov s sedežem v drugih državah, ne upošteva temeljnega razlikovanja, ki se mora v okviru ugotovitve, ali državni ukrep pomeni prednost v smislu člena 87(1) ES, uporabiti med obveznostmi, ki jih mora država prevzeti kot podjetje, ki opravlja gospodarsko dejavnost, in obveznostmi, ki jih ima kot javna oblast (glej v tem smislu zgoraj v točki 50 navedeno sodbo Ryanair proti Komisiji, točka 84).
- 129 Čeprav v obravnavani zadevi država v okviru odločitve o prodaji banke BB deluje kot zasebni akter v tržnem gospodarstvu, pa v vlogi organa, pristojnega za skrbno oceno pridobitev in povečanj deležev v subjektih finančnega sektorja izvršuje svojo javno oblast. Prav tako Land Burgenland ni mogoče očitati, da je FMA glede družbe GRAWE, ki jo je ta organ že poznal, navedel, da bi bila lahko odločitev o odobritvi znana v nekaj tednih, medtem ko bi glede konzorcija, ki organu FMA ni bil poznan, zaradi česar bi bila preiskava daljša, postopek odobritve privatizacije banke BB verjetno potekal več mesecev.
- 130 Zato je Komisija v utemeljitev, zakaj ni menila, da bi verjetno daljše trajanje postopka odobritve pri FMA, če bi bila banka BB prodana konzorciju, pomenilo oviro taki prodaji, napačno navedla obstoj nevarnosti, da ponudniki ne bi bili obravnavani enako. Obstaja namreč protislovje med preučitvijo odnosa Land Burgenland glede na merilo zasebnega akterja v tržnem gospodarstvu in očitanjem nevarnosti kršitve načela prepovedi diskriminacije zaradi razlike v trajanjih postopkov odobritve v primeru prodaje banke BB družbi GRAWE in v primeru prodaje konzorciju.

- 131 Vendar pa bi bila zaradi te napake izpodbijana odločba neveljavna le, če Komisija v utemeljitev svojega stališča ne bi navedla nobenega drugega utemeljenega razloga. V skladu z ustaljeno sodno prakso namreč napačen razlog ne more upravičiti razglasitve ničnosti akta, če obstajajo drugi razlogi, ki zadoščajo za njegovo utemeljenost (glej sodbo Sodišča z dne 7. aprila 2011 v zadevi Grčija proti Komisiji, C-321/09 P, neobjavljena v ZOdl., točka 61 in navedena sodna praksa).
- 132 Vendar pa drugega razloga, ki ga navaja Komisija v tem kontekstu, ki se nanaša na dejanski primer in na podlagi katerega ni bilo posebne nujnosti, ki bi upravičevala prodajo banke BB družbi GRAWE pred konzorcijem, ni mogoče grajati. Jasno je, da je iz predstavitve dejstev razvidno, da koraki Land Burgenland za prodajo banke BB segajo v leto 2003 in da, kot trdita tožeči stranki, Land Burgenland ravno zato, ker je bil postopek privatizacije posebno dolg in drag, ni želela zamuditi dodatne priložnosti za prodajo banke BB. Prav tako ni mogoče izključiti, da je bila Land Burgenland ob upoštevanju dvomov glede izida postopka odobritve pri FMA bolj naklonjena prodaji banke BB družbi GRAWE, katere ponudbe je bila časovno omejena. Vendar bi dodatno morala Land Burgenland glede tega, da naj bi dolžina postopka pri FMA v primeru prodaje banke BB konzorciju močno ogrozila možnost privatizacije, predložiti konkretne dokaze, česar pa ni storila.
- 133 Iz vseh teh ugotovitev izhaja, da Komisija z ugotovitvijo, da niti negotovost izida niti verjetno daljše trajanje postopka pri FMA v primeru odločitve za prodajo banke BB konzorciju nista upravičevali izključitve konzorcija kot kupca, ni storila očitne napake pri presoji.
- 134 Na četrtem mestu je treba glede utemeljitve tožečih strank, da se je Komisija z vidika uporabe preizkusa zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu izrazila prestrogo, ko je v obravnavani zadevi zahtevala, da mora biti „očitno, da prodaja boljšemu ponudniku ni izvedljiva“ (glej točko 120 obrazložitve izpodbijane odločbe), ugotoviti, da tudi te ni mogoče sprejeti.
- 135 Iz celotnega besedila dela obrazložitve izpodbijane odločbe, ki se nanaša na varnost transakcije, je namreč jasno razvidno, da je navedena dikcija posledica nerodnega izražanja, saj je Komisija skrbno in pozorno preučila trditve, ki so jih avstrijski organi podali, da bi dokazali negotovost in verjetno dolgotrajnost postopka odobritve pri FMA. Tako je Komisija jasno priznala, da je „[o]čitno [...], da zasebni prodajalec na trgu ne bi izbral kupca, ki najverjetneje ne bi pridobil potrebnega dovoljenja organa [FMA] (ali drugega organa, ki sodeluje pri poslu)“ (točka 125 obrazložitve izpodbijane odločbe).
- 136 Tako Komisija Land Burgenland v tej zadevi ni odrekla „manevrskega prostora domnevanja“. Ugotovili je zgolj, da ni bilo nobenih dokazov ali znakov, da bi FMA prepovedal prodajo konzorciju (glej točko 133 obrazložitve izpodbijane odločbe).
- 137 Poleg tega tožeči stranki nista navedli, na podlagi česa sta sklepali, da je obstajala 50-odstotna verjetnost, da prodaja banke BB konzorciju ne bi bila izvedljiva (in da bi, nasprotno, 50-odstotna bila).
- 138 Nazadnje je treba glede spoštovanja obveznosti obrazložitve v zvezi z upoštevanjem postopka odobritve pri FMA opozoriti, da mora biti v skladu z ustaljeno sodno prakso obrazložitev, predpisana s členom 253 ES, prilagojena naravi zadevnega akta in ugotovitve institucije, ki je akt izdala, izražene tako jasno in nedvoumno, da lahko zainteresirana oseba razbere razloge za sprejeti ukrep in pristojno sodišče opravi nadzor. Zahtevo po obrazložitvi je treba presojati glede na okoliščine posameznega primera, zlasti glede na vsebino akta, vrsto navedenih razlogov in interes, ki bi ga za pojasnilo ugotovitev lahko imel naslovnik ali druge osebe, na katere se pravni akt neposredno in posamično nanaša. Ni potrebno, da so v obrazložitvi navedeni vsi dejanski ali pravno pomembni vidiki, saj se vprašanje, ali obrazložitev zadostuje zahtevam iz člena 253 ES, ne presoja zgolj na podlagi njenega besedila, temveč tudi na podlagi njene vsebine in vseh pravnih predpisov z zadevnega področja (glej zgoraj v točki 51 navedeno sodbo Chronopost in La Poste proti UFEX in drugim, točka 88 in navedena sodna praksa).

139 V obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da sta tožeči stranki glede na navedbe iz točk od 125 do 133 obrazložitve izpodbijane odločbe lahko razbrali razloge, na podlagi katerih je Komisija ugotovila, da prodajalec v tržnem gospodarstvu možnosti, da konzorcij kupi banko BB, ne bi izključil na podlagi posledic postopka odobritve pri FMA. Poleg tega je Splošno sodišče ob upoštevanju istih navedb, kot izhaja iz preučitve tega tožbenega razloga, prav tako lahko opravilo nadzor nad tem razlogovanjem.

140 Glede na vse zgornje ugotovitve je treba zavrnilo tudi tretji tožbeni razlog.

Četrty tožbeni razlog: napačna uporaba člena 87(1) ES, ker je Land Burgenland lahko upoštevala finančna tveganja v povezavi z garancijo Ausfallhaftung

Trditve strank

141 Tožeči stranki menita, da bi v nasprotju s tem, kar trdi Komisija, zasebni prodajalec nujno upošteval tveganja, ki izhajajo iz garancije Ausfallhaftung. Razlikovanje, ki ga je uporabila Komisija med javnim in zasebnim prodajalcem, naj bi bilo posebej nenaravno in formalistično, ker ne prikazuje realne slike ravnanja gospodarskih akterjev na trgu.

142 Na prvem mestu trdita, da čeprav se v zadevah Gröditzter Stahlwerke (sodba Sodišča z dne 28. januarja 2003 v zadevi Nemčija proti Komisiji, C-334/99, Recueil, str. I-1139, točka 136 in naslednje), Stardust Marine (sodba Sodišča z dne 16. maja 2002 v zadevi Francija proti Komisiji, C-482/99, Recueil, str. I-4397) in BP Chemicals (sodba Splošnega sodišča z dne 15. septembra 1998 v zadevi BP Chemicals proti Komisiji, T-11/95, Recueil, str. II-3235) dejansko postavlja vprašanje, ali je država prevzela obveznosti kot delničar ali kot javna oblast, so zadevna dejstva v teh zadevah jasno različna od teh v obravnavani zadevi.

143 V tej zadevi naj Land Burgenland v banki BB ne bi delovala kot javna oblast in naj garancije Ausfallhaftung ne bi odobrila v okviru izvrševanja javne oblasti. Tožeči stranki natančneje trdita, da ta garancija temelji na določbi avstrijskega zasebnega prava, in sicer na členu 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch v zvezi s pojmom Ausfallbürgschaft (varščina v primeru neplačila). Garancija Ausfallhaftung naj bi pomenila „zasebnopravno izjavo varstva“, ki se razlikuje od državnih garancij, ki sta jih odobrili nemški deželi (Anstaltslast in Gewährträgerhaftung), in s katero Land Burgenland izboljšuje gospodarski položaj banke in je zato zgolj odraz interesov, ki jih ima dežela kot lastnik. Ta analiza naj bi bila poleg tega tudi v skladu s sodno prakso sodišča Oberste Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija), ki je v sodbi z dne 4. aprila 2006 navedlo, da „Ausfallhaftung nadomešča lastna sredstva“ in „je zato instrument financiranja lastnih sredstev“. To, da se je Land Burgenland h garanciji Ausfallhaftung zavezala v okviru zakona, naj bi bilo potrebno zaradi zagotovitve zadostne javnosti te zaveze.

144 Na drugem mestu tožeči stranki trdita, da je Komisija priznala, da je garancija Ausfallhaftung, ki je odobrena v korist avstrijskih bank, obstoječa državna pomoč in zato zakonita do izteka prehodnega obdobja. Njeni učinki bi morali biti upoštevani v okviru presoje spornega ukrepa privatizacije. Pristop Komisije v zvezi s tem naj bi bil protisloven in bi naj ogrozil možnosti dežele za privatizacijo banke, ker hkrati ne more zmanjšati tveganja, da bi bilo treba posredovati na podlagi garancije Ausfallhaftung.

145 Na tretjem mestu tožeči stranki menita, da Komisija neupoštevanja garancije Ausfallhaftung v izpodbijani odločbi ni pojasnila dosledno. Komisija naj ne bi mogla zavrnilo presoje posledic garancije Ausfallhaftung v fazi preučitve odločitve o prodaji banke BB družbi GRAWE in hkrati upoštevati znesek, ki bi moral biti plačan na podlagi te garancije, pri izračunu elementa pomoči (glej točko 170 obrazložitve izpodbijane odločbe).

- 146 Na četrtem mestu tožeči stranki menita, da pristop Komisije ovira privatizacijo in da ni v skladu z njeno odločbo iz leta 2004, s katero je bila dodelitev pomoči odobrena za prestrukturiranje in privatizacijo banke BB.
- 147 Na petem in zadnjem mestu tožeči stranki poudarjata, da je Land Burgenland, ker je odločila banko BB prodati družbi GRAWE, ki naj bi bila družba s solidno bonitetno oceno in profilom minimalnega tveganja, močno zmanjšala učinke izkrivljanja konkurence, ki jih ima garancija Ausfallhaftung. Poleg tega naj bi Land Burgenland želela delovati v okviru ustreznih ukrepov, ki so bili dogovorjeni glede pomoči za prestrukturiranje, na katere se nanaša odločba iz leta 2004.
- 148 Komisija izpodbija vse te očitke.

Presoja Splošnega sodišča

- 149 Komisija je v izpodbijani odločbi (glej zlasti opombo št. 9 k točki 21 obrazložitve) garancijo Ausfallhaftung opisala kot zakonski garancijski ukrep, ki za državne organe, med drugim regionalne, pomeni obveznost posredovanja v primeru plačilne nesposobnosti ali likvidacije zadevne posojilne ustanove. V skladu s to garancijo imajo upniki posojilnih ustanov neposredne zahteve do javnega organa, ki je garant, če je posojilna ustanova v postopku likvidacije ali plačilno nesposobna in če sredstva te ustanove ne zadostujejo za njihovo poplačilo. Tega opisa garancije Ausfallhaftung tožeči stranki formalno nista izpodbijali.
- 150 Iz predloga Komisije o ustreznih ukrepih glede garancije Ausfallhaftung je razvidno, da se je Republika Avstrija zavezala, da bo to garancijo ukinila po izteku prehodnega obdobja. Dejansko in kot je razvidno iz točke 3 zgoraj, je garancija Ausfallhaftung krila vse obveznosti, ki so obstajale 2. aprila 2003, dokler niso zapadle. Za prehodno obdobje, ki je trajalo do 1. aprila 2007, se je garancija Ausfallhaftung, če finančne ustanove niso bile privatizirane že prej, ohranila za novo nastale obveznosti, če zapadejo pred 30. septembrom 2017.
- 151 Iz tega sledi, da bi morala Land Burgenland, tudi če bi bila banka BB privatizirana, ostati garant do upnikov banke, če so obveznosti do njih nastale pred 2. aprilom 2003 (ne glede na datum zapadlosti teh obveznosti) ali če so obveznosti do njih nastale med prehodnim obdobjem (ki se izteče z datumom privatizacije) in zapadejo pred 30. septembrom 2017.
- 152 V okviru tega tožeči stranki trdita, da bi morala Komisija pri svoji oceni ponudb za nakup nujno upoštevati garancijo Ausfallhaftung, s katero je bilo ob prodaji pokritih skoraj 3,1 milijarde EUR dolgov banke BB. Ker bi se od Land Burgenland lahko zahtevalo, da jamči za izgube, ki bi jih utrpela banka BB tudi po privatizaciji, se je bila upravičena prepričati, da je kupec zadostno jamčil za resnost in plačilno sposobnost, in to onkraj možnosti plačila nakupne cene, da bi se popolnoma odpravilo tveganje za likvidacijo ali reorganizacijo banke BB. Nazadnje so avstrijski organi menili, da je prodajo banke BB družbi GRAWE po precej nižji ceni od tiste, ki jo je ponudil konzorcij, povsem upravičevalo manjše tveganje za to, da bi bilo treba izpolniti obveznost jamstva na podlagi garancije Ausfallhaftung.
- 153 Po mnenju Komisije garancije Ausfallhaftung, ki je bila predhodno opredeljena kot obstoječa pomoč, ni mogoče upoštevati, ko je treba, tako kot v obravnavani zadevi, dano transakcijo preizkusiti po načelu zasebnega akterja v tržnem gospodarstvu. Tako stališče temelji na dejstvu, da ta garancija, ki je bila opredeljena kot pomoč, po definiciji ni taka, ki bi jo dal zasebni prodajalec. Komisija je zato v izpodbijani odločbi upoštevanje garancije Ausfallhaftung zavrnila s to utemeljitvijo:

„(135) Komisija meni, da je Ausfallhaftung element, ki ga [Land Burgenland] ne bi smela upoštevati. Kot je navedeno v odločitvi o sprožitvi postopka, bi se zaradi upoštevanja garancije Ausfallhaftung pomešali vloga [Land Burgenland] kot dajalke pomoči in vloga [Land Burgenland] kot prodajalke banke.

[...]

(137) [...] Ni nobenega precedensa, s katerim bi se potrdilo stališče Avstrije, da bi vlagatelj pod tržnimi pogoji upošteval garancijo, kategorizirano za državno pomoč: hipotetično noben tržni vlagatelj ne bi izdal garancije, ki ne bi bila skladna z načelom tržnega vlagatelja, in sklep o odpravi garancije Ausfallhaftung potrjuje, da ta garancija ni bila dodeljena pod tržnimi pogoji. Sodišče Evropskih skupnosti je presodilo, da se posebne garancije, ki so šteje za nezakonito pomoč, ne smejo upoštevati pri izračunavanju mogočih stroškov likvidacije. To ne pomeni, da bi se v nasprotju s tem lahko upošteval obstoječi ukrep pomoči. Komisija meni, da ni pomembno, ali je bila pomoč nezakonita ali obstoječa. Če ukrep šteje za pomoč, ga zasebni prodajalec ne bi dodelil, zato takega ukrepa torej tudi ne bi upošteval.“

154 Temu stališču Komisije je treba pritrčiti.

155 Iz sodne prakse namreč izhaja, da je treba za uporabo merila zasebnega vlagatelja razlikovati med obveznostmi, ki jih mora država prevzeti kot lastnica delničarka družbe, in obveznostmi, ki jih lahko ima kot javna oblast (sodba Sodišča z dne 14. septembra 1994 v združenih zadevah Španija proti Komisiji, od C-278/92 do C-280/92, Recueil, str. I-4103, točka 22).

156 Tako je Sodišče v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj v točki 142 navedena sodba Nemčija proti Komisiji z dne 28. januarja 2003 (točke od 133 do 141), zavrnilo možnost, da se različna posojila in garancije, ki jih zasebni vlagatelj ne bi nikoli dal pod istimi pogoji in ki jih je treba opredeliti kot nezakonite državne pomoči, upoštevajo v okviru preučitve, ali je bila likvidacija družbe Gröditzter Stahlwerke dražja kot njena privatizacija po negativni ceni.

157 Tožeči stranki napačno trdita, da ta zadeva ni upoštevna, ker se nanaša na nezakonito državno pomoč, in ne na obstoječo pomoč. To, kar je odločilno v okviru uporabe merila zasebnega akterja, je namreč, ali so zadevni ukrepi taki, ki bi jih lahko odobril zasebni akter v tržnem gospodarstvu, ki želi v bolj ali manj dolgem času ustvariti dobiček. Tako je ne glede na mogočo opredelitev spornih zavez temeljno vprašanje to, ali so te zaveze take, ki bi jih lahko odobril zasebni akter v tržnem gospodarstvu.

158 Zato je – tudi če avstrijski organi kljub zavezujoči naravi Sklepa C(2003) 1329 konč. v okviru tega postopka lahko izpodbijajo opredelitev garancije Ausfallhaftung kot državne pomoči, kar je bilo ugotovljeno v tem sklepu – treba ugotoviti, da ob upoštevanju zgoraj opisanih značilnosti ureditve na podlagi garancije Ausfallhaftung zadnja ni bila dana pod normalnimi tržnimi pogoji in je zato ni mogoče upoštevati pri presoji ravnanja teh organov glede na merilo zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu.

159 Glede na vse te ugotovitve Komisiji ni mogoče očitati, da ni upoštevala garancije Ausfallhaftung v okviru ocenjevanja ponudb, ki sta jih za nakup banke BB predložila konzorcij in družba GRAWE.

160 Zato je treba četrti tožbeni razlog zavrčiti.

Peti tožbeni razlog: napačna uporaba načela zasebnega prodajalca v tržnem gospodarstvu v okviru podredne preučitve tveganj v povezavi z garancijo Ausfallhaftung

161 S tem tožbenim razlogom tožeči stranki v bistvu trdita, da je podredna preučitev finančnih tveganj za Land Burgenland, če bi se odločila banko BB prodati konzorciju, napačna. Med drugim trdita, da presoja obsega izgub likvidnostnih sredstev zaradi uporabe garancije Ausfallhaftung temelji na napačnih predpostavkah in ni zadosti obrazložena. Poleg tega naj bi Komisija storila napako, ko za scenarij likvidacije banke BB ni hotela upoštevati neodvisne študije, na katero se je Land Burgenland utemeljeno zanesla.

- 162 Opozoriti je treba, da je Komisija za dodatno pojasnitev preučila trditve tožečih strank v zvezi z upoštevanjem garancije Ausfallhaftung (glej točke od 144 do 157 obrazložitve izpodbijane odločbe). Po tej preučitvi je sklenila, da ponudba družbe GRAWE – tudi ob sprejetju stališča Republike Avstrije in upoštevanju garancije Ausfallhaftung – ni pomenila najboljše ponudbe.
- 163 Ker je treba potrditi glavno utemeljitev Komisije, in sicer tisto, na podlagi katere je sklenila, da garancije Ausfallhaftung ni treba upoštevati pri ocenjevanju ponudb za nakup banke BB (glej četrti tožbeni razlog), ni treba preučiti utemeljenosti tega tožbenega razloga, ki je usmerjen zgolj proti podredni utemeljitvi in ki po definiciji ne more omajati končnega sklepa Komisije. V skladu z ustaljeno sodno prakso namreč napačen razlog ne more upravičiti razglasitve ničnosti akta, če je v njem naveden kot dodatna pojasnitev in če obstajajo drugi razlogi, ki zadoščajo za njegovo utemeljenost (glej zgoraj v točki 131 navedeno sodbo Grčija proti Komisiji, točka 61 in navedena sodna praksa).
- 164 Zato je treba ta tožbeni razlog zavrniti kot brezpredmeten.

Osmi tožbeni razlog: napačna presoja izdaje obveznic v okviru garancije Ausfallhaftung

Trditve strank

- 165 Tožeči stranki trdita, da je Komisija napačno ugotovila, da je zaradi dodatnih obveznic v vrednosti 380 milijonov EUR, ki so bile tik pred prodajo izdane v korist družbe GRAWE, zadnja pridobila prednost. Komisija naj bi med drugim spregledala, da so bile, kot izhaja iz različnih pričevanj in časovnega zaporedja izdaj obveznic, ki so ga predložili avstrijski organi, izdaje obveznic naznanjene obema ponudnikoma in sta imela od njih oba enako korist. Poleg tega naj Komisija ne bi primerjala prednosti, ki bi jih izdaje novih obveznic lahko prinesle obema ponudnikoma glede na njuna različna profila tveganja in oceno. Med drugim trdita, da je bila prednost v povezavi z garancijo Ausfallhaftung za družbo GRAWE, ker je imela zelo dobro oceno, z njunega vidika zelo nizka. Konzorcij pa naj bi imel od nje velike koristi, kar je močno zvišalo nakupno ceno. Komisija naj tega nikakor ne bi upoštevala, ko je primerjala dve ponujeni nakupni ceni, kar naj bi pomenilo očitno napako v okviru ugotavljanja dejstev.
- 166 Tožeči stranki poleg tega menita, da bi bila ob predpostavki, da bi bila izdaja dodatnih obveznic v znesku 380 milijonov EUR obljubljena zgolj družbi GRAWE, prednost, ki bi jo zaradi tega ta pridobila, ob upoštevanju odličnega profila tveganja majhna.
- 167 Komisija izpodbija vse te očitke.

Presoja Splošnega sodišča

- 168 Opozoriti je treba, da je Komisija v točki 171 obrazložitve izpodbijane odločbe ugotovila:

„Vprašanje novih dodatnih obveznic v znesku 380 milijonov EUR iz državne garancije ni bilo navedeno v pismu o postopku ali v osnutku pogodbe z družbo GRAWE. Komisija meni, da je bil tak dogovor zelo pomemben pri postopku prodaje in bi moral biti naveden v osnutku pogodbe s konzorcijem. Konzorcij je poleg tega potrdil, da ni upošteval izdaje dodatnih novih obveznic v svoji ponudbi. Komisija zato meni, da je treba prednost, dodeljeno družbi GRAWE in povezano s prednostjo refinanciranja, ki izhaja iz dodatnih 380 milijonov EUR, prilagoditi tako, da se poveča razlika med ponudbo konzorcija in dejansko prodajno ceno. Osnova za izračun je obrestna mera, ki jo je banka BB plačala za dodatne obveznice v višini 380 milijonov EUR v primerjavi s stroški refinanciranja banke BB po sklenitvi posla.“

- 169 Tožeči stranki v okviru tega tožbenega razloga obravnavata te ugotovitve. V bistvu trdita, da pri prilagoditvi na celotno vrednost prednosti, ki naj bi jo prejela družba GRAWE zaradi izdaje dodatnih obveznic v znesku 380 milijonov EUR, ni bilo upoštevano dejstvo, da je imel od te izdaje obveznic korist tudi konzorcij.
- 170 Čeprav Komisija, kot je razvidno iz točk 148 in 171 obrazložitve izpodbijane odločbe, ni zavrnila vključitve te izdaje dodatnih obveznic v scenarij likvidacije, ki ga je preučila podredno in ki sta ga predvidevali tožeči stranki v primeru prodaje konzorciju, je v okviru ocenjevanja zneska prednosti, podeljene družbi GRAWE, navedla zgolj, da konkretno v ponudbi konzorcija ni bila upoštevana izdaja dodatnih obveznic. V tem okviru je Komisija upoštevala, prvič, da izdaja dodatnih obveznic v vrednosti 380 milijonov EUR ni bila navedena niti v pismu o postopku niti v osnutku pogodbe s konzorcijem in, drugič, da je ta potrdil, da dejansko ni upošteval te izdaje.
- 171 Utemeljitev tožečih strank, da tudi če bi bila izdaja dodatnih obveznic obljubljena le družbi GRAWE, ta zaradi višje finančne ocene in boljšega profila tveganja v primerjavi s konzorcijem ni pridobila nobene dodatne prednosti, ni podprta z nobenimi prepričljivimi pojasnili in jo je treba že iz tega razloga zavrniti.
- 172 Čeprav želita tožeči stranki v okviru tega tožbenega razloga dejansko prikazati finančno tveganje za Land Burgenland iz naslova garancije Ausfallhaftung, je treba opozoriti, da – kot izhaja iz preučitve četrtega tožbenega razloga (glej točko 158 zgoraj) – ta garancija ni element, ki bi ga bilo treba upoštevati pri presojanju spornega ukrepa glede na merilo zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Poleg tega in kot je poudarila Komisija, v okviru ocenjevanja zneska pomoči ni bilo treba ugotoviti, kakšna bi bila hipotetična prednost, ki bi jo pridobila banka BB, če bi jo kupil konzorcij, ampak bolj, kakšna je bila prednost, ki jo je dejansko in objektivno pridobila družba GRAWE.
- 173 Zato je treba osmi tožbeni razlog zavrniti.

Deveti tožbeni razlog: večkratna napačna uporaba člena 87(1) ES pri opredelitvi elementa pomoči

Trditve strank

- 174 Tožeči stranki Komisiji očitata, da je ugotovila obstoj pomoči, ne da bi z gotovostjo dokazala, da je bila družba GRAWE v prednosti. To naj bi pomenilo napačno uporabo člena 87(1) ES, ker Komisija ne razlikuje dovolj med obstojem pomoči in pomembnostjo elementa pomoči. Komisiji očitata tudi, da v točki 156 obrazložitve izpodbijane odločbe zaradi primerjave ponudbe konzorcija s ponudbo družbe GRAWE ni upoštevala tveganja, da konzorcij ne bi plačal cene, kar naj bi pomenilo očitno napako pri ugotavljanju dejstev. Nazadnje Komisiji očitata, da je v drugem stavku točke 174 obrazložitve izpodbijane odločbe zahtevala, naj se upošteva prednost zaradi prenosa davčnih izgub, čeprav davčne koristi, ki bi jih transakcija pomenila za konzorcij, niso bile preučene.
- 175 Komisija izpodbija utemeljenost trditev tožečih strank.

Presoja Splošnega sodišča

- 176 Tožeči stranki s trditvami Komisiji očitata, da je ugotovila obstoj prednosti, ne da bi preverila, ali bi bilo na podlagi prilagoditev iz točk od 167 do 174 obrazložitve izpodbijane odločbe, s katerimi se upoštevajo razlike med predloženima ponudbama in dodatna prednost, ki jo je družba GRAWE pridobila z izdajo dodatnih obveznic v višini 380 milijonov EUR, mogoče sklepati o obstoju negativne pomoči.

- 177 Ne glede na podredno utemeljitev, ki je bila navedena glede scenarija likvidacije, in ob upoštevanju, da Komisija ni storila očitne napake pri presoji, ko je menila, da je treba upoštevati zgolj dodatno prednost, ki jo je družba GRAWE pridobila z dodatno izdajo delnic v znesku 380 milijonov EUR (glej točke od 168 do 171 zgoraj), tožeči stranki nista mogli dokazati, da bi te prilagoditve lahko odpravile finančno prednost, ki jo je družba GRAWE pridobila s privatizacijo banke BB.
- 178 Izhodiščni znesek pomoči, ki jo je treba povrniti, je namreč načeloma posledica razlike 54,7 milijona EUR med ponujeno ceno konzorcija in nakupno ceno, ki jo je dejansko plačala družba GRAWE, in ga je treba prilagoditi glede na razlike v parametrih, ki sta jih družba GRAWE in konzorcij dejansko upoštevala pri predložitvi svojih ponudb za nakup banke BB. Vendar sta v izpodbijani odločbi določeni le dve prilagoditvi navzdol, in sicer v znesku 2,1 milijona EUR, ki je posledica razlike v znesku nadomestila za predčasno prenehanje (glej točko 168 obrazložitve izpodbijane odločbe), in v znesku, ki ga je treba še določiti in ki se nanaša na prenos štirih nepremičninskih družb na Land Burgenland (glej točki 18 in 172 obrazložitve izpodbijane odločbe).
- 179 Zato deveti tožbeni razlog ni utemeljen in ga je treba zavrni.
- 180 Iz vsega navedenega je razvidno, da je treba tožbi zavrni.

Stroški

- 181 V skladu s členom 87(2) Poslovnika Splošnega sodišča se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker Republika Avstrija in Land Burgenland nista uspeli, se jima v skladu s predlogi Komisije naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (šesti senat)

razsodilo:

- 1. Tožbi se zavrneta.**
- 2. Republikli Avstriji in Land Burgenland se naloži plačilo stroškov.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourggu, 28. februarja 2012.

Podpisi