



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 16. maja 2018¹

Zadeva C-124/17

**Vossloh Laeis GmbH
proti
Stadtwerke München GmbH**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložila Vergabekammer Südbayern (komisija za javna naročila južne Bavarske, Nemčija))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Javna naročila – Postopek – Direktivi 2014/24/EU in 2014/25/EU – Razlogi za izključitev – Obveznost sodelovanja gospodarskega subjekta z naročnikom za dokaz zanesljivosti pred koncem obdobja izključitve – Pojem ‚preiskovalni organi‘ – Izračun najdaljšega obdobja izključitve“

1. Gospodarski subjekt je lahko začasno izključen iz postopkov javnega naročanja, če je storil katero izmed dejanj iz člena 57 Direktive 2014/24/EU.² To obdobje izključitve pa se lahko skrajša, če kljub predhodnim kršitvam pri naročniku dokaže svojo ponovno zanesljivost.
2. Odstavek 6 tega člena določa pogoje za dokaz ponovne zanesljivosti, med drugim to, da mora gospodarski subjekt „razjasniti dejstva in okoliščine na celovit način ter dejavno sodelovati s *preiskovalnimi organi*“.³ V tem sporu gre predvsem za razlago tega pojma.
3. Pri prenosu Direktive 2014/24 v nacionalno pravo je nemški zakonodajalec določil, da je treba tako sodelovanje zagotoviti s preiskovalnimi organi, pa tudi z javnim naročnikom.
4. V tem okviru je Vergabekammer Südbayern (komisija za javna naročila južne Bavarske, Nemčija) Sodišču predložila dve vprašanji:
 - na eni strani želi izvedeti, ali je zahteva po sodelovanju (z javnim naročnikom), ki jo je določil nacionalni zakonodajalec, v skladu s pravom Unije;
 - na drugi strani pa sprašuje, kdaj začne teči najdaljše obdobje (tri leta izključitve), ki ga določa člen 57(7) Direktive 2014/24, če pravno močna sodba ne določa nobenega roka in je treba šteti, da rok začne teči „od datuma zadevnega dogodka“.

¹ Jezik izvornika: španščina.

² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

³ V izvorniku ni v ležečem tisku.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2014/24

5. V uvodni izjavi 102 je navedeno:

„Dopustiti pa bi bilo treba možnost, da lahko gospodarski subjekti sprejmejo ukrepe za zagotavljanje ustreznosti, namenjene odpravi posledic kaznivih dejanj ali kršitev ter učinkovitemu preprečevanju nadaljnjih primerov neustreznega ravnanja. Med temi ukrepi bi bili lahko zlasti ukrepi v zvezi z osebjem in organizacijo, kot so prekinitev vseh stikov z osebami ali organizacijami, vpletenimi v kršitve, ustrezni ukrepi za reorganizacijo osebja, uvedba sistemov poročanja in nadzora, oblikovanje notranje strukture revizije za spremljanje skladnosti in sprejetje notranjih pravil o odgovornosti in odškodninah. Če taki ukrepi zagotovijo dovolj jamstev, zadevni gospodarski subjekt ne bi smel biti več izključen samo zaradi teh razlogov. Gospodarskim subjektom bi bilo treba omogočiti, da zahtevajo preučitev ukrepov za zagotavljanje ustreznosti, ki so jih sprejeli, da bi lahko sodelovali v postopku javnega naročanja. Vendar bi morale države članice določiti natančne postopkovne in materialne pogoje, ki se uporabljajo v takih primerih. Same bi lahko zlasti odločile, ali naj ustrezne ocene opravijo posamezni javni naročniki ali pa naj za to nalogo pooblastijo druge organe na centralni ali decentralizirani ravni.“

6. Člen 57 („Razlogi za izključitev“) določa:

„1. Javni naročniki izključijo gospodarski subjekt iz sodelovanja v postopku javnega naročanja, če so pri preverjanju v skladu s členi 59, 60 in 61 ugotovili ali so drugače seznanjeni, da mu je bila izrečena pravnomočna obsodba iz enega od naslednjih razlogov:

- (a) sodelovanja v hudodelski združbi [...];
- (b) korupcije [...];
- (c) goljufije [...];
- (d) terorističnih kaznivih dejanj ali kaznivih dejanj, povezanih s terorističnimi dejavnostmi, [...] ali spodbujanja k storitvi kaznivega dejanja, pomoči ali podpore pri tem ali poskusa storitve kaznivega dejanja [...];
- (e) pranja denarja ali financiranja terorizma [...];
- (f) dela otrok in drugih oblik trgovine z ljudmi [...].

[...]

2. Gospodarski subjekt je izključen iz sodelovanja v postopku javnega naročanja, če je javni naročnik seznanjen, da [...] krši obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, in če je to ugotovljeno s sodno ali upravno odločbo, ki je dokončna oziroma pravnomočna in zavezujoča [...].

Javni naročniki lahko poleg tega iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključijo gospodarski subjekt, če lahko na kakršen koli ustrezen način dokažejo, da [...] krši obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, oziroma lahko izključitev gospodarskega subjekta od njih zahtevajo države članice.

Ta odstavek se ne uporablja več, ko gospodarski subjekt izpolni svoje obveznosti s plačilom dolgovanih davkov ali prispevkov za socialno varnost, po potrebi skupaj z morebitnimi obračunanimi obrestmi ali globami, ali s sklenitvijo zavezujočega dogovora o takem plačilu.

[...]

4. Javni naročniki lahko oziroma – na zahtevo držav članic – morajo iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti vsak gospodarski subjekt v katerem koli od naslednjih primerov:

- (a) kadar lahko javni naročniki na kakršen koli ustrezen način dokažejo kršitev veljavnih obveznosti iz člena 18(2);
- (b) kadar je gospodarski subjekt v stečaju oziroma v postopku zaradi insolventnosti ali postopku likvidacije, če njegova sredstva upravlja upravitelj ali sodišče, če ima dogovor z upniki, če so njegove poslovne dejavnosti začasno ustavljene ali je v podobnem položaju, ki nastane zaradi podobnega postopka v skladu z nacionalnimi zakoni in predpisi;
- (c) kadar lahko javni naročnik z ustreznimi sredstvi dokaže, da je gospodarski subjekt zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil, s čimer je omajana njegova integriteta;
- (d) kadar lahko javni naročnik dokaže, da obstajajo dovolj verjetni indici, da je gospodarski subjekt sklenil dogovore z drugimi gospodarskimi subjekti z namenom izkrivljanja konkurence;
- (e) kadar nasprotja interesov v smislu člena 24 ni mogoče učinkovito odpraviti z drugimi, manj vsiljivimi ukrepi;
- (f) kadar izkrivljanja konkurence zaradi predhodnega sodelovanja gospodarskih subjektov pri pripravi postopka javnega naročanja iz člena 41 ni mogoče učinkovito odpraviti z drugimi, manj vsiljivimi ukrepi;
- (g) kadar so se pri gospodarskem subjektu pri prejšnji pogodbi o izvedbi javnega naročila, prejšnji pogodbi o izvedbi naročila, sklenjeni z naročnikom, ali prejšnji koncesijski pogodbi pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne zahteve, posledica pa je bila predčasna odpoved tega prejšnjega naročila oziroma pogodbe, odškodnina ali druge primerljive sankcije;
- (h) kadar je gospodarski subjekt kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih zaradi preverjanja odsotnosti razlogov za izključitev ali izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, ne razkrije takšnih informacij ali ne more predložiti dokazil, ki se zahtevajo v skladu s členom 59, ali
- (i) kadar je gospodarski subjekt poskusil neupravičeno vplivati na odločanje javnega naročnika, pridobiti zaupne informacije, zaradi katerih bi lahko imel neupravičeno prednost v postopku javnega naročanja, ali iz malomarnosti predložiti zavajajoče informacije, ki bi lahko pomembno vplivale na odločitve o izključitvi, izboru ali oddaji javnega naročila.

Ne glede na točko (b) prvega pododstavka države članice lahko zahtevajo ali pa predvidijo možnost, da javni naročnik ne izključi gospodarskega subjekta, ki je v enem od položajev iz navedene točke, če javni naročnik ob upoštevanju veljavnih nacionalnih pravil in ukrepov za nadaljevanje poslovnih dejavnosti v primerih iz točke (b) ugotovi, da bo zadevni gospodarski subjekt lahko izvedel javno naročilo.

[...]

6. Vsak gospodarski subjekt, ki ga zadeva eden od primerov iz odstavkov 1 in 4, lahko predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju zadevnega razloga za izključitev. Če se šteje, da takšni dokazi zadoščajo, se zadevni gospodarski subjekt ne izključi iz postopka javnega naročanja.

V ta namen gospodarski subjekt dokaže, da je plačal ali da se je zavezal plačati nadomestilo za vso škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem ali kršitvijo, v dejavnem sodelovanju s preiskovalnimi organi v celoti razjasnil dejstva in okoliščine ter sprejel konkretne tehnične, organizacijske in kadrovske ukrepe, ustrezne za preprečitev nadaljnjih kaznivih dejanj ali kršitev.

Pri ocenjevanju ukrepov, ki jih sprejmejo gospodarski subjekti, se upoštevajo resnost in posebne okoliščine kaznivega dejanja ali kršitve. Če se šteje, da ukrepi ne zadoščajo, gospodarski subjekt prejme utemeljitev razlogov za takšno odločitev.

Gospodarski subjekt, ki je bil s pravnomočno sodbo izključen iz sodelovanja v postopkih javnega naročanja ali podeljevanja koncesije, med izključitvijo na podlagi te sodbe ni upravičen do uporabe možnosti iz tega odstavka v državah članicah, v katerih sodba učinkuje.

7. Države članice z zakoni ali drugimi predpisi in ob upoštevanju prava Unije določijo pogoje za izvajanje tega člena. Določijo zlasti najdaljše obdobje izključitve, če gospodarski subjekt ne sprejme nobenih ukrepov iz odstavka 6, da bi dokazal svojo zanesljivost. Če obdobje izključitve ni določeno s pravnomočno sodbo, to obdobje ne sme biti daljše od petih let od datuma izreka pravnomočne obsodbe v primerih iz odstavka 1 in ne daljše od treh let od datuma zadevnega dogodka v primerih iz odstavka 4.“

2. Direktiva 2014/25/EU⁴

7. Člen 77 („Kvalifikacijski sistemi“) določa:

„1. Naročniki lahko, če želijo, vzpostavijo in uporabljajo sistem za kvalifikacijo gospodarskih subjektov.

Naročniki, ki vzpostavijo ali uporabljajo sistem za kvalifikacijo, zagotovijo, da lahko gospodarski subjekti kadar koli zaprosijo za priznanje usposobljenosti.

2. Postopek iz odstavka 1 lahko obsega različne stopnje ugotavljanja kvalifikacij.

Naročniki določijo objektivna pravila in pogoje za izključitev in sodelovanje gospodarskih subjektov, ki zaprosijo za priznanje kvalifikacije, ter objektivne pogoje in pravila za delovanje kvalifikacijskega sistema, ki zajemajo vidike, kot so vpis v sistem, redno posodabljanje podatkov o kvalifikaciji, če obstajajo, in trajanje sistema.

Če ti pogoji in pravila vključujejo tehnične specifikacije, se uporabljajo členi 60 do 62. Pogoji in pravila se po potrebi lahko posodobijo.

[...]“.

⁴ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetske in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (UL 2014, L 94, str. 243).

8. Člen 80 („Uporaba razlogov za izključitev in pogojev za sodelovanje, določenih z Direktivo 2014/24/EU“) določa:

„1. Objektivna pravila, razlogi za izključitev in pogoji za sodelovanje gospodarskih subjektov, ki zaprosijo za priznanje kvalifikacije v okviru kvalifikacijskega sistema, in objektivna pravila, razlogi za izključitev in pogoji za sodelovanje kandidatov in ponudnikov v odprtih postopkih, omejenih postopkih ali postopkih s pogajanjem, konkurenčnih dialogih ali partnerstvih za inovacije, lahko vključujejo razloge za izključitev, navedene v členu 57 Direktive 2014/24/EU, pod pogoji, ki so tam določeni.

Kadar je naročnik javni naročnik, ti razlogi, pogoji in pravila vključujejo razloge za izključitev, navedene v členu 57(1) in (2) Direktive 2014/24/EU, pod pogoji iz navedenega člena.

Če to zahtevajo države članice, navedeni razlogi, pogoji in pravila poleg tega vključujejo razloge za izključitev iz člena 57(4) Direktive 2014/24/EU, pod pogoji iz navedenega člena.

[...]“.

B. Nacionalno pravo. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence)⁵

9. Člen 124 določa:

„(1) Javni naročniki lahko v skladu z načelom sorazmernosti družbo kadar koli izključijo iz sodelovanja v postopku javnega naročanja, če:

[...]

3. je družba v okviru svoje dejavnosti dokazano zagrešila hudo kršitev, zaradi katere je vprašljiva njena zanesljivost; [...]
4. javni naročnik razpolaga z dovolj verjetnimi dokazi, da lahko sklepa, da je družba sklenila sporazume z drugimi družbami z namenom ali z učinkom oteževanja, omejevanja ali izkrivljanja konkurence,

[...]“.

10. Člen 125 določa:

„(1) Javni naročniki iz sodelovanja v postopkih za oddajo javnih naročil ne morejo izključiti tistih družb, za katere velja kateri koli razlog za izključitev iz členov 123 ali 124, kadar je ta družba dokazala, da:

1. je plačala ali se je zavezala k plačilu nadomestila za škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem ali kršitvijo,
2. je popolnoma razjasnila dejstva in okoliščine ter dejavno sodelovala s preiskovalnimi organi in z javnim naročnikom, in

⁵ V različici, objavljeni 26. junija 2013 (BGBl. I, str. 1750, 3245), kakor je bil nazadnje spremenjen z zakonom z dne 13. oktobra 2016 (BGBl. I, str. 2258). V nadaljevanju: GWB.

3. je sprejela določene ukrepe, ki so tehnične, organizacijske ali kadrovske narave in so ustrezni za preprečitev nadaljnjih kaznivih dejanj ali kršitev.

[...]“

11. V skladu s členom 126:

„Če družba, za katero velja eden izmed razlogov za izključitev, ni sprejela nobenega ali ni sprejela zadostnega ukrepa za dokazovanje zanesljivosti v smislu člena 125, se lahko:

1. v primeru razlogov za izključitev iz člena 123 izključi iz sodelovanja v postopkih za oddajo javnih naročil za največ pet let od datuma izreka pravnomočne sodbe,
2. v primeru razlogov za izključitev iz člena 124 izključi iz sodelovanja v postopkih za oddajo javnih naročil za obdobje treh let od datuma zadevnega dogodka.“

II. Dejansko stanje

12. Družba Stadtwerke München GmbH (v nadaljevanju: Stadtwerke München ali javni naročnik) je leta 2011 določila „kvalifikacijski sistem“ v smislu člena 77 Direktive 2014/25, s katerim je želela izbrati družbe, ki ji bodo dobavljale dele za železniške tire.⁶

13. Družba Vossloh Laeis GmbH je bila 4. novembra 2016 izključena iz tega sistema, saj ji je Bundeskartellamt (nemški organ za varstvo konkurence) 9. marca 2016 naložil globo, ker je več let sodelovala pri omejevalnem sporazumu, ki je učinkoval do pomladi leta 2011.

14. Med oškodovanci zaradi skrivnega dogovarjanja med člani kartela je bila tudi družba Stadtwerke München, ki je zato proti družbi Vossloh Laeis vložila civilnopravno tožbo, s katero je od nje zahtevala odškodnino.

15. Iz predložitvene odločbe je razvidno, da družba Vossloh Laeis ni sodelovala z javnim naročnikom za pojasnitev kršitve pravil na področju omejevalnih sporazumov. Natančneje:

- po odkritju omejevalnega sporazuma leta 2011 se družba Vossloh Laeis ni obrnila na javnega naročnika, niti ni prevzela pobude za pojasnitev vseh dejstev;
- šele leta 2016 je pred naročnikom prenehala zanikati svojo udeležbo v omejevalnem sporazumu, čeprav je navedla, da je izpodbijala odločbo o naložitvi sankcije ter opisala kadrovske in organizacijske ukrepe za pojasnitev dejstev in preprečitev ponovitve kršitve v prihodnosti. Dodala je, da bo povrnila škodo, ki jo je povzročila s svojim nezakornim ravnanjem.

16. Vendar družba Vossloh Laeis javnemu naročniku ni hotela posredovati odločbe o naložitvi sankcije, da bi jo ta lahko preučil. Prav tako ni privolila v sodelovanje z njim, da bi se pojasnile storjene kršitve, saj je menila, da zadostuje že njeno sodelovanje z organom za varstvo konkurence.

17. Za predložitveno sodišče ni sporno (saj je tako navedeno v sami odločbi o naložitvi sankcije), da je družba Vossloh Laeis v postopku pred nemškim organom za varstvo konkurence neprekinjeno in neomejeno sodelovala z njim.

⁶ Sporni kvalifikacijski sistem je bil pozneje z odločbo z dne 28. decembra 2016 odpravljen.

18. Javni naročnik je menil, da iz pojasnil družbe Vossloh Laeis ni dokazano, da bi ta sprejela zadostne ukrepe za dokazovanje zanesljivosti v smislu člena 125 GWB. Zato jo je 4. novembra 2016 dokončno obvestil, da je s takojšnjim učinkom izključena iz kvalifikacijskega sistema.

19. Družba Vossloh Laeis je to odločbo izpodbijala pri Vergabekammer Südbayern (komisija za javna naročila južne Bavarske), ki je pri Sodišču vložila predlog za sprejetje predhodne odločbe.

III. Vprašanja za predhodno odločanje

20. Besedilo vprašanj za predhodno odločanje se glasi:

- „(a) Ali je predpis države članice, ki kot pogoj za uspešno dokazovanje zanesljivosti gospodarskega subjekta določa, da mora gospodarski subjekt v dejavnem sodelovanju, ne le s preiskovalnimi organi, ampak tudi z javnim naročnikom, v celoti razjasniti dejstva in okoliščine, povezane s kaznivim dejanjem ali kršitvijo in s tem povzročeno škodo, v skladu s cilji člena 80 Direktive 2014/25/EU v povezavi členom 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24/EU?
- (b) Če je odgovor na vprašanje v točki (a) nikalen: ali je treba člen 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24/EU v zvezi s tem razlagati tako, da je zadevni gospodarski subjekt za uspešno dokazovanje zanesljivosti dolžan javnemu naročniku razjasniti dejansko stanje, na podlagi česar lahko ta presodi, ali so sprejeti ukrepi za zagotovitev zanesljivosti (tehnični, organizacijski in kadrovske ukrepi ter nadomestilo škode) ustrezni in zadostni?
- (c) V primeru fakultativnih razlogov za izključitev iz člena 57(4) Direktive 2014/24/EU znaša v skladu s členom 57(7) Direktive 2014/24/EU najdaljše obdobje oziroma rok za izključitev tri leta od datuma zadevnega dogodka. Ali je kot zadevni dogodek mogoče šteti že izpolnitev razlogov za izključitev iz člena 57(4) Direktive 2014/24/EU, ali pa je upošteven trenutek, ko naročnik razpolaga s trdnimi in zanesljivimi dokazi o obstoju razloga za izključitev?
- (d) Ali se glede na navedeno v primeru obstoja razloga za izključitev iz člena 57(4)(d) Direktive 2014/24/EU zaradi udeležbe gospodarskega subjekta v kartelu kot zadevni dogodek v smislu člena 57(7) Direktive 2014/24/EU šteje prenehanje udeležbe v kartelu ali trenutek, ko javni naročnik pridobi trdne in zanesljive dokaze o kartelni udeležbi?“

IV. Postopek pred Sodiščem in stališča strank

21. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil pri Sodišču vložen 10. marca 2017.

22. Pisna stališča so predložili družba Vossloh Laeis, družba Stadtwerke München, nemška, grška, madžarska in poljska vlada ter Komisija, vsi, razen družbe Stadtwerke München in poljske vlade, pa so podali tudi ustne navedbe na obravnavi 21. februarja 2018.

V. Analiza

23. Čeprav tega ni izpodbijala nobena od strank, je treba najprej poudariti, da je Sodišče v sodbi z dne 27. oktobra 2016, Hörmann Reisen, Vergabekammer Südbayern (komisija za javna naročila južne Bavarske) opredelilo kot „sodišče“ v smislu člena 267 PDEU.⁷

⁷ C-292/15, EU:C:2016:817, točka 29.

24. Štiri vprašanja, ki se postavljajo v tem postopku, je mogoče razdeliti na dva dela. S prvim in drugim vprašanjem se skuša razjasniti, ali se sodelovanje, ki ga zahteva člen 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 (za potrditev zanesljivosti gospodarskih subjektov, za katere velja eden od razlogov za izključitev iz odstavkov 1 in 4 te določbe), nanaša le na „preiskovalne organe“, ali pa tudi na javnega naročnika, če je v slednjem primeru tako določeno z nacionalno zakonodajo države članice.

25. Preostali dve vprašanji se nanašata na obdobje izključitve, ki se lahko uporablja za gospodarski subjekt, ki ni sprejel ukrepov za dokazovanje zanesljivosti iz člena 57(6) Direktive 2014/24. Predvsem je treba pojasniti, kaj je „zadevni dogodek“ iz odstavka 7 te določbe, za začetek teka roka.

A. Pojem „preiskovalni organi“ v smislu člena 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 (prvo in drugo vprašanje)

1. Povzetek trditev strank

26. Družba Vossloh Laeis trdi, da je nemška zakonodaja s tem, da zahteva dejavno sodelovanje z javnim naročnikom, naložila dodaten pogoj za dokazovanje zanesljivosti, saj se člen 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 nanaša le na dejavno sodelovanje s preiskovalnimi organi.

27. Po njenem mnenju se pojma „javni naročnik“ in „preiskovalni organ“ v pravu Unije nanašata na različne akterje z različnimi nalogami: medtem ko prvi dodeljuje javna naročila, je naloga drugega preiskovanje kaznivih dejanj oziroma morebitnih kršitev na splošno.

28. Družba Vossloh Laeis trdi, da člen 57 Direktive 2014/24 na eni strani razlikuje med ukrepi za dokazovanje zanesljivosti, ki jih sprejme gospodarski subjekt, na drugi pa med dokazi o njihovi učinkovitosti. Na podlagi te določbe naj bi moral gospodarski subjekt sprejeti potrebne ukrepe za dokazovanje zanesljivosti, če pa kasneje sodeluje v postopku oddaje javnega naročila (naj gre za dodelitev ali za predhodno ugotavljanje sposobnosti), bo moral javnemu naročniku dokazati še, da so se ti ukrepi izkazali za učinkovite. Nemški zakonodajalec naj bi se oddaljil od te sheme s tem, da je podvojil zahtevo po sodelovanju, kar naj bi bilo v nasprotju z Direktivo 2014/24.

29. Stališče, ki ga zagovarja družba Vossloh Laeis, v bistvu podpira tudi grška vlada.

30. Nasprotno pa po mnenju družbe Stadtwerke München ter nemške in madžarske vlade to, da besedilo člena 57(6) Direktive 2014/24 ni bilo dobesedno preneseno v nemško zakonodajo, ne predstavlja nobene težave. Z vključitvijo javnega naročnika naj bi se upoštevalo, da bi se v nemškem pravu pojem „preiskovalni organi“ lahko razlagal tako, da se nanaša le na organe, odgovorne za pregon kaznivih dejanj. Da ne bi prišlo do neustreznega prenosa, je bilo ključnega pomena, da se je ta izraz uporabil v najširšem smislu, zaradi katerega je nacionalni zakonodajalec moral pojasniti, da mora gospodarski subjekt sodelovati s „preiskovalnimi organi“ v strogem pomenu besede in z javnim naročnikom, kot „preiskovalnim organom“ v ohlapnejšem pomenu. Slednji naj bi prav tako „preiskoval“, kadar v skladu s členom 57(5) in (6) Direktive 2014/24 presoja, ali pri ponudniku obstaja razlog za možno izključitev in ali izpolnjuje ukrepe za dokazovanje zanesljivosti.

31. Predstavnik nemške vlade je na obravnavi dopolnil začetno stališče v smislu, da se ista obveznost s sklicevanjem skupaj na preiskovalne organe in javnega naročnika v nacionalni zakonodaji ni želela podvojiti.

32. Po mnenju družbe Stadtwerke München pravo Unije državam članicam ne preprečuje, da bi sprejele strožje ukrepe v zvezi z obveznostjo sodelovanja, tudi če bi se štel, da razširitev te obveznosti ni zajeta s členom 57(6) Direktive 2014/24. To sledi duhu, cilju in funkciji razlogov za izključitev iz postopkov javnega naročanja.

33. V zvezi s tem poudarja, da je bila rešitev, ki jo je sprejel nacionalni zakonodajalec, pregledna in nediskriminatorna. Poleg tega naj Direktiva ne bi izrecno prepovedovala sprejetja strožjih ukrepov. Nazadnje naj bi bilo prav tako potrebno sodelovanje z javnimi naročniki v postopku dokazovanja zanesljivosti, saj morajo ti preveriti, ali je treba gospodarske subjekte izključiti iz postopka in, če je tako, preveriti ukrepe za dokazovanje zanesljivosti, ki so jih opravili.

34. Po mnenju Komisije pojem „preiskovalni organi“, drugače kakor pojem „javni naročnik“, ki se uporablja v členu 2(1) Direktive 2014/24, ni opredeljen ne v tej direktivi ne v Direktivi 2014/25. Čeprav lahko isti organ obenem deluje kot javni naročnik in kot preiskovalni organ, se po njenem mnenju ne zdi, da bi se sklicevanje na preiskovalni organ iz člena 57(6) Direktive 2014/24 nanašalo na javnega naročnika.

35. Komisija iz sistematične razlage določbe razume, da poleg sodelovanja s preiskovalnimi organi prav tako obstaja dolžnost sodelovanja z javnim naročnikom, čeprav drugačne narave. Vsekakor sodelovanje z obema organoma ne bi smelo voditi v podvajanje ali ponovitev istih obveznosti.

36. Komisija meni tudi, da ima sodelovanje z vsakim organom svoje posebnosti, torej ni povsem enako. Cilj preiskovalnih organov ob izvedbi postopkov (za odkrivanje kršitev) se razlikuje od preizkusa, ki ga izvajajo javni naročniki (da se prepričajo o zanesljivosti gospodarskega subjekta). V prvem primeru gre za dokazovanje krivde udeleženih strani v zvezi s preteklimi dejstvi. V drugem za analizo tveganja, ki bi ga v prihodnosti lahko pomenila oddaja javnega naročila nekemu ponudniku.

2. Presoja

37. Člen 57 Direktive 2014/24 določa več razlogov za izključitev gospodarskih subjektov iz postopkov javnega naročanja. V odstavku 1 so navedeni obvezni razlogi izključitve („javni naročniki *izključijo*“), v odstavku 4 pa neobvezni („javni naročniki *lahko izključijo*“).

38. Med neobveznimi razlogi so tajna dogovarjanja iz točke (d): „kadar javni naročnik lahko dokaže, da obstajajo dovolj verjetni indici, da je gospodarski subjekt sklenil dogovore z drugimi gospodarskimi subjekti z namenom izkrivljanja konkurence“, lahko zavrne njegovo sodelovanje v enem od teh postopkov.

39. Razen če je bila ta prepoved sodelovanja odrejena s pravnomočno sodbo – v tem primeru traja tako dolgo, kot to določa sodna odločba – lahko navedeni gospodarski subjekt uporabi možnost, ki mu jo ponuja člen 57(6) Direktive 2014/24, torej, da konča *običajno* obdobje izključitve,⁸ preden to poteče v celoti.

40. Da bi izkoristil to možnost, mora navedeni gospodarski subjekt dokazati, da ga „kljub obstoju ustreznega razloga za izključitev“ (člen 57(6), prvi pododstavek, Direktive 2014/24), njegovo kasnejše ravnanje spreminja v „zanesljivega“. Da bi „dokazal svojo zanesljivost“ (prav tam), „lahko predloži dokaze za to, da ukrepi, ki jih je sprejel gospodarski subjekt, zadoščajo“ (prav tam) za ta namen.

41. Zanesljivost, na katero se nanaša navedena določba, je lastnost, pri katere presoji mora javni naročnik nujno slediti navodilom iz drugega pododstavka istega odstavka 6. Lahko jo šteje za dokazano, le če je gospodarski subjekt: (a) plačal – ali se je zavezal plačati – nadomestilo za vso škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem ali kršitvijo, ki je razlog za njegovo izključitev; (b) v celoti razjasnil dejstva in okoliščine; ter (c) sprejel konkretne (tehnične, organizacijske in kadrovske) ukrepe, ustrezne za preprečitev nadaljnjih kaznivih dejanj ali kršitev.

⁸ Če ni določeno s pravnomočno sodbo, je najdaljše trajanje tega obdobja po členu 57(7) Direktive 2014/24 pet oziroma tri leta, odvisno od primerov, ki jih ta določba navaja.

42. Dvomi predložitvenega sodišča se nanašajo samo na drugega od teh pogojev in temeljijo na neskladju med členom 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 (v skladu s katerim mora gospodarski subjekt dokazati, „da je razjasnil dejstva in okoliščine na celovit način in z dejavnim sodelovanjem s preiskovalnimi organi“), in členom 125(1), točka 2, GWB (v skladu s katerim mora dejavno sodelovati s „preiskovalnimi organi ter [z] javnim naročnikom“).

43. Kot trdi družba Stadtwerke München, je bilo napotilo na „javnega naročnika“ dodano k napotilu zakonodajalca Unije na „preiskovalne organe“ z namenom, da bi se preprečila restriktivna razlaga člena 57(6) Direktive 2014/24, ki bi dolžnost gospodarskega subjekta vezala le na sodelovanje s „preiskovalnimi organi“ v strogem smislu (torej z organi, pristojnimi za pregon kaznivih dejanj ali prekrškov), pri tem pa bi se spregledalo dejstvo, da v širšem smislu javni naročnik prav tako *preiskuje*, kadar ocenjuje, ali pri gospodarskem subjektu obstaja razlog za izključitev in ali je kljub temu uspel dokazati svojo zanesljivost.

44. Vendar ne verjamem, da bi lahko prišlo do nesporazumov zaradi domnevne nenatančnosti člena 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 v različnih jezikovnih različicah.

45. V različici v nemškem jeziku je uporabljen izraz „Ermittlungsbehörden“, ki se popolnoma ujema z drugimi, kot na primer s špansko („autoridades investigadoras“), angleško („investigating authorities“), francosko („autorités chargées de l’enquête“), italijansko („autorità investigative“), portugalsko („autoridades responsáveis pelo inquérito“) in nizozemsko različico („onderzoekende autoriteiten“). V vseh različicah so poleg tega organi in subjekti, ki oddajajo javna naročila ali organizirajo postopke javnih naročil, imenovani z izrazi, ki so prav tako jasni: „poder adjudicador“ v španščini in „öffentliche Auftraggeber“ v nemščini.

46. Zato težava ni v nenatančnosti pojmov iz člena 57 Direktive 2014/24, ki bi določal *organe* različne narave. Vendar so v isti določbi javnim naročnikom zaupane nekatere *naloge* z raziskovalno konotacijo. Na primer tako:

- v skladu z odstavkom 1 morajo javni naročniki izključiti gospodarski subjekt, „če so *ugotovili*, [...] ali [...] so drugače seznanjeni, da mu je bila izrečena pravnomočna sodba iz [nekaterih] razlogov“;
- v istem smislu se drugi pododstavek odstavka 2 nanaša na možnost, da „lahko javni naročniki na kakršen koli ustrezen način *dokažejo*, da gospodarski subjekt krši obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost“;
- nazadnje, drugi primeri, naštetih v odstavku 4, zahtevajo nekakšno *preiskovanje*⁹ javnih naročnikov. Na primer, v skladu s točko (c), „lahko z ustreznimi sredstvi *dokažejo*, da je gospodarski subjekt zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil, s čimer je omajana njegova integriteta“.

47. Menim, da opravljanje teh nalog javnega naročnika ne spremeni v enega od „preiskovalnih organov“ iz člena 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24.

48. Res je, da bo moral javni naročnik neizogibno izvesti preiskovalno dejavnost (v prej navedenem smislu), da bi ugotovil, ali obstaja kakršen koli razlog za izključitev iz člena 57(1) in (4) Direktive 2014/24. Odstavek 6 te določbe pa ne določa, naj javni naročnik *sam* in za vsak primer *ugotovi* dejstva, ki bi povzročila izključitev, ampak določa, da naročnik *presodi dokaze, predložene* v dokaz ponovne zanesljivosti, potem ko je gospodarski subjekt že bil izključen.

⁹ Ta pridevnik uporabljam v postopkovnem smislu, torej tistem, ki označuje postopek, v katerem preiskovalec po uradni dolžnosti začne z njegovim vodenjem in z zbiranjem obremenilnih ali razbremenilnih dokazov za neko ravnanje.

49. Vloga javnega naročnika pri tej presoji dokazov je torej *pasivna*, nasprotno od *aktivne* vloge, ki jo ima gospodarski subjekt. Ta mora predložiti dokaze, o katerih bo odločil javni naročnik, ne da bi pri tem, ponavljam, vsakič moral izvesti preiskovalno (ali raziskovalno) dejavnost v zvezi s tem.

50. Gospodarski subjekt, ki brani svojo zanesljivost, mora med drugim dokazati, da je „v dejavnem sodelovanju s preiskovalnimi organi v celoti razjasnil dejstva in okoliščine“. Logično bo moral predložiti te dokaze pri javnem naročniku, torej pred organom, ki bo po tehtanju dokazov odločil, ali je ponudnik zadostno dokazal svojo zanesljivost in je zato lahko ponovno sprejet v postopke javnega naročanja

51. Zato na splošno „preiskovalni organi“ iz člena 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 ne sovpadajo z javnimi naročniki. Pred javnimi naročniki mora ponudnik (ali družba, ki se želi pridružiti kvalifikacijskemu sistemu, kot to velja v obravnavani zadevi) dokazati, da je dejavno sodeloval s preiskovalnimi organi za razjasnitev dejstev. Vendar mora do tega sodelovanja nujno priti z nosilcem, ki je različen od javnega naročnika: drugače bi bilo to zanj že znano dejstvo, ki ga ne bi bilo treba dokazovati.

52. Časovni razpored ukrepov iz člena 57(6) potrjuje ta sklep. Gospodarski subjekt mora pri javnem naročniku dokazati pretekla dejstva, ki so se zgodila že pred tem, ko želi javnemu naročniku dokazati, da je ponovno zanesljiv.

53. Zato mora biti odškodnina že plačana ali vsaj odobrena, prav tako pa morajo biti že sprejeti ustrezni ukrepi za preprečitev nadaljnjih kršitev. Iz istega razloga je treba pojasniti (glede dejanskega stanja in okoliščin za izključitev) dati že prej, in to organu, ki ne more biti javni naročnik, saj je treba pri njem dokazati le, da je do tega pojasnila – enako kot do plačila odškodnine ali sprejetja ustreznih ukrepov – že prišlo.

54. To je po mojem mnenju najverjetnejša razlaga člena 57(6) Direktive 2014/24. Gre prav za razlago, ki najbolj ustreza zadevi, kot je obravnavana, v kateri je ravnanje, ki je povzročilo izključitev (sodelovanje družbe v omejevalnem sporazumu) presodil in sankcioniral „preiskovalni organ“: Bundeskartellamt (nemški organ za varstvo konkurence).

55. Ne bi bilo smiselno, da bi se v tem sklopu obveznost sodelovanja podvojila z vključitvijo obveznosti sodelovanja z javnim naročnikom, kot bi se zgodilo, če bi gospodarski subjekt, ki po izključitvi dokazuje svojo ponovno zanesljivost, moral isto dejansko stanje in iste okoliščine pojasniti dvema različnima organoma.

56. Vendar bi bilo mogoče zagovarjati (kot to dela družba Stadtwerke München), da pravo Unije ne nasprotuje temu, da države članice uvedejo strožja merila za to, da gospodarski subjekti dokažejo svojo zanesljivost med obdobjem izključitve. Zato bi bilo od njih smiselno zahtevati, da morajo poleg sodelovanja s preiskovalnimi organi sodelovati tudi z javnim naročnikom.

57. V prid tej predpostavki govorijo argumenti, ki niso zanemarljivi. Na eni strani člen 57(7) Direktive 2014/24 določa, da „države članice določijo pogoje za izvajanje tega člena“. Na drugi strani je Sodišče¹⁰ v zvezi z neobveznimi razlogi za izključitev¹¹ izjavilo, da Direktiva o javnih naročilih „ne določa enotne uporabe [...] na ravni Unije, ker imajo države članice možnost, da teh razlogov za izključitev ne uporabijo ali da jih vključijo v nacionalne predpise s stopnjo strogosti, ki bi se, odvisno od primera, lahko spreminjala glede na ugotovitve pravne, gospodarske ali socialne ureditve, ki prevladuje na nacionalni ravni“.

10 Sodba z dne 20. decembra 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani in Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, točka 31).

11 Sklicuje se na razloge iz člena 45(2) 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). Vendar poudarjam, da se člen 57(6) Direktive 2014/24 nanaša na „primere iz odstavka 1 in 4 [člena 57]“, torej na obvezne in neobvezne razloge za izključitev.

58. Menim, da bi bilo to mogoče, samo če bi šlo za sodelovanje, ki je drugačno od tistega s preiskovalnimi organi. Razumeti bi bilo mogoče, da sodelovanje z javnim naročnikom iz člena 125(1), točka 2, GWB, nima istega cilja kot sodelovanje, ki se od gospodarskega subjekta zahteva s preiskovalnimi organi, ampak se navezuje na ravnanje, ki ga kot razlog za izključitev presoja in ocenjuje javni naročnik.

59. S tega vidika bi določba člena 124(4) GWB¹² imela smisel: gospodarski subjekt mora dejavno sodelovati z javnim naročnikom, zato da: (i) razjasni dejstva in okoliščine, zaradi katerih je javni naročnik lahko menil, da je treba uporabiti razlog za izključitev, za katerega presojo je pristojen; in da (ii) naročnika prepriča, da je kljub temu lahko ponovno zanesljiv.

60. Nasprotno, če se nacionalni predpis razlaga tako, da mora gospodarski subjekt enako (torej dvakrat) sodelovati z javnim naročnikom in s preiskovalnimi organi, zato da razjasni dejstva in okoliščine v zvezi z istim razlogom za izključitev, bi to privedlo do rezultata, ki se mi ne zdi v skladu s členom 57(6) Direktive 2014/24:

- na eni strani bi prišlo do podvajanja obveznosti do organov, ki – kot preiskovalni organi in javni naročniki – opravljajo različne funkcije;
- na drugi strani bi gospodarski subjekt lahko prišel v položaj, v katerem bi bil brez zaščite, če v okoliščinah, kakršne so te v obravnavani zadevi, javni naročnik trdi, da mu je nastala škoda zaradi kršitvenega ravnanja, ki je povzročilo izključitev gospodarskega subjekta, in zato zahteva odškodnino.¹³

61. Podvajanje obveznosti namreč ne upošteva razlik med nalogami preiskovalnih organov na področju varstva konkurence in nalogami javnih naročnikov. Poleg tega, če se javni naročnik znajde v položaju, v katerem mora presoditi, ali so bila dejstva, zaradi katerih trdi, da mu je nastala škoda, ustrezno pojasnjena, in pri tem ni omejen le na ugotovitev tega, ali je gospodarski subjekt dejavno sodeloval s preiskovalnimi organi, morda ne bi imel najugodnejših pogojev za to, da bi z zahtevanima nevtralnostjo in nepristranskostjo odločil o prošnji za ugotovitev ponovne zanesljivosti.

B. Pojem „zadevni dogodek“ v smislu člena 57(7) Direktive 2014/24 (tretje in četrto vprašanje)

62. V skladu s členom 57(7) Direktive 2014/24 države članice „določijo [...] najdaljše obdobje izključitve, če gospodarski subjekt ne sprejme nobenih ukrepov iz odstavka 6, da bi dokazal svojo zanesljivost“.

63. Vendar države članice pri tem nimajo neomejene svobode, saj ta določba vsebuje nekatere omejitve v zvezi s trajanjem najdaljšega obdobja. Natančneje:

- če je bilo obdobje izključitve določeno s pravnomočno sodbo, je treba vsekakor uporabiti to obdobje;
- če obstaja pravnomočna sodba, ki pa ne določa dolžine obdobja izključitve, to ne sme trajati dlje od petih let, štetih od obsodbe, kadar gre za obvezne razloge za izključitev (navedene v odstavku 1 istega člena);

¹² Na podlagi katere je mogoče izključiti družbo, če javni naročnik razpolaga z dovolj verjetnimi indici, da lahko sklepa, da je prišlo do omejevalnih sporazumov.

¹³ Sodelovanje z javnim naročnikom, ki se zahteva od gospodarskega subjekta, bi mu lahko škodilo, kadar sta oba, enako kot v tem primeru, stranki v civilnopравnem postopku, ki se je začel na pobudo prvega, ker trdi, da je bil oškodovan zaradi ravnanja gospodarskega subjekta (njegove udeležbe pri omejevalnem sporazumu), ki je povzročilo izključitev, proti drugemu, ki bi rad dokazal svojo zanesljivost.

– če pravnomočne sodbe ni, ali izrečena sodba ne navaja najdaljšega obdobja izključitve, je to je omejeno na „tri leta od datuma zadevnega dogodka v primerih iz odstavka 4“ (neobvezni razlogi za izključitev).

64. Na to točko se nanašata zadnji dve vprašanji predložitvenega sodišča, ki želi odpraviti dvome glede pojma „zadevni“.

1. Povzetek stališč strank

65. Družba Vossloh Laeis trdi, da se sporni pojem nanaša na objektivni obstoj razloga za izključitev. Meni, da če bi zakonodajalec želel določiti subjektivno védenje naročnika, bi tako tudi formuliral. Do istega sklepa naj bi privedla sistematična razlaga pojma, saj bi bil sicer ta trenutek odvisen od vsakega posameznega javnega naročnika, kar bi ogrožalo pravno varnost.

66. Za družbo Stadtwerke München pa odločilni trenutek ni tisti, v katerem se opravi (ali preneha) ravnanje, ki povzroči neobvezno izključitev, ampak tisti, v katerem se v celoti izpolnijo pogoji zanjo, med katere spada tudi subjektivni element (oz. to da javni naročnik izve razlog). V skladu s to predpostavko naj bi se zadevni dogodek običajno uvrstil na datum, na katerega ima javni naročnik na voljo zanesljive informacije o obstoju razloga za izključitev.

67. Nemška in madžarska vlada se v bistvenem strinjata s tem pristopom. „Zadevni dogodek“ naj bi se določil glede na čas, ko javni naročnik dobi zanesljive in konkretne podatke o obstoju razloga za izključitev, kar je po mnenju madžarske vlade takrat, ko pride do pravnomočne in dokončne odločbe v zadevi.

68. Grška vlada se nagiba k temu, da se na področju javnega naročanja uporabi določba člena 25(2) Uredbe (ES) št. 1/2003,¹⁴ tako da ne bi bilo razlik med ustreznim upravnim ali kazenskim postopkom. Iz tega člena izpelje, da je „zadevni dogodek“ tisti, ko je prišlo do dejanja, ki je povzročilo izključitev, ne pa trenutek, ko je za to izvedel naročnik.

69. Po mnenju poljske vlade, ki je svoje stališče predložila samo glede tega vprašanja, je „zadevni dogodek“ sklenitev sporazuma, ki naj bi izkrivljaj konkurenco. Če ni mogoče določiti datuma navedenega sporazuma, naj bi bilo treba upoštevati tisti dogodek, na podlagi katerega je mogoče sklepati, da je do sporazuma prišlo (to je lahko, na primer, dan, ko se je končal postopek za oddajo javnega naročila, med katerim je bilo ugotovljeno, da so sodelujoči gospodarski subjekti poskušali izkriviti konkurenco).

70. Komisija meni, da je mogoče upoštevati tri različne trenutke: (1) datum dejanja, ki je razlog za izključitev; (2) trenutek, ko se izpolnijo merila za enega od teh razlogov, ki je v primerih iz točk (c) in (d) člena 57(4) Direktive 2014/24 takrat, ko javni naročnik lahko dokaže kršitev gospodarskega subjekta ali razpolaga z dovolj verjetnimi indici za to; in (3) datum, na katerega je preiskovalni organ s pravnomočno odločbo ugotovil neprimerno ravnanje.

71. Komisija zaradi pravne varnosti (ki je tudi razlog za časovno omejitev razlogov za izključitev) zagovarja prvo izmed teh treh možnosti. Vendar naj bi bilo treba zaradi tveganja, da se naročilo tako odda ponudniku, ki je storil poslovno kršitev (na kar se nanašajo zlasti razlogi za izključitev iz Direktive 2014/24), dati prednost drugi možnosti.

¹⁴ Uredba Sveta (ES) z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205).

72. Komisija je na obravnavi opozorila na pravila, ki urejajo javna naročila, ki jih sklepajo institucije Unije, še posebej na člen 106(14) in (15) Uredbe (EU, Euratom) št. 966/2012,¹⁵ ker je menila, da lahko koristijo pri razlagi člena 57 Direktive 2014/24, saj mora med to Direktivo in med Uredbo obstajati določena skladnost. Iz tega sledi, da je najdaljše obdobje, za katero se lahko izključijo gospodarski subjekti, tri leta od dokončne odločbe o naložitvi sankcije, ki jo sprejme preiskovalni organ.

2. Presoja

73. Kot sem že poudaril, člen 57(7), *in fine*, Direktive 2014/24 za določitev začetka najdaljšega obdobja izključitve, če to ni bilo določeno v pravnomočni sodbi, napotuje na „zadevni dogodek v primerih iz odstavka 4“.¹⁶ Načeloma ta pojem zajema ravnanje ali dejstvo, ki ju za različne primere navaja člen 57(4).

74. Ločeno vprašanje, ki ga postavlja predložitveno sodišče, pa je, ali bi moralo obdobje izključitve začeti teči od takrat, ko dejansko pride do tega ravnanja ali dejstva, ali šele takrat, ko naročnik prejme zanesljivo in dokazljivo informacijo o njegovem obstoju.

75. Stranke v tem postopku za predhodno odločanje so nihale med zagovarjanjem objektivne razlage, ki se osredotoča predvsem na uresničitev „zadevnega dogodka“, in subjektivne razlage, ki temelji na tem, da je javni naročnik seznanjen s tem dejstvom.

76. Kot je navedla Komisija, prvi vidik zagotavlja pravno varnost, medtem ko drugi vidik pomaga varovati postopke naročanja pred tveganjem, da bi bil izbran ponudnik, za katerega veljajo razlogi za izključitev.

77. Vendar za odgovor predložitvenemu sodišču ni treba izčrpno analizirati časovne ureditve izključitvenih obdobj iz Direktive 2014/24, saj zadostuje že napotitev h konkretnemu razlogu za izključitev, ki je predmet razprave.

78. Natančneje, ker gre za sodelovanje družbe Vossloh Laeis pri omejevalnem sporazumu, ki ga je dokazal in sankcioniral nemški organ za varstvo konkurence, je polemika v tem, ali se triletno obdobje začne: (i) takrat, ko se je to sodelovanje začelo ali končalo (objektivni pristop); ali (ii) takrat, ko so organi – bodisi preiskovalni organ bodisi javni naročnik – imeli verodostojne dokaze o nezakonitem ravnanju in so ga sankcionirali (subjektivni pristop).

79. Grška vlada meni, da je treba uporabiti pristop iz člena 25(2) Uredbe št. 1/2003, ki določa začetek teka roka za zastaranje kršitvenih ravnanj na področju konkurence. Ta rok „začne teči na dan, ko je bila kršitev storjena. Vendar pa pri trajajočih ali ponavljajočih se kršitvah zastaranje začne teči šele na dan, ko kršitev preneha“.

80. Mogoče je namreč sklepati, da se je zakonodajalec Unije odločil dati prednost pravni varnosti kršitelja pred učinkovitostjo pristojnosti Komisije za izrekanje kazni, isto merilo pa naj bi bilo mogoče uporabiti tudi za začetek obdobja izključitve v postopkih javnega naročanja.

¹⁵ Uredba Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL 2012, L 298, str. 1), kakor je bila spremenjena z Uredbo (EU, Euratom) 2015/1929 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 28. oktobra 2015 (UL 2015, L 286, str. 1).

¹⁶ Pojavili se bodo primeri, v katerih bo obstajala sodna odločba (npr. v primeru postopka zaradi insolventnosti ali v postopku likvidacije iz točke (b)), v drugih pa bo mogoče določiti izpolnitev razloga za izključitev, ne da bi bila potrebna intervencija sodišča (npr. v primeru, v katerem gospodarski subjekt želi pridobiti zaupne informacije, iz točke (i)).

81. Vendar menim, da ta pristop ni popoln. Če se uporabi analogija, je to treba storiti v celoti, tako da bi se – enako, kot v primerih zastaranja ravnanj, ki izkrivljajo konkurenco – najdaljše obdobje izključitve po začetku lahko tudi pretrgalo.¹⁷ Tako bi bilo mogoče, da traja dlje od treh let, ki jih taksativno določa člen 57(7) Direktive.¹⁸

82. Zato menim, da je do rešitve mogoče priti z uporabo analogije, ampak samo če se ta tehnika vključitve povezane določbe uporabi tudi za ostalo vsebino pojma. Pri tem je pomembno vedeti, da je prav datum *obsodbe* tisti – kadar je obvezni razlog za izključitev nezakonito ravnanje, ki je bilo ugotovljeno s sodbo, ki pa ni določila trajanja obdobja izključitve – od katerega se začne šteti izračun petih let izključitve.

83. Isto merilo se po mojem mnenju lahko brez težav uporabi za razlago, kadar gre za ravnanja, ki omejujejo konkurenco, katerih obstoj se (zaradi domneve nedolžnosti) lahko dokaže samo s sodno ali upravno odločbo. Enako kot v tej zadevi, je datum odločbe (ki velja kot *obsodba* v nepravem smislu) pri tej predpostavki tisti, ki služi kot „zadevni dogodek“ za začetek štetja treh let izključitve.

84. Člen 57(7) Direktive 2014/24 se torej v okoliščinah te zadeve ne nanaša na omejevalno ravnanje, ki bi štelo za „zadevni dogodek“, ampak se nanaša na pravno ugotovitev njegovega obstoja; ali, drugače povedano, na pravno kvalifikacijo dejanja, ki ga je organ že kaznoval kot nezakonito ravnanje.

85. Drugače povedano, če obstaja odločba, s katero je bilo izrecno ugotovljeno, da je gospodarski subjekt sodeloval pri omejevalnem sporazumu, potem „zadevni dogodek“, po katerem javni naročnik – nosilec pooblastila ali, odvisno od primera, pristojnosti za izključitev tistega gospodarskega subjekta – izračuna najdaljši čas za prepoved sodelovanja, ni dejansko ravnanje podjetja, ki je storilo kršitev, ampak njegova opredelitev in sankcioniranje kot ravnanja, ki omejuje konkurenco.

86. Po mojem mnenju, ki sovпада z mnenjem madžarske vlade in z mnenjem Komisije na obravnavi, mora ta dejavnik biti „upošteven“ za javnega naročnika zato, da lahko določi najdaljše obdobje izključitve zadevnega gospodarskega subjekta. Glede na kazen, ki jo je naložil organ za varstvo konkurence, javni naročnik ne potrebuje ničesar več, saj je bilo že pravno ugotovljeno, da gre za ravnanje, zaradi katerega lahko pride do izključitve. Obdobje izključitve začne teči od tedaj, torej od dneva, ko je bila sprejeta ustrezna odločba o naložitvi sankcije.

17 V skladu s členom 25(3) in (5) Uredbe št. 1/2003 „vse dejavnosti, ki jih zaradi preiskave ali postopka v zvezi s kršitvijo izvaja Komisija ali organ, pristojen za konkurenco v državi članici, pretrgajo zastaranje za nalaganje globe ali periodičnih denarnih kazni. Zastaranje se pretrga z dnem, ko je o dejanju uradno obveščeno vsaj eno podjetje ali podjetniško združenje, ki je sodelovalo pri kršitvi. [...] Po vsakem pretrganju začne zastaranje znova teči.“

18 Določba, ki drugače kakor člen 106 Uredbe št. 966/2012 izrecno ne določa zastaralnega roka za izključitev.

VI. Predlog

87. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj Vergabekammer Südbayern (komisija za javna naročila južne Bavarske, Nemčija) odgovori tako:

1. Člen 80 Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštne storitve ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES, v povezavi s členom 57(6), drugi pododstavek, Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES:
 - nasprotuje temu, da bi moral gospodarski subjekt, ki kljub obstoju upoštevnega razloga za izključitev želi dokazati svojo zanesljivost, dejavno sodelovati z javnim naročnikom za izčrpno pojasnilo dejstev in okoliščin, v katerih je bil udeležen kot soavtor pri sporazumih z namenom izkrivljanja konkurence, če je ta isti subjekt za izčrpno pojasnilo teh okoliščin že dejavno sodeloval z organom za varstvo konkurence, ki je preiskoval in kaznoval ta dejstva;
 - ne nasprotuje temu, da država članica zahteva dejavno sodelovanje z javnim naročnikom, kot pogoj za to, da gospodarski subjekt dokaže svojo zanesljivost in ni izključen iz postopka oddaje javnega naročila, če gre za kršitvena ravnanja, katerih dejstva in okoliščine mora ugotoviti javni naročnik.
2. Če je gospodarski subjekt izključen iz razloga iz člena 57(4)(d) Direktive 2014/24, torej ker je sklenil sporazume z namenom izkrivljanja konkurence, glede katerih je že bila sprejeta odločba o naložitvi sankcije, se najdaljše obdobje izključitve začne šteti od datuma te odločbe.