



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (deseti senat)

z dne 22. oktobra 2015*

„Predhodno odločanje — Javna naročila — Direktiva 2004/18/ES — Razlogi za izključitev iz postopka oddaje javnega naročila — Javno naročilo, ki ne dosega praga iz te direktive — Temeljna pravila Pogodbe DEU — Izjava o sprejetju protokola zakonitosti v zvezi z bojem zoper kriminalne dejavnosti — Izključitev zaradi nepredložitve take izjave — Dopustnost — Sorazmernost“

V zadevi C-425/14,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Italija) z odločbo z dne 9. julija 2014, ki je prispela na Sodišče 17. septembra 2014, v postopku

Impresa Edilux Srl, kot pooblaščenka začasnega združenja podjetij,

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

proti

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana,

UREGA – Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

ob udeležbi

Icogen Srl,

SODIŠČE (deseti senat),

v sestavi D. Šváby, predsednik osmega senata v funkciji predsednika desetega senata, E. Juhász in C. Vajda (poročevalec), sodnika,

generalni pravobranilec: P. Cruz Villalón,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

* Jezik postopka: italijanščina.

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Impresa Edilux Srl, kot pooblaščenko začasnega združenja podjetij, in Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) F. Lattanzi in S. Iacuzzo, odvetnika,
- za Icogen Srl C. Giurdanella, odvetnik,
- za italijansko vlado G. Palmieri, agentka, skupaj s S. Varonejem, avvocato dello Stato,
- za Evropsko komisijo D. Recchia in A. Tokár, agenta,

na podlagi sklepa, sprejetega po opredelitvi generalnega pravobranilca, da bo v zadevi razsojeno brez sklepnih predlogov,

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 45 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132), kakor je bila spremenjena z Uredbo Komisije (EU) št. 1251/2011 z dne 30. novembra 2011 (UL L 319, str. 43, v nadaljevanju: Direktiva 2004/18).
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Impresa Edilux Srl (v nadaljevanju: Edilux), pooblaščenko začasnega združenja podjetij, ki ga sestavljata ta družba in Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (v nadaljevanju: SICEF), in zadnjenavedeno družbo na eni strani ter Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (odbor za kulturno dediščino in sicilijansko identiteto, odbor pokrajine Trapani), Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana (odbor za kulturno dediščino in sicilijansko identiteto), UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, odbor pokrajine Trapani) ter Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (odbor za infrastrukturo in mobilnost dežele Sicilije) (v nadaljevanju: skupaj: naročnik v postopku v glavni stvari) na drugi strani, ker je zadnjenavedeni družbo Edilux in SICEF izključil iz postopka oddaje javnega naročila, ker k ponudbi nista predložila izjave o sprejetju klavzul iz protokola zakonitosti.

Pravni okvir

Pravo Unije

- 3 Člen 2 Direktive 2004/18 določa:

„Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“
- 4 V skladu s členom 7(c) te direktive se ta uporablja za javna naročila gradenj, katerih vrednost brez davka na dodano vrednost je enaka ali večja od 5.000.000 EUR.

5 Člen 45 navedene direktive, naslovljen „Osebni položaj kandidata ali ponudnika“, v odstavkih 1 in 2 določa:

„1. Vsak kandidat ali ponudnik, ki mu je zaradi enega ali več razlogov navedenih spodaj, izrečena pravnomočna sodba, s katero je naročnik seznanjen, je izključen iz postopka pri oddaji javnega naročila:

- (a) sodelovanje v kriminalnih združbah [...]
- (b) korupcija [...]
- (c) goljufija [...]
- (d) pranje denarja [...]

Države članice morajo določiti izvedbene pogoje za ta odstavek v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju zakonodaje Skupnosti.

Določijo lahko tudi odstopanje od zahteve iz prvega pododstavka zaradi prevladujočih zahtev v splošnem interesu.

[...]

2. Vsak gospodarski subjekt je lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če:

- (a) je bodisi v stečaju bodisi v postopku likvidacije, kadar z njegovimi posli upravlja sodišče, se je začel postopek z upniki, je opustil poslovno dejavnost ali je v kater[em] koli podobnem položaju, ki izhaja iz sorodnega postopka po nacionalnih zakonih ali predpisih;
- (b) je bodisi subjekt v postopku za objavo stečaja, naloga za prisilno likvidacijo ali sodne izvedbe ali dogovora z upniki bodisi v drugih podobnih postopkih po nacionalnih zakonih ali predpisih;
- (c) je bil s pravnomočno sodbo v skladu s pravnimi predpisi zadevne države obsojen za prestopke v zvezi z njegovim poklicnim ravnanjem;
- (d) je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bilo dokazano s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo;
- (e) ni izpolnjeval obveznosti v zvezi s plačili prispevkov za socialno varnost v skladu z zakonskimi določbami države, kjer ima sedež, ali določbami države naročnika;
- (f) ni izpolnjeval obveznosti v zvezi s plačili davkov v skladu z zakonskimi določbami države, kjer ima sedež, ali določbami države naročnika;
- (g) je kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem, ali teh informacij ni zagotovil.

Države članice morajo določiti izvedbene pogoje za ta odstavek v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju zakonodaje Skupnosti.“

Italijansko pravo

- 6 Člen 46(1a) zakonske uredbe št. 163, ki se nanaša na sprejetje zakonika o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga na podlagi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES, (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) z dne 12. aprila 2006 (redni dodatek h GURI št. 100 z dne 2. maja 2006) določa:

„Naročnik izključi kandidate ali konkurente, če ti ne izpolnjujejo pogojev iz tega zakona ali uredbe in iz drugih določb veljavnih zakonov ter zaradi absolutne negotovosti glede vsebine ali izvora ponudbe, če ni podpisa ali drugih bistvenih elementov oziroma če je ovojnica, ki vsebuje ponudbo, ali vloga za sodelovanje nepopolna ali zaradi drugih nepravilnosti v zvezi z zapiranjem ovojnic, ki so take, da je glede na okoliščine primera mogoče sklepati, da je bilo kršeno načelo zaupnosti ponudb; v razpisih in vabilih ni mogoče določiti drugih primerov, za katere velja izključitev. Takšne klavzule so sicer nične.“

- 7 Člen 1(17) zakona št. 190 o določbah za preprečevanje in zatiranje korupcije in nezakonitosti v javni upravi (legge n° 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) z dne 6. novembra 2012 (GURI št. 265 z dne 13. novembra 2012, v nadaljevanju: zakon št. 190/2012) določa:

„Naročniki lahko v obvestilih, javnih razpisih ali vabilih k oddaji naročila določijo, da je nespoštovanje klavzul iz protokolov zakonitosti ali paktov integritete lahko razlog za izključitev iz razpisa.“

Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

- 8 Družba Edilux je glavna pooblaščenka, SICEF pa pooblastitelj začasnega združenja podjetij. Naročnik iz postopka v glavni stvari jima je 20. maja 2013 oddal javno naročilo gradenj, katerega vrednost je ocenjena na 2.271.735 EUR in ki se je nanašalo na restavriranje grških templjev na Siciliji.
- 9 Naročnik iz postopka v glavni stvari je 18. junija 2013, potem ko je družba Icogen Srl, drugouvrščena družba v postopku oddaje naročila, vložila pritožbo, razveljavil odločbo o oddaji zadevnega naročila družbi Edilux in SICEF ter to naročilo dokončno oddal družbi Icogen Srl.
- 10 Naročnik iz postopka v glavni stvari je navedeno razveljavitev in s tem izključitev družbe Edilux in SICEF iz postopka javnega razpisa utemeljil s tem, da ta s svojo ponudbo nista predložila izjave o sprejetju klavzul, navedenih v protokolu zakonitosti, ki jo je bilo treba priložiti v skladu z načrtom iz priloge 6 razpisne dokumentacije navedenega javnega naročila. Pod naslovom „Opozorilo“ te razpisne dokumentacije je bilo navedeno, da je ta izjava bistveni dokument, ki ga je treba predložiti, sicer se kandidata lahko izključi.
- 11 V navedeni izjavi, katere kopija je priložena spisu, ki je bil predložen Sodišču, je navedeno:

„[Subjekt, ki sodeluje na javnem razpisu,] se izrecno zavezuje, da bo, če mu bo oddano naročilo:

- a) obveščal [...] naročnika [...] o trenutnem stanju del, o predmetu, znesku in subjektih, ki so sklenili pogodbe o podizvanju in stroških [...] ter o načinih izbire pogodbenikov [...];
- b) naročniku sporočil kakršen koli poskus motnje, nepravilnosti ali izkrivljenosti, ki jo opazi med postopkom javnega razpisa in/ali izvajanjem pogodbe s strani zadevnega subjekta, uslužbenca ali vsake osebe, ki bi lahko vplivala na odločitve v zvezi z zadevnim razpisom;
- c) sodeloval s policijo, s tem da bo prijavil vsakršen poskus izsiljevanja, zastraševanja ali kaznivega vplivanja [...];

- d) vključil enake klavzule v pogodbe o podizvajanju [...], in se zaveda, da sicer morebitna dovoljenja ne bodo podeljena;

Izrecno in slovesno izjavlja

- e) da ni v razmerju odvisnosti ali združenja (pravnega ali dejanskega) z drugimi konkurenti in da ni in ne bo sklenil sporazuma z drugimi udeleženci postopka javnega razpisa;
- f) da za izvajanje kakršnih koli nalog ne bo sklepal pogodbe o podizvajanju z drugimi podjetji, ki sodelujejo pri javnem razpisu [...], in da se zaveda, da sicer te pogodbe o podizvajanju ne bodo dovoljene;
- g) da je ponudba v skladu z načeli resnosti, celovitosti, neodvisnosti in zaupnosti ter da se zavezuje spoštovati načela lojalnosti, preglednosti in celovitosti; ter da z drugimi udeleženci postopka javnega razpisa ni in ne bo sklenil nobenega sporazuma o omejitvi ali preprečitvi konkurence;
- h) da bo, če mu bo oddano naročilo, naročniku sporočil kakršen koli poskus motnje, nepravilnosti ali izkrivljenosti, ki jo opazi med postopkom javnega razpisa in/ali izvajanjem pogodbe s strani zadevnega subjekta, uslužbenca ali vsake osebe, ki bi lahko vplivala na odločitve v zvezi z zadevnim razpisom;
- i) da se zavezuje, da bo sodeloval s policijo, s tem da bo prijavil vsakršen poskus izsiljevanja, zastraševanja ali kaznivega vplivanja [...];
- j) da se zavezuje, da bo vključil enake klavzule v pogodbe o podizvajanju [...], in se zaveda, da sicer morebitna dovoljenja ne bodo podeljena;
- k) [...] da se zaveda, da so zgoraj navedene izjave in obveznosti pogoji, ki se zahtevajo za sodelovanje pri javnem razpisu, tako da če naročnik med postopkom oddaje in na podlagi resnih natančnih in skladnih podatkov ugotovi obstoj dejanskega združenja, bo podjetje izključeno.“
- 12 Ker je Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (deželno upravno sodišče za Sicilijo) zavrnilo tožbo, ki sta jo zoper odločbo naročnika iz postopka v glavni stvari z dne 18. junija 2013 vložila družba Edilux in SICEF, sta ta vložila pritožbo pri Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (svet upravnega sodstva za deželo Sicilijo).
- 13 Predložitveno sodišče pojasnjuje, da je namen uvedbe protokolov zakonitosti v italijansko pravno ureditev preprečitev škodljivega pojava infiltracije organiziranega kriminala in boj zoper njega – zlasti na področju javnih naročil – ki je dobro zakoreninjen v nekaterih deželah južne Italije. Ti protokoli naj bi bili poleg tega pomembni za zaščito temeljnih načel konkurence in preglednosti, ki sta temelj italijanske ureditve in ureditve Evropske unije na področju javnih naročil.
- 14 Po mnenju predložitvenega sodišča lahko naročniki v skladu s členom 1(17) zakona št. 190/2012 zahtevajo – sicer pride do izključitve – da je sprejetje takih protokolov, ki je nujno za to, da klavzule teh protokolov postanejo zavezujoče, izvedeno prej. Če bi se namreč sankcioniralo le nespoštovanje teh klavzul med izvajanjem naročila, bi bil želeni in napovedani učinek maksimalne zagotovitve varnosti in odvrnitve izničen. Takšna izključitvena klavzula naj bi bila poleg tega dopustna ob upoštevanju člena 46(1a) zakonske uredbe št. 163, ki določa izključitev iz postopka javnega razpisa na podlagi veljavnih zakonskih določb, med katerimi je navedena določba zakona št. 190/2012.
- 15 Vendar pa ima predložitveno sodišče dvome o skladnosti takšne izključitvene klavzule s pravom Unije. Predložitveno sodišče v zvezi s tem poudarja, da člen 45 Direktive 2004/18, ki v odstavkih 1, prvi pododstavek, in 2, prvi pododstavek, določa izčrpen seznam razlogov za izključitev, ne vsebuje podobne

določbe. Vendar pa meni, da bi bil lahko člen 1(17) zakona št. 190/2012 v skladu s členom 45(1), tretji pododstavek, te direktive, ki po njegovem mnenju določa izjemo od taksativnosti razlogov za izključitev iz nujnih razlogov v splošnem interesu, kot so ti, ki so povezani z javnim redom in preprečevanjem kaznivih dejanj.

- 16 Predložitveno sodišče dodaja, da čeprav vrednost spornega javnega naročila gradenj ne dosega upoštevne praga, ki je določen za uporabo Direktive 2004/18, se vseeno uporabijo načela prava Unije. V zvezi s tem poudarja, da ima to naročilo določen čezmejni interes, ker se določbe posebne ureditve postopka v zvezi z navedenim naročilom nanašajo na udeležbo tudi drugih podjetij, ki nimajo sedeža v Italiji.
- 17 Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana je v teh okoliščinah prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

- „1. Ali pravo Evropske unije, zlasti člen 45 Direktive 2004/18[...], nasprotuje določbi, kot je člen 1(17) zakona št. 190/2012, ki naročnikom dovoljuje, da kot upravičen razlog za izključitev podjetij, ki sodelujejo pri napovedanem razpisu za oddajo javnega naročila, navedejo to, da ta podjetja niso privolila, oziroma ni dokazil, da so privolila v obveznosti iz tako imenovanih ‚protokolov zakonitosti‘ in, splošneje, iz sporazumov med naročniki in sodelujočimi podjetji o boju proti infiltraciji organiziranega kriminala na področju oddaje javnih naročil?
2. Ali je v skladu s členom 45 Direktive 2004/18[...] morebitno določbo v pravnem redu države članice o možnosti izključitve, opisane v prejšnjem vprašanju, mogoče šteti za odstopanje od načela taksativnosti razlogov za izključitev, ki so utemeljeni z nujno zahtevo boja proti poskusom infiltracije organiziranega kriminala v postopke oddaje javnih naročil?“

Vprašanji za predhodno odločanje

Uvodne ugotovitve

- 18 Vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je postavilo predložitveno sodišče, se nanašata na razlago člena 45 Direktive 2004/18. Vendar pa predložitveno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ugotavlja, da je vrednost javnega naročila gradenj iz postopka v glavni stvari nižja od upoštevne praga za uporabo te direktive, in sicer praga, ki je določen v njenem členu 7(c).
- 19 Ugotoviti pa je treba, da se posebni in strogi postopki, ki jih določajo direktive Evropske unije o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil, uporabljajo zgolj za pogodbe, katerih vrednost je večja od praga, ki je izrecno določen v vsaki od navedenih direktiv. Tako se pravila iz teh direktiv ne uporabljajo za naročila, katerih vrednost je manjša od praga, ki ga določajo te direktive (glej sodbo Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, točka 15 in navedena sodna praksa). Zato se člen 45 Direktive 2004/18 ne uporablja v okviru spora o glavni stvari.
- 20 Vendar iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da to, da je predložitveno sodišče vprašanje za predhodno odločanje oblikovalo tako, da se je sklicevalo le na nekatere določbe prava Unije, ni ovira za to, da mu Sodišče predloži vse elemente razlage, ki so lahko uporabni pri sojenju v zadevi, o kateri odloča, ne glede na to, ali jih ta v vprašanih navaja. Glede tega mora Sodišče iz vseh elementov, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, zlasti iz obrazložitve predložitvene odločbe, zbrati elemente prava Unije, ki jih je treba razložiti ob upoštevanju predmeta spora (glej zlasti sodbo Ville d’Ottignies-Louvain-la-Neuve in drugi, C-225/13, EU:C:2014:245, točka 30 in navedena sodna praksa).

- 21 V skladu s prav tako ustaljeno sodno prakso se za oddajo naročil, ki glede na njihovo vrednost ne spadajo na področje uporabe direktiv Unije o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil, kljub temu uporabljajo temeljna pravila in splošna načela Pogodbe DEU, zlasti načelo enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njiju, zlasti če imajo ta naročila glede na nekatera objektivna merila čezmejni interes (glej v tem smislu sodbo *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, točka 16 in navedena sodna praksa).
- 22 Predložitveno sodišče v zvezi s tem dopušča možnost, da se za spor, o katerem odloča, uporabijo načela prava Unije in v tem okviru ugotavlja obstoj čezmejnega interesa, ker se določbe posebne ureditve postopka glede javnega naročila, ki je predmet tega spora, nanašajo na udeležbo drugih podjetij, ki nimajo sedeža v Italiji.
- 23 V teh okoliščinah je treba šteti, da se prvo vprašanje nanaša na temeljna pravila in splošna načela pogodb, navedena v točki 21 te sodbe.
- 24 Na drugo vprašanje ni treba odgovoriti. Kot je namreč razvidno iz obrazložitve predložitvene odločbe, se to vprašanje osredotoča na člen 45(1), tretji pododstavek, Direktive 2004/18, ki za nujne razloge v splošnem interesu določa izjemo od zahteve iz prvega pododstavka tega odstavka, da naročnik izključi iz postopka o oddaji javnega naročila vsakega kandidata ali ponudnika, ki mu je iz enega ali več razlogov, navedenih v tej določbi, izrečena pravnomočna sodba.

Prvo vprašanje

- 25 Prvo vprašanje je torej treba razumeti tako, da se v bistvu nanaša na vprašanje, ali je treba temeljna pravila in splošna načela pogodbe, zlasti načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njiju, razlagati tako, da nasprotujejo določbi nacionalnega prava, na podlagi katere lahko naročnik določi, da se kandidata ali ponudnika izključi iz postopka javnega razpisa, ki se nanaša na javno naročilo, ker v svoji ponudbi ni predložil pisne privolitve v obveznosti in izjave, navedene v protokolu zakonitosti, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, katerega namen je boj proti infiltraciji organiziranega kriminala na področju javnih naročil.
- 26 Sodišče je že presodilo, da je treba državam članicam glede načel enakega obravnavanja in obveznosti preglednosti priznati določeno diskrecijsko pravico zaradi sprejetja ukrepov, s katerimi zagotavljajo upoštevanje teh načel in ki jih morajo naročniki upoštevati v vsakem postopku oddaje javnega naročila. Vsaka država članica zna namreč sama ob upoštevanju njej lastnih zgodovinskih, pravnih, ekonomskih ali družbenih okoliščin najbolje opredeliti položaje, ki so ugodni za pojav ravnanj, ki lahko kršijo to načelo in to obveznost (glej v tem smislu sodbo *Serrantoni in Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, točki 31 in 32 ter navedena sodna praksa).
- 27 Predložitveno sodišče meni, da je namen protokola zakonitosti, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, preprečitev škodljivega pojava infiltracije organiziranega kriminala in boj zoper njega – zlasti na področju javnih naročil – ki je dobro zakoreninjen v nekaterih deželah južne Italije. Namen tega protokola naj bi bil tudi zaščita temeljnih načel konkurence in preglednosti, ki sta temelj italijanske ureditve in ureditve Unije na področju javnih naročil.
- 28 Ugotoviti je treba, da z nasprotovanjem kriminalni dejavnosti in izkrivljanju konkurence na področju javnih naročil ukrep, kakršen je obveznost privolitve v tak protokol zakonitosti, očitno krepí enako obravnavanje in preglednost pri oddaji naročil. Poleg tega, ker je ta obveznost naložena vsem kandidatom ali ponudnikom brez razlikovanja, ne posega v načelo prepovedi diskriminacije.
- 29 Vendar pa v skladu z načelom sorazmernosti, ki je splošno načelo prava Unije, tak ukrep ne sme presežati tega, kar je potrebno za doseg želenega cilja (glej v tem smislu sodbo *Serrantoni in Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, točka 33 in navedena sodna praksa).

- 30 V zvezi s tem je treba najprej zavriniti trditev družbe Edilux in SICEF, da privolitev v določene obveznosti pomeni neučinkovito sredstvo boja zoper infiltracijo organiziranega kriminala, ker je spoštovanje teh obveznosti mogoče preveriti le po oddaji javnega naročila.
- 31 Predložitveno sodišče namreč pojasnjuje, da morajo biti klavzule protokolov zakonitosti za to, da bi bile zavezujoče, predhodno sprejete kot pogoj pripustitve k postopku oddaje javnega naročila, in da če bi se namreč sankcioniralo le nespoštovanje teh določil med izvajanjem naročila, bi bil napovedani učinek maksimalne zagotovitve varnosti in odvrnitve izničen. V teh okoliščinah in ob upoštevanju proste presoje, ki je priznana državam članicam in na katero je opozorjeno v točki 26 te sodbe, ne bi bilo mogoče šteti, da obveznost privolitve v obveznosti iz protokola zakonitosti od začetka sodelovanja pri javnem razpisu za oddajo določenega naročila presega tisto, kar je potrebno za doseg želenih ciljev.
- 32 Drugič, kar zadeva vsebino protokola zakonitosti iz postopka v glavni stvari, je namen obveznosti v točkah od (a) do (d), ki jih morajo na podlagi protokola zakonitosti prevzeti kandidati ali ponudniki, v bistvu navedba trenutnega stanja del, predmeta, zneska in subjektov, ki so sklenili pogodbe o podizvajanju in stroških, ter navedba načinov izbire pogodbenikov, obvestitev naročnika o kakršnem koli poskusu motnje, nepravilnosti ali izkrivljenosti, ki jo opazi med postopkom javnega razpisa in izvajanjem pogodbe, sodelovanje s policijo, s prijavo vsakršnega poskusa izsiljevanja, zastraševanja ali kaznivega vplivanja, ter vključitev enakih klavzul v pogodbe o podizvajanju. Te obveznosti se prekrivajo s točkami od (h) do (j) tega protokola.
- 33 Kar zadeva izjavo, kakršna je ta v točki (g) protokola zakonitosti iz postopka v glavni stvari, v skladu s katero udeleženec izjavlja, da z drugimi udeleženci javnega razpisa ni in ne bo sklenil nobenega sporazuma o omejitvi ali preprečitvi konkurence, je ta omejena na varstvo načel konkurence in preglednosti v postopkih oddaje javnih naročil.
- 34 Takšne obveznosti in izjave se nanašajo na lojalno vedenje kandidata ali ponudnika v razmerju do naročnika iz postopka v glavni stvari in na sodelovanje z organi kazenskega pregona. Ne presegajo tistega, kar je potrebno za boj proti infiltraciji organiziranega kriminala na področju javnih naročil.
- 35 Točka (e) protokola zakonitosti iz postopka v glavni stvari vsebuje izjavo, da udeleženec ni v razmerju odvisnosti ali združenja z drugimi konkurenti.
- 36 Kot je Evropska komisija poudarila v pisnih stališčih, pa je iz sodne prakse Sodišča razvidno, da samodejna izključitev kandidatov ali ponudnikov, ki so v takšnem razmerju z drugimi kandidati ali ponudniki, presega tisto, kar je potrebno za preprečitev tajnih ravnanj in torej za zagotovitev uporabe načela enakega obravnavanja in spoštovanja obveznosti preglednosti. Takšna samodejna izključitev namreč pomeni neizpodbojno domnevo navzkrižja interesov pri zadevnih ponudbah, za isti trg, podjetij, ki jih povezuje odvisno razmerje ali so člani istega združenja. S takšno samodejno izključitvijo je tem kandidatom ali ponudnikom odvzeta možnost, da dokažejo neodvisnost svojih ponudb, zato je ta v nasprotju z interesom Unije, da se udeležba na javnem razpisu zagotovi kar največ ponudnikom (glej v tem smislu sodbi Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, točke od 28 do 30, in Serrantoni in Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, točki 39 in 40).
- 37 V točki (e) je navedena tudi izjava, da udeleženec z drugimi sodelujočimi v postopku javnega razpisa ni in ne bo sklenil nobenega sporazuma. Z izključitvijo kakršnega koli sporazuma med udeleženci, vključno s sporazumi, ki ne morejo omejiti konkurence, taka izjava presega, kar je potrebno za varovanje načela konkurence na področju javnih naročil. Zato je takšna izjava drugačna od izjave iz točke (g) protokola zakonitosti iz postopka v glavni stvari.
- 38 Iz tega sledi, da obveznost udeleženca javnega naročila, da izjavi, prvič, da ni v odvisnem razmerju ali ni v združenju skupaj z drugimi konkurenti, in drugič, da ni sklenil sporazuma z drugimi udeleženci postopka javnega razpisa, s posledico, da je ob neobstoju takšne izjave samodejno izključen iz tega postopka, krši načelo sorazmernosti.

- 39 Enake ugotovitve je treba uporabiti tudi v zvezi z izjavo iz točke (f) protokola zakonitosti iz postopka v glavni stvari, v skladu s katero udeleženec izjavi, da ne bo za nobeno nalogo sklenil pogodbe o podizvajanju z drugimi podjetji, ki sodelujejo pri javnem razpisu, ter da se zaveda, da bodo sicer pogodbe o podizvajanju nedovoljene. Takšna izjava namreč zajema neizpodbojno domnevo, da bi se morebitna oddaja del podizvajalcem s strani prejemnika naročila po oddaji naročila drugemu udeležencu istega javnega razpisa izkazala kot tajen dogovor med zadevnima podjetjema, ne da bi imeli ti možnost dokazati nasprotno. Takšna izjava torej presega to, kar je potrebno za preprečitev tajnih ravnanj.
- 40 Poleg tega bi, ob upoštevanju cilja preprečitve in boja zoper pojav infiltracije organiziranega kriminala, moral biti vsak morebiten pritisk, ki ga na izvajalca, ki pridobi naročilo, izvaja drugo podjetje, ki je sodelovalo na javnem razpisu, da bi od tega izvajalca pridobilo dela v zvezi s tem naročilom v podizvajanju, sporočen naročniku, ali če je to primerno, prijavljen policiji v skladu s točkami (b),(c), (g), (h) in (i) protokola zakonitosti iz postopka v glavni stvari.
- 41 Glede na zgoraj navedeno je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba temeljna pravila in splošna načela Pogodbe, zlasti načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njiju, razlagati tako, da ne nasprotujejo določbi nacionalnega prava, na podlagi katere lahko naročnik določi, da se kandidata ali ponudnika samodejno izključi iz postopka javnega razpisa, ki se nanaša na javno naročilo, ker v svoji ponudbi ni predložil pisne privolitve v obveznosti in izjave, navedene v protokolu zakonitosti, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, katerega namen je boj proti infiltraciji organiziranega kriminala na področju javnih naročil. Ker pa ta protokol vsebuje izjave, da kandidat ali ponudnik ni v odvisnem razmerju ali združenju z drugimi kandidati ali ponudniki, da ni in ne bo sklenil sporazumov z drugimi udeleženci postopka javnega razpisa in ne bo za nobeno nalogo sklenil pogodbe o podizvajanju z drugimi podjetji, ki sodelujejo v tem postopku, neobstoj teh izjav ne more imeti za posledico samodejne izključitve kandidata ali ponudnika iz navedenega postopka.

Stroški

- 42 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (deseti senat) razsodilo:

Temeljna pravila in splošna načela Pogodbe DEU, zlasti načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njiju, je treba razlagati tako, da ne nasprotujejo določbi nacionalnega prava, na podlagi katere lahko naročnik določi, da se kandidata ali ponudnika samodejno izključi iz postopka javnega razpisa, ki se nanaša na javno naročilo, ker v svoji ponudbi ni predložil pisne privolitve v obveznosti in izjave, navedene v protokolu zakonitosti, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, katerega namen je boj proti infiltraciji organiziranega kriminala na področju javnih naročil. Ker pa ta protokol vsebuje izjave, da kandidat ali ponudnik ni v odvisnem razmerju ali v združenju z drugimi kandidati ali ponudniki, da ni in ne bo sklenil sporazumov z drugimi udeleženci postopka javnega razpisa in ne bo za nobeno nalogo sklenil pogodbe o podizvajanju z drugimi podjetji, ki sodelujejo v tem postopku, neobstoj teh izjav ne more imeti za posledico samodejne izključitve kandidata ali ponudnika iz navedenega postopka.

Podpisi