

VRHOVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Evidenčna številka: VS4002458

Datum odločbe: 14.01.2014

Senat: dr. Miodrag Đorđević (preds.), dr. Mile Dolenc (poroč.), Marko Prijatelj

Področje: VARSTVO KONKURENCE - UPRAVNI POSTOPEK

Institut: varstvo konkurence - postopek pred Uradom za varstvo konkurence - omejevalni sporazum - kartelno dogovarjanje - čezmejni vplivi - cene storitev - obličnost dogovora - upravni postopek - upravna odločba - izrek upravne odločbe - konkretiziranost izreka odločbe - dokazovanje - izvedba predlaganih dokazov - zaslišanje prič - zavrnitev dokaznega predloga

Zveza: ZPomK-1 člen 6, 6/1, 36, 37, 37/4. ZUP člen 213, 213/6. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) člen 101. Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) člen 81.

Jedro

Tožniku se očita sodelovanje v enotnem, dalj časa trajajočem ravnanju (kar je ugotovljeno npr. v 169. točki izpodbijane odločbe). Pri takem ravnanju ni treba že v izreku opisati (vseh) podrobnosti očitane ravnanja. Konkretiziranost je nujno potrebna le v tisti meri, ki zadošča za individualizacijo očitka in s tem možnost uspešne obrambe.

Za presojo cilja kartelnega dogovarjanja oziroma usklajenega ravnanja ni potreben subjektivni namen udeležencev. Zadostuje njegov objektivni pomen.

Toženec bi v primeru, ko stranka postopka substancirano predlaga zaslišanje prič, praviloma moral opraviti ustno obravnavo in priče zaslišati, razen v izjemnih primerih, npr. (a) če dejstva, o katerih naj bi priče izpovedovale, niso pomembna za odločitev, (b) če toženec šteje zatrjevana dejstva za resnična in zato ni potrebe po njihovem dokazovanju, ali pa (c) če ima toženec na voljo take dokaze (npr. listinske), da jih tudi izpovedi prič, ki naj bi izpovedovale o istem dejstvu, po presoji, ki izključuje vsak razumen dvom, ne bi mogle omajati.

Za kartelno dogovarjanje se ne zahteva nobena obličnost; pravzaprav zadostuje zgolj soglasje volj udeležencev, za katero pa ni potrebno, da bi izpolnjevalo vse pogoje za nastanek pravnega posla. Zato tožnik ne more uspeti s sklicevanjem na nepodpisanost sporazuma.

Dokazov glede višjih cen v izpodbijani odločbi res ni. Vendar pa za izpolnitev zakonskih znakov omejevalnega ravnanja zadostuje že, da je cilj sporazuma preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco. Običajno se člani kartela sicer res dogovarjajo prav zato, da bi dosegli višje cene, vendar pa doseganje višjih cen ni del definicije kartelnega sporazumevanja.

Če je bil namen skupnega nastopanja na podlagi kartelnega dogovora zvišanje cen, kot ugotavlja toženec,

potem so višje ponudbene cene same po sebi omogočale tujim podjetjem večje možnosti za uspeh na javnih razpisih DARS, saj so lahko ponudila realnejše, torej nižje cene.

Izrek

Tožbi se delno ugotovi in se izpodbijana odločba v delu, ki se nanaša na tožnika in v katerem se mu očita kršitev 81. člena PES oziroma 101. člena PDEU, odpravi in se v tem delu vrne tožencu v novo odločanje.

V preostalem delu se tožba zavrne.

Toženec je dolžan povrniti tožniku njegove stroške postopka v višini 285,00 EUR, v petnajstih dneh.

Obrazložitev

1. Urad Republike Slovenije za varstvo konkurence (sedaj Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, v nadaljevanju: Agencija) je z delno odločbo ugotovil, da se je šestnajst podjetij, med njimi tudi tožnik, v različnih obdobjih (za posamezno podjetje) pri gradnji in obnovi avtocest, hitrih cest, navezovalnih cest in drugih objektov nacionalnega programa izgradnje avtocest v Republiki Sloveniji dogovarjalo oziroma usklajeno ravnilo glede delitve projektov gradnje in obnove avtocest, hitrih cest, navezovalnih cest in drugih objektov nacionalnega programa izgradnje avtocest v Republiki Sloveniji, oddaje prirojenih ponudb v postopkih javnega naročanja naročnika Družba za avtoceste v Republiki Sloveniji d. d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju DARS), in si pred oddajo ponudb izmenjavalo informacije glede ponudbenih cen, kar predstavlja omejevalni sporazum, katerega cilj je preprečevanje, oviranje ali izkrivljanje konkurence na ozemlju Republike Slovenije, in s tem kršitev 6. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (v nadaljevanju ZPOMK-1) in od 1. 5. 2004 dalje tudi 81. člena Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (sedaj 101. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije).

2. Tožniku se očita zgoraj opisano kartelno dogovarjanje „vsaj od 1. 1. 2000 do 10. 3. 2010“.

3. Od podjetij je z izpodbijano odločbo zahtevano, da s kršitvijo nemudoma prenehajo ter da se izrek odločbe objavi na toženčevi spletni strani; glede stroškov postopka je napovedano, da bo o njih odločeno s posebnim sklepom.

4. Tožnik s tožbo v postopku sodnega varstva zahteva, da Vrhovno sodišče odločbo odpravi. Uveljavlja razloge bistvene kršitve postopka, nepravilne oziroma nepopolne ugotovitve dejanskega stanja in nepravilne uporabe materialnega prava.

5. Toženec je v odgovoru na tožbo predlagal njeno zavrnitev. V pripravljalni vlogi z dne 21. 10. 2013 je še navedel predhodna vprašanja, ki naj jih Vrhovno sodišče odstopi v odločanje Sodišču Evropske unije.

Postopkovne omejitve

6. Po določbi 58. člena ZPOMK-1 Vrhovno sodišče preizkusi odločbo toženca (samo) v mejah tožbenega zahtevka in mejah razlogov, ki so navedeni v tožbi; pri tem pa po uradni dolžnosti pazi (le) na bistvene kršitve določb postopka v skladu s tretjim odstavkom 27. člena Zakona o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/2006; v nadaljevanju ZUS-1).

7. Po določbi 57. člena ZPOMK-1 tožnik v postopku sodnega varstva ne more navajati novih dejstev in predlagati novih dokazov. Zato Vrhovno sodišče pri presoji utemeljenosti tožbe ni obravnavalo.

Razlogi za delno zavrnitev tožbe

8. Tožnik uveljavlja: (a) da je izrek izpodbijane odločbe nerazumljiv in nekonkretiziran, (b) da je odločba neobrazložena, (c) da je bila izdana po preteku dveh let od uvedbe postopka in (d) da temelji na dokazih, ki so bili pridobljeni s kršitvijo temeljnih človekovih pravic in svoboščin.

9. Izrek izpodbijane odločbe naj bi bil nerazumljiv in nekonkretiziran zato, ker iz njega ni razvidno, „katera točno določena oziroma konkretizirana dejanja so tista, ki omogočajo zaključek“, da je tožnik storil dejanje, ki se mu očita. Izrek naj bi bil iz bolj ali manj enakih razlogov tudi neustaven.

10. Izrek izpodbijane odločbe je razumljiv, je pa tudi dovolj konkretiziran. Tožniku se očita sodelovanje v enotnem, dalj časa trajajočem ravnanju (kar je ugotovljeno npr. v 169. točki izpodbijane odločbe). Pri takem ravnanju ni treba že v izreku opisati (vseh) podrobnosti očitane ravnanja. Konkretiziranost je nujno potrebna le v tisti meri, ki zadošča za individualizacijo očitka in s tem možnost uspešne obrambe. Temu pa je bilo zadoščeno; še zlasti zato, ker je toženec tekom postopka izdal povzetke relevantnih dejstev (36. člen ZPOmK-1), ki so vsebovali konkretizirano opredelitev dejstev in glede katerih se je tožnik lahko izjavil. Tožnik se sklicuje na določbo šestega odstavka 213. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (v nadaljevanju ZUP), po kateri mora biti izrek kratek in določen. Vnašanje vseh dejanskih ugotovitev (posameznih pojavnih oblik dogovarjanja oziroma usklajenega ravnanja glede delitve projektov gradnje in obnove avtocest, oddaje prikrojenih ponudb in izmenjav informacij glede ponudbenih cen), na katerih temelji subsumpcija pod določbo prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1, v izrek odločbe, gotovo ne bi prispevala h kratkosti izreka, kot to terjata navedena zakonska določba.

11. Tožnik uveljavlja, da iz izpodbijane odločbe „sploh ne izhaja, da bi tožeča stranka storila kršitev po 6. členu ZPOmK-1 oziroma od 1. 5. 2004 dalje po 101. členu PDEU“, ker, kot pojasnjuje, „iz izpodbijanega sklepa nikjer ni razvidno, da bi tožeča stranka kadarkoli ravnala s ciljem preprečevanja, oviranja ali izkrivljanja konkurence na ozemlju Republike Slovenije“. Za presojo cilja kartelnega dogovarjanja oziroma usklajenega ravnanja ni potreben subjektivni namen udeležencev. Zadostuje njegov objektivni pomen. Tega pa je toženec presodil v 550. do 555. točki izpodbijane odločbe. Kritika tožbe bi zato lahko zadevala razloge iz navedenih točk; ne more pa tožnik uspeti zgolj z zatrjevanjem, da ni nikjer razvidno, da naj bi ravnal s ciljem preprečevanja, oviranja ali izkrivljanja konkurence.

12. Tožnik se sklicuje na določbo četrtega odstavka 37. člena ZPOmK-1, po kateri mora toženec izdati odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve določb 6. člena ZPOmK-1 v dveh letih od izdaje sklepa o uvedbi postopka. Tako določen rok je instruksijski rok in zato ne pomeni, da je z njegovo prekoračitvijo zagrešena bistvena kršitev določb postopka.

13. Tožnik navaja, da toženec v postopku izdaje izpodbijane odločbe ni opravil ustne obravnave in ni zaslišal predlaganih prič. Navaja tudi, katere priče je predlagal; nato pa nadaljuje, da se „v celoti sklicuje na svoje navedbe, ki jih je podal v upravnem postopku, na tem mestu pa izrecno poudarja, da bi zaslišane priče lahko potrdile, da tožeča stranka ni odgovorna za nobeno izmed očitanih kršitev“. Toženec bi v primeru, ko stranka postopka substancirano (z navedbo konkretnih dejstev, ki naj bi jih izpoved prič potrdila) predlaga zaslišanje prič, praviloma moral opraviti ustno obravnavo in priče zaslišati, razen v izjemnih primerih, npr. (a) če dejstva, o katerih naj bi priče izpovedovale, niso pomembna za odločitev, (b) če toženec šteje za zatrjevana dejstva za resnična in zato ni potrebe po njihovem dokazovanju, ali pa (c) če ima toženec na voljo take dokaze (npr. listinske), da jih tudi izpovedi prič, ki naj bi izpovedovale o istem dejstvu, po presoji, ki izključuje vsak razumen dvom, ne bi mogle omajati.

14. Ni pa mogoče predlagati zaslišanja prič (ponuditi dokaze) zgolj posplošeno, tako kot v tožbi skuša tožnik, namreč, da bi se na podlagi njihove izpovedi lahko zaključilo, da tožnik ni odgovoren za očitano kršitev. Tožnik se v tem pogledu tudi sicer ne sooči s samo izpodbijano odločbo, ki je bila izdana na podlagi izvedenega postopka, v katerem je postavil svoje trditve, pač pa se v tožbi nanje zgolj sklicuje. Ker pa Vrhovno sodišče ne odloča o sami kršitvi, tako kot toženec, pač pa o utemeljenosti tožbe, se pokaže, da ta niti nima dovolj konkretizirane graje izpodbijane odločbe, ki bi omogočala zaključek o bistvenih kršitvah določb

postopka, na katere sicer meri tožba.

15. Tožnik uveljavlja, da naj bi bilo kršeno načelo kontradiktornosti, ker je toženec izdal tretjo dopolnitev povzetka relevantnih dejstev, ki sicer zadeva družbo B. d. d., a se tožnik „glede omenjenega dokumenta ni mogel opredeliti“. Načelo kontradiktornosti, vsebovano v določbi četrtega odstavka 36. člena ZPOmK-1 (pravica do izjave), ni bilo kršeno, ker tretja dopolnitev povzetka relevantnih dejstev ne vsebuje ugotovitev o dejstvih in dokazih, ki bi zadevali tožnika, in tako nima vpliva na njegov pravni položaj.

16. Tožnik precej obširno graja ugotovitev toženca, da za ugotovljene kršitve solidarno odgovarja tudi H. d. d. Ker gre za samostojno pravno osebo, ki je kot stranka postopka tudi sama vložila tožbo zoper izpodbijano odločbo, bo o njeni odgovornosti zavzeto stališče pri obravnavi njene tožbe. Vendar pa tožnik obenem uveljavlja, da bi morala za očitana ravnanja odgovarjati le družba H. d. d., češ, da je po ugotovitvah toženca, ki jim tožnik ne nasprotuje, tožnik le izvrševal njena navodila.

17. H. d. d. je po tožbenih navedbah pridobilo 100 % kapitalski delež pri tožniku z vpisom v sodni register dne 22. 1. 2008. Šele od tedaj naprej naj bi bil tožnik odvisna družba v smislu določbe 4. točke 3. člena ZPOmK-1. Ker pa se je kartelno dogovarjanje oziroma usklajeno ravnanje pričelo že v letu 2000, je očitno, da tožnik ne more uspeti s sklicevanjem na vpliv gospodujoče družbe. Nenazadnje se na tak vpliv na svoje poslovanje sploh ni skliceval v postopku pred tožencem.

18. Tožnik uveljavlja, da „Sporazuma 2000“, ki naj bi ga poleg tožnika sklenili še E. d. d., G. d. d., C. d. d., I. d. d., N. d. d., K. d. d., in A. d. d., ni podpisal noben udeleženec in ne more dokazovati začetka kartela ali njegove udeležnosti v kartelu. Za kartelno dogovarjanje se ne zahteva nobena obličnost; pravzaprav zadostuje zgolj soglasje volj udeležencev, za katero pa ni potrebno, da bi izpolnjevalo vse pogoje za nastanek pravnega posla. Zato tožnik ne more uspeti s sklicevanjem na nepodpisanost sporazuma.

19. S „Sporazumom 2000“ so se zgoraj navedene pravne osebe vnaprej dogovorile oziroma uskladile glede deležev, ki pripadajo posameznim podjetjem oziroma skupini podjetij na razpisih avtocestnega programa, kot tudi glede temeljnih mehanizmov oziroma principov delovanja kartela, zlasti glede načina usklajevanja pri oddaji ponudb na posamezne razpise naročnika DARS. Ta ugotovitev povsem zadostuje za oceno, da je šlo za prepovedan omejevalni sporazum po določbi prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1, katerega cilj je bil preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije. Usklajevanje pri oddaji ponudb na posameznih razpisih avtocestnega programa je namreč pomenilo, da so se udeleženci kartela zavestno izogibali medsebojnemu tekmovanju, kar je bistvo konkurence. Ni šlo le za skupen nastop na posameznem avtocestnem odseku, pač pa za izigravanje javnih razpisov na celotnem avtocestnem programu v obdobju desetih let. Bistveno je, da je bil objektivni cilj „Sporazuma 2000“, pa tudi nadaljnjega dogovarjanja pri posameznih razpisih, izključitev učinkovitega konkuriranja. Udeleženci kartela so prevzeli nalogo, ki je v tržnem gospodarstvu prepuščena trgu.

20. Tožnik navaja, da toženec ni napravil „niti ene analize, iz katere bi izhajalo, da so cene na trgu gradbenih storitev (konkretnije izgradnje avtocest) nad povprečnimi cenami v EU, niti ni v ta namen izvedel npr. dokaza s postavitvijo izvedenca; glede na navedeno niti ne more biti izkazano, da je nastala škoda potrošnikom ali komu drugemu“. Dokazov glede višjih cen v izpodbijani odločbi res ni. Vendar pa za izpolnitev zakonskih znakov omejevalnega ravnanja zadostuje že, da je cilj sporazuma preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco. Običajno se člani kartela sicer res dogovarjajo prav zato, da bi dosegli višje cene, vendar pa doseganje višjih cen ni del definicije kartelnega sporazumevanja. Drugače je pri izrekanju globe. Sporne ugotovitve glede višjih cen brez primernih dokazov gotovo ne morejo biti upoštevane pri njeni odmeri.

21. Po zgoraj obrazloženem je toženec pravilno uporabil materialno pravo, ko je v ravnanju tožnika prepoznal vse elemente kršitve iz prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1. V tem delu je bilo zato treba tožbo zavrniti (II. točka izreka).

22. Izpodbijana odločba tožniku očita tudi kršitev 81. člena PES oziroma 101. člena PDEU. V 612. točki izpodbijane odločbe je pravilno pojasnjeno, da je za namene 6. člena ZPOmK-1 oziroma 101. člena PDEU (prej 81. člena PES) „potrebno opredeliti upoštevni trg, da se ugotovi, ali bi sporazum med podjetji, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje podjetij lahko vplival na trgovino med državami članicami in ali bi lahko imel za svoj cilj ali učinek preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu oziroma na ozemlju Republike Slovenije“. To je tudi bolj ali manj neposredno razvidno iz tistega dela določbe 101. člena PDEU oziroma 81. člena PES, ki govori o trgovini med državami članicami in o notranjem trgu. Toženec v nadaljevanju v 614. točki izpodbijane odločbe zavzema stališče, da „v kolikor poda v svoji odločbi dovolj podroben opis zadevnega sektorja, skupaj s ponudbo in povpraševanjem in geografskim obsegom, pa je tako lahko dovolj natančno opredeljen zadevni trg storitve na njem“. Tudi to drži, ker je trditev povsem tautološka, saj pove le, da je trg dovolj natančno opredeljen, če je njegov opis dovolj podroben.

23. Toženec v 561. točki izpodbijane odločbe v prid čezmejnemu vplivu očitane kršitve navaja, da so bila tuja podjetja ovirana oziroma omejena pri ponujanju svojih storitev na ozemlju Republike Slovenije, „saj bi morala in so tudi morala nastopati proti celi skupini podjetij.“ Kaj naj bi tak nastop proti celi skupini podjetij pomenil v smislu oviranja oziroma omejevanja, ni pojasnjeno. Če je bil namen skupnega nastopanja na podlagi kartelnega dogovora zvišanje cen, kot ugotavlja toženec, potem so višje ponudbene cene same po sebi omogočale tujim podjetjem večje možnosti za uspeh na javnih razpisih DARS, saj so lahko ponudila realnejše, torej nižje cene.

24. Toženec v 562. točki izpodbijane odločbe pove, da „iz sodne prakse nedvoumno izhaja, da imajo sporazumi ali usklajena ravnanja, ki se raztezajo oziroma obsegajo celotno ozemlje ene države članice, kot je to v konkretnem primeru, po svoji naravi učinek okrepitve drobitve trgov na nacionalni ravni, kar ima za posledico zaviranje gospodarskega/ekonomskega prepletanja, kar je temeljni namen Pogodbe o ustanovitvi Evropske unije“, pri čemer se sklicuje na sodbo Sodišča Evropske skupnosti C-309/99, v zadevi Wouters. Primer zadeva ureditev Odvetniške zbornice Nizozemske, ki je prepovedovala opravljanje odvetniške dejavnosti skupaj z računovodsko znotraj ene same gospodarske družbe; terjala je ločenost obeh dejavnosti. Ker je prepoved veljala za vso Nizozemsko, je neizogibno vplivala na delovanje vseh drugače organiziranih tujih odvetniških družb. Tiste, ki so opravljale tudi računovodske storitve, so bile onemogočene pri svojem delovanju na Nizozemskem. V tem se je kazal čezmejni vpliv. V predmetni zadevi ni ugotovljenega ničesar takega, da bi bilo primerljivo z zadevo C-309/99.

25. Čezmejni vpliv po obrazloženem zaenkrat še ni izkazan. Tožbi je bilo zato treba v tem delu ugoditi in izpodbijano odločbo v delu, ki se nanaša na tožnika in v katerem se mu očita kršitev 81. člena PES oziroma 101. člena PDEU, odpraviti ter zadevo v tem delu vrniti tožencu v novo odločanje.

26. Toženec je v pripravljalni vlogi predlagal, da Vrhovno sodišče Sodišču EU postavi dva sklopa vprašanj, ki zadevata opredelitev upoštevnega trga in čezmejni vpliv. Vprašanja, naslovljena na Sodišče EU, se morajo opirati na konkretno ugotovljena dejstva. Ta mora toženec šele ugotoviti ali vsaj v odločbi predstaviti (če jih je že ugotovil). Zato Vrhovno sodišče (zaenkrat) ni sledilo predlogu toženca.

Glede stroškov postopka

27. Izrek o stroških postopka temelji na določbah tretjega odstavka 25. člena ZUS-1 in drugega odstavka 3. člena Pravilnika o povrnitvi stroškov tožniku v upravnem sporu (Uradni list RS, št. 24/2007 in 107/2013).