

SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 19. maja 2009\*

V zadevi C-538/07,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italija) z odločbo z dne 14. novembra 2007, ki je prispela na Sodišče 3. decembra 2007, v postopku

**Assitur Srl**

proti

**Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,**

ob udeležbi

**SDA Express Courier SpA,**

\* Jezik postopka: italijanščina.

**Poste Italiane SpA,**

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik senata, R. Silva de Lapuerta, sodnica, E. Juhász (poročevalec), G. Arestis in J. Malenovský, sodniki,

generalni pravobranilec: J. Mazák,  
sodna tajnica: L. Hewlett, glavna administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 4. decembra 2008,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Assitur Srl S. Quadrio, odvetnik,
  
- za Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano M. Bassani, odvetnik,
  
- za SDA Express Courier SpA A. Vallefucio in V. Vallefucio, odvetnika,

- za Poste Italiane SpA A. Fratini, odvetnica,
  
- za italijansko vlado I. M. Braguglia, zastopnik, skupaj z M. G. Fiengom, avvocato dello Stato,
  
- za Komisijo Evropskih skupnosti D. Kukovec in D. Recchia, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 10. februarja 2009

izreka naslednjo

### **Sodbo**

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 29, prvi odstavek, Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1) in splošnih načel prava Skupnosti o javnih naročilih.
  
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Assitur Srl (v nadaljevanju: Assitur) in Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (Milanska zbornica za trgovino, industrijo, obrtništvo in kmetijstvo) glede združljivosti z zgoraj navedenimi določbami in načeli nacionalne ureditve, v skladu s katero se podjetja, ki so

v razmerju odvisnosti ali v razmerju, v katerem ena družba nad drugo izvaja pomemben vpliv, ne smejo ločeno udeležiti istega postopka oddaje javnega naročila in si v njem konkurirati.

## Pravni okvir

### *Skupnostna ureditev*

- 3 Člen 29, prvi odstavek, v poglavju 2 z naslovom „Merila za ugotavljanje usposobljenosti“ Direktive 92/50 določa:

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

- (a) je bankrotiral ali je v stečajnem postopku, tisti, s katerega poslovanjem upravlja sodišče, tisti, ki je sklenil dogovor z upniki, tisti, katerega poslovna dejavnost začasno miruje ali je v enakem položaju, ki izhaja iz podobnega postopka po nacionalnih zakonih in predpisih,
  
- (b) je predmet postopka za objavo stečaja, za nalog za prisilno poravnavo ali sodno upravljanje ali za dogovor z upniki ali v drugem podobnem postopku po nacionalnih zakonih in predpisih,

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

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

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

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

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

<sup>4</sup> V členu 3(4), drugi in tretji odstavek, Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54), sta opredeljena pojma „odvisno podjetje“ in „prevladujoč vpliv“ enega podjetja nad drugim. V delu, ki se nanaša na pogodbe o javnih koncesijah za gradnje, določa:

„Podjetja, ki nastopajo v skupini zato, da bi pridobila koncesijo, ali njihova odvisna podjetja, se ne obravnavajo kot tretje osebe.

„Odvisno podjetje“ pomeni podjetje, prek katerega lahko koncesionar izvaja, neposredno ali posredno, prevladujoč vpliv, ali podjetje, ki lahko izvaja prevladujoč vpliv nad koncesionarjem[,] ali pa podjetje, ki je skupaj s koncesionarjem pod prevladujočim vplivom nekega drugega podjetja zaradi lastništva, finančne udeležbe ali pravic, ki urejajo njegovo delovanje. Prevladujoč vpliv podjetja se domneva, če neposredno ali posredno, glede na drugo podjetje:

– ima večinski del vpisanega kapitala podjetja, ali

– ima nadzor nad večino glasov, povezanih z delnicami, ki so jih podjetja izdala, ali

- lahko imenuje več kakor polovico članov upravnega, vodstvenega ali nadzornega odbora podjetja.“

### *Nacionalna ureditev*

5 Direktiva 92/50 je bila v italijansko pravo prenesena z uredbo-zakonom št. 157 z dne 17. marca 1995 (redni dodatek h GURI št. 104 z dne 6. maja 1995). Ta uredba-zakon ne določa prepovedi sodelovanja v istem postopku oddaje javnega naročila storitev za družbe, ki so v razmerju odvisnosti ali so med seboj povezane.

6 Člen 10(1a) zakona št. 109 z dne 11. februarja 1994, okvirni zakon o javnih naročilih gradenj (GURI št. 41 z dne 19. februarja 1994, v nadaljevanju: zakon št. 109/1994) določa:

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

7 Člen 2359 italijanskega civilnega zakonika z naslovom „Odvisne družbe in povezane družbe“ določa:

„Za odvisne družbe je treba šteti:

- 1) družbe, v katerih ima druga družba večino glasovalnih pravic, ki jih je mogoče izvrševati na rednih skupščinah delničarjev;
- 2) družbe, v katerih ima druga družba dovolj glasovalnih pravic za izvajanje prevladujočega vpliva na rednih skupščinah delničarjev;
- 3) družbe, ki so pod prevladujočim vplivom druge družbe na podlagi posebnih pogodbenih določil.

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

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

<sup>8</sup> Postopki za oddajo javnih naročil v gradbenem in storitvenem sektorju in oddajo javnih naročil blaga so v celoti urejeni z uredbo-zakonom št. 163 z dne 12. aprila 2006 (redni



dodatek h GURI št. 100 z dne 2. maja 2006, v nadaljevanju: uredba-zakon št. 163/2006). Člen 34, zadnji odstavek, te uredbe-zakona določa:

„Ponudniki, ki so v enem od razmerij odvisnosti, navedenih v členu 2359 civilnega zakonika, ne smejo sodelovati v istem postopku javnega naročanja. Naročniki iz takega postopka izključijo ponudnike, katerih ponudbe je na podlagi nedvoumnih dokazov mogoče pripisati istemu centru odločanja.“

### **Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje**

- 9 Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano je 30. septembra 2003 objavila javno povabilo k oddaji ponudb za sklenitev pogodbe o izvajanju kurirskih storitev, to je zbiranja in raznašanja pošte in različnih dokumentov, na njen račun in na račun njenega podjetja Ced Camera v triletnem obdobju med letoma 2004 in 2006, pri čemer je bilo merilo za oddajo naročila najnižja cena. Javno naročilo se je glasilo na znesek 530.000 EUR brez davka na dodano vrednost.
- 10 Po pregledu dokumentacije, ki so jo predložili ponudniki, so bile k postopku povabljeni družbe SDA Express Courier SpA (v nadaljevanju: SDA), Poste Italiane SpA (v nadaljevanju: Poste Italiane) in Assitur.
- 11 Družba Assitur je 12. novembra 2003 zahtevala, naj se iz postopka oddaje javnega naročila zaradi medsebojne povezanosti izključita družbi SDA in Poste Italiane.

- 12 Preiskava, ki jo je v zvezi s tem naročila komisija, pristojna za oddajo naročila, je razkrila, da je ves kapital družbe SDA v lasti družbe Attività Mobiliari SpA, ki je v celoti v lasti družbe Poste Italiane. A ker z uredbo-zakonom št. 157 z dne 17. marca 1995, ki ureja oddajo javnih naročil storitev, družbam, ki so v razmerju odvisnosti, ni prepovedana udeležba v istem postopku oddaje javnega naročila in ker v preiskavi niso bili najdeni trdni in dosledni dokazi, ki bi vzbujali kakršen koli dvom, da sta bili v tem postopku kršeni načeli zagotavljanja konkurence in tajnosti ponudnikov, je komisija, pristojna za oddajo naročila, z odločbo št. 712 z dne 2. decembra 2003 kljub temu odločila, naj se naročilo odda družbi SDA, ki je ponudila najnižjo ceno.
- 13 Družba Assitur je pred Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia zahtevala razveljavitev odločbe. Trdila je, da bi v skladu s členom 10(1a) zakona št. 109/1994, ki se po njenem mnenju zaradi neobstoja drugačne posebne zakonodaje uporablja tudi za oddajo javnih naročil storitev, organ, pristojen za oddajo naročila, moral iz postopka oddaje javnega naročila izključiti družbe, ki so v razmerju odvisnosti, navedenem v členu 2359 italijanskega civilnega zakonika.
- 14 Predložitveno sodišče poudarja, da člen 10(1a) zakona št. 109/94, ki ureja javna naročila gradnje, določa neovrgljivo domnevo, da je ponudba, ki jo vloži odvisna družba, obvladujoči družbi znana. Zakonodajalec naj bi tako štel, da zadevna gospodarska subjekta ne moreta oblikovati ponudb, ki bi izkazovale potrebno neodvisnost, resnost in zanesljivost, saj sta medsebojno tesno povezana s skupnimi interesi. V skladu s to določbo je po mnenju predložitvenega sodišča torej prepovedano, da se tako povezana podjetja sočasno udeležijo istega javnega razpisa in si v njem konkurirajo; če se takšna udeležba ugotovi, pa naj bi bilo treba podjetja obvezno izključiti iz postopka oddaje naročila. Predložitveno sodišče opozarja tudi, da je pojem „podrejeno podjetje“ iz italijanskega prava analogen pojmu „odvisnega podjetja“, ki je opredeljen v členu 3(4) Direktive 93/37.
- 15 Predložitveno sodišče prav tako poudarja, da je v italijanski sodni praksi sprejeto, da ima pravilo, kakršno je to iz člena 10(1a) zakona št. 109/1994, pomen pravila javnega reda in

se splošno uporablja. Meni, da je to pravilo dejansko odraz splošnega načela, ki se ne uporablja le za področje javnih del, ampak tudi za postopke oddaj javnih naročil storitev in blaga, ne glede na to, da ga zakonodaja, ki pokriva ti področji, ne vsebuje. Zakonodajalec je ta pristop iz sodne prakse potrdil s sprejetjem člena 34, zadnji odstavek, uredbe-zakona št. 163/2006, ki zdaj ureja vso področje javnih naročil, vendar pa ta ureditev *ratione temporis* v tej zadevi ni upoštevna.

- 16 Predložitveno sodišče se tako sprašuje, ali je tak pristop združljiv s pravnim redom Skupnosti in zlasti s členom 29 Direktive 92/50, kakor ga je razložilo Sodišče v sodbi z dne 9. februarja 2006 v združenih zadevah La Cascina in drugi (C-226/04 in C-228/04, ZOdl., str. I-1347, točke od 21 do 23). Ta določba, ki je odraz načela *favor participationis*, to je interesa, da se javnega razpisa udeleži kar največje število podjetij, v skladu s to sodbo določa *numerus clausus* razlogov za izključitev iz udeležbe v postopku oddaje javnega naročila storitev. Med temi razlogi pa naj ne bi bilo primera družb, ki so v razmerju odvisnosti, ali družb, pri katerih ima ena pomemben vpliv na drugo.
- 17 Vendar predložitveno sodišče meni, da je člen 10(1a) zakona št. 109/1994 v delu, v katerem določa sankcije za usklajeno delovanje podjetij v okviru istega postopka javnega razpisa, odraz načela svobodne konkurence. Zato naj bi bil sprejet strogo v skladu s Pogodbo ES, predvsem z njenim členom 81 ES in naslednjimi, in naj dejansko ne bi bil v nasprotju s členom 29 Direktive 92/50.
- 18 V teh okoliščinah je Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali člen 29 Direktive 92/50[...], s tem da našteva sedem primerov izključitve sodelovanja pri postopku oddaje javnega naročila storitev, vsebuje *numerus clausus* primerov izključitev in s tem nasprotuje, da se v členu 10(1a) zakona št. 109/1994 (ki je

bil nadomeščen s členom 34, zadnji odstavek, uredbe-zakona št. 163/2006) določi prepoved sočasnega sodelovanja v istem postopku oddaje javnega naročila za družbe, ki so v razmerju odvisnosti?“

## Vprašanje za predhodno odločanje

- 19 Da bi lahko odgovorili na to vprašanje, je treba opozoriti, da se v skladu s sodno prakso Sodišča sedem razlogov izključitve kandidatov iz sodelovanja pri javnem naročilu, ki so določeni v členu 29, prvi odstavek, Direktive 92/50, nanaša na njihovo poklicno poštenost, plačilno zmožnost ali zanesljivost, torej na njihovo strokovno usposobljenost (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo La Cascina in drugi, točka 21).
- 20 Sodišče je v zvezi s členom 24, prvi odstavek, Direktive 93/37, v katerem so navedeni enaki izključitveni razlogi kot v členu 29, prvi odstavek, Direktive 92/50, poudarilo, da je bila volja zakonodajalca Skupnosti, da se s to določbo zajamejo le izključitveni razlogi, ki se nanašajo na strokovno usposobljenost ponudnikov. Kadar se Sodišče sklicuje na te izključitvene razloge, njihov seznam šteje za izčrpen (glej v tem smislu sodbo z dne 16. decembra 2008 v zadevi Michaniki, C-213/07, ZOdl., str. I-9999, točki 42 in 43 ter navedena sodna praksa).
- 21 Sodišče je dodalo, da ta izčrpen seznam ne izključuje možnosti držav članic, da poleg teh izključitvenih razlogov ohranijo ali sprejmejo materialna pravila, katerih namen je zlasti, da se na področju javnih naročil zagotavlja upoštevanje načela enakega obravnavanja vseh ponudnikov in načela preglednosti, ki sta temelja direktiv Skupnosti s področja postopkov oddaje javnih naročil, vendar pod pogojem, da se zagotovi upoštevanje načela sorazmernosti (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Michaniki, točke od 44 do 48 in navedena sodna praksa).

- 22 Očitno je, da je nacionalni zakonodajni ukrep, kot je ta, ki je sporen v sporu o glavni stvari, namenjen preprečitvi vseh morebitnih usklajenih delovanj med udeleženci istega postopka oddaje javnega naročila in zagotovitvi spoštovanja načela enakega obravnavanja ponudnikov in načela preglednosti postopka.
- 23 Zato je treba šteti, da člen 29, prvi odstavek, Direktive 92/50 ne onemogoča, da država članica poleg izključitvenih razlogov iz tega člena določi druge izključitvene ukrepe, katerih namen je zagotoviti spoštovanje načela enakega obravnavanja ponudnikov in načela preglednosti, če taki ukrepi ne prekoračijo okvirov, ki so potrebni za doseganje tega cilja.
- 24 Iz navedenega izhaja, da je skladnost nacionalne zakonodaje, ki je sporna v zadevi v glavni stvari, s pravom Skupnosti treba preučiti še ob upoštevanju načela sorazmernosti.
- 25 V zvezi s tem je treba opozoriti, da so bili predpisi Skupnosti na področju oddaje javnih naročil sprejeti v okviru vzpostavitve notranjega trga, v katerem je zagotovljen prosti pretok, omejitve konkurence pa so odpravljene (glej v tem smislu sodbo z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 2).
- 26 V okviru tega enotnega notranjega trga in učinkovite konkurence je namen prava Skupnosti, da se pri postopkih za oddajo zagotovi najširša možna udeležba ponudnikov.
- 27 Iz predložitvene odločbe je razvidno, da določba, ki je sporna v zadevi v glavni stvari, jasno in zavezujoče določa, da imajo organi, pristojni za oddajo naročila, brezpogojno obveznost izključiti iz postopka oddaje javnega naročila podjetja, ki predstavijo ločene

in medsebojno konkurenčne ponudbe, če so ta podjetja v enem od razmerij odvisnosti, kakršna so določena v nacionalni ureditvi, ki je sporna v obravnavani zadevi.

- 28 Vendar bi bilo v nasprotju z učinkovito uporabo prava Skupnosti, če bi se podjetja, ki so med seboj povezana, sistematično izključevala iz udeležbe pri istih postopkih oddaje javnega naročila. Taka rešitev bi povzročila znatno zmanjšanje konkurenčnosti na ravni Skupnosti.
- 29 Tako je treba ugotoviti, da nacionalna ureditev, ki je sporna v zadevi v glavni stvari, v delu, v katerem je določena razširitev prepovedi udeležbe pri istem postopku oddaje javnega naročila na primere, v katerih razmerje odvisnosti med zadevnimi podjetji nima učinka na njihovo ravnanje v okviru teh postopkov, presega okvire, ki so potrebni za doseganje cilja zagotovitve spoštovanja načela enakega obravnavanja in načela preglednosti.
- 30 Ureditev, ki temelji na neovrgljivi domnevi, v skladu s katero so ponudbe, ki jih povezana podjetja predložijo v okviru istega javnega naročila, nujno sestavljene pod vzajemnim vplivom, ne upošteva načela sorazmernosti, saj podjetjem ne daje možnosti dokazati, da v danem primeru ni dejanskega tveganja, da bi se pojavile prakse, ki bi lahko ogrozile preglednost in izkrivljale konkurenco med ponudniki (glej v tem smislu sodbo z dne 3. marca 2005 v združenih zadevah *Fabricom*, C-21/03 in C-34/03, ZOdl., str. I-1559, točki 33 in 35, ter zgoraj navedeno sodbo *Michaniki*, točka 62).
- 31 V zvezi s tem je treba poudariti, da lahko združevanje podjetij poteka v različnih oblikah in ima različne cilje, pri čemer ni nujno izključeno, da imajo podrejena podjetja pri

oblikovanju svoje trgovske politike in gospodarskih dejavnosti določeno stopnjo neodvisnosti, in sicer zlasti glede udeležbe pri javnih razpisih. Poleg tega, kot izhaja iz pisnih pripomb Komisije, lahko povezave med podjetji urejajo posebne določbe – na primer v okviru pogodbe – na podlagi katerih sta pri pripravi ponudb, ki jih zadevna podjetja predložijo v okviru istega javnega razpisa, zagotovljeni neodvisnost in zaupnost.

32 V tem okviru odgovor na vprašanje, ali je sporno razmerje odvisnosti vplivalo na vsebino ponudb, ki sta ju zadevni podjetji predložili v okviru istega postopka oddaje javnega naročila, zahteva preizkus in presojo dejstev, ki jo mora opraviti organ, pristojen za oddajo javnega naročila. Če se ugotovi tak vpliv, in sicer ne glede na njegovo obliko, to zadostuje za izključitev teh podjetij iz zadevnega postopka. Nasprotno pa organ, pristojen za oddajo naročila, zgolj zaradi ugotovitve, da sta podjetji – na podlagi lastništva ali števila glasovalnih pravic, ki se lahko izvršujejo na rednih skupščinah – v razmerju odvisnosti, ne more samodejno izključiti teh podjetij iz postopka oddaje javnega naročila, ne da bi preveril, ali je to razmerje dejansko vplivalo na njuno ravnanje v okviru tega postopka.

33 Glede na zgoraj navedene ugotovitve je treba na postavljeno vprašanje odgovoriti, da:

- je treba člen 29, prvi odstavek, Direktive 92/50 razlagati tako, da ne onemogoča, da država članica poleg izključitvenih razlogov iz tega člena določi druge izključitvene ukrepe, katerih namen je zagotoviti spoštovanje načela enakega obravnavanja in načela preglednosti, če taki ukrepi ne prekoračijo okvirov, ki so potrebni za doseganje tega cilja, in da

- pravo Skupnosti nasprotuje nacionalni določbi, ki čeprav sledi legitimnim ciljem zagotavljanja enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti v okviru postopkov oddaje javnega naročila, za podjetja, ki so v razmerju odvisnosti ali so med seboj povezana, določa brezpogojno prepoved sočasnega sodelovanja in konkuriranja v istem postopku oddaje javnega naročila, ne da bi imela možnost dokazati, da to razmerje ne vpliva na njihovo ravnanje v okviru tega javnega razpisa.

## **Stroški**

- <sup>34</sup> Ker je ta postopek za stranke 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 (četrti senat) razsodilo:

**Člen 29, prvi odstavek, Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev je treba razlagati tako, da ne onemogoča, da država članica poleg izključitvenih razlogov iz tega člena določi druge izključitvene ukrepe, katerih namen je zagotoviti spoštovanje načela enakega obravnavanja in načela preglednosti, če taki ukrepi ne prekoračijo okvirov, ki so potrebni za doseganje tega cilja.**



**Pravo Skupnosti nasprotuje nacionalni določbi, ki čeprav sledi legitimnim ciljem zagotavljanja enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti v okviru postopkov oddaje javnega naročila, za podjetja, ki so v razmerju odvisnosti ali so med seboj povezana, določa brezpogojno prepoved sočasnega sodelovanja in konkuriranja v istem postopku oddaje javnega naročila, ne da bi imela možnost dokazati, da to razmerje ne vpliva na njihovo ravnanje v okviru tega javnega razpisa.**

Podpisi