



VRHOVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Evidenčna številka: VS4002457

Datum odločbe: 11.02.2014

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

Področje: VARSTVO KONKURENCE - UPRAVNI POSTOPEK - USTAVNO PRAVO

Institut: varstvo konkurence - postopek pred Uradom za varstvo konkurence - upravni postopek - bistvena kršitev določb upravnega postopka - preiskava poslovnih prostorov - varstvo osebnih podatkov - informacijska zasebnost delavcev - načelo kontradiktornosti - omejevalni sporazum - kartelno dogovarjanje

Zveza: Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) člen 101. Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) člen 81. URS člen 37, 38. ZPomK-1 člen 6, 6/1, 28, 36, 36/4. ZJN-2 člen 44, 44/3.

Jedro

O tem, ali je bilo poseženo v varstvo tajnosti pisem in drugih občil in ali je bilo v postopku, ki ga je vodil toženec, okrnjeno varstvo osebnih podatkov, se v tem postopku ne odloča kot o samostojnem vprašanju. Za ta postopek je relevantno le, ali so bili dokazi, na katere se opira izpodbijana odločba, pridobljeni s kršitvijo ustavnih pravic.

Tudi načelo kontradiktornosti ni bilo kršeno že s samim tem, ker tožnik ni bil zaslišan kot stranka postopka. V postopku pred tožencem se kontradiktornost postopka udejani tako, da se stranka lahko izjavi o Povzetku relevantnih dejstev (v nadaljevanju PRD), kar je bilo tožniku tudi omogočeno (četrti odstavek 36. člena ZPomK-1). Tudi sicer tožnik ne pojasni, kaj bi lahko izpovedal na zaslišanju, pa tega ni mogel v izjavi o PRD.

Čeprav je treba načeloma vendarle dopustiti možnost, da bi lahko šlo za kršitev prepovedi omejevalnih sporazumov kljub temu, da udeležena podjetja ne bi bila sposobna samostojnega nastopanja na trgu, pa za konkretno uporabo ne zadošča zgolj abstraktna možnost. Potrebna je normativna konkretizacija, ki se opira na konkretna dejstva, ugotovljena v posameznem primeru. Teh pa toženec ni predstavil tako, da bi zadevala prav tožnika.

Izrek

Tožbi se ugodi in se izpodbijana odločba v delu, ki se nanaša na tožnika, odpravi in se v tem delu vrne tožencu v novo odločanje.

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

Obrazložitev

1. Urad RS 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 ravnalo glede delitve projektov gradnje in obnove avtocest, hitrih cest, navezovalnih cest in drugih objektov nacionalnega programa izgradnje avtocest v Republiki Sloveniji, oddaje prikrojjenih 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 kartelno dogovarjanje oziroma usklajeno ravnanje „vsaj od 17. 10. 2005 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 izpodbijano odločbo v celoti odpravi, pri čemer uveljavlja vse tožbene razloge iz 27. člena Zakona o upravnem sporu (v nadaljevanju ZUS-1).

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

6. Tožnik je vložil še obsežno pripravljalno vlogo z dne 11. 11. 2013.

Postopkovne omejitve

7. 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 ZUS-1 (Ur. l. RS, št. 105/06). Novih razlogov, ki jih je tožnik uveljavljal v pripravljalni vlogi, zato ni bilo mogoče upoštevati.

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

Razlogi za ugoditev tožbi

9. Tožnik najprej uveljavlja bistvene kršitve določb postopka, ki jih naj bi zagrešil toženec. Ta naj bi tekom preiskave v poslovnih prostorih tožnika kršil informacijsko zasebnost zaposlenih, opredeljeno v 37. in 38. členu Ustave RS; pa tudi sama preiskava naj bi bila opravljena v nasprotju z določbami 36. člena Ustave RS. Bistvena kršitev določb postopka naj bi bila podana tudi zaradi nespoštovanja načela kontradiktornosti, ker tožniku ni bilo omogočeno, da bi bil zaslišan v postopku pred tožencem.

10. O tem, ali je bilo poseženo v varstvo tajnosti pisem in drugih občil in ali je bilo v postopku, ki ga je vodil toženec, okrnjeno varstvo osebnih podatkov, se v tem postopku ne odloča kot o samostojnem vprašanju. Za ta postopek je relevantno le, ali so bili dokazi, na katere se opira izpodbijana odločba, pridobljeni s kršitvijo ustavnih pravic. Da bi bilo mogoče o tem presoditi, bi moral tožnik konkretizirano navesti osebno korespondenco svojih zaposlenih delavcev, ki ne bi smela biti vpogledana, pa je bila in je prav na tej podlagi

tudi bilo zbrano dokazno gradivo. Vendar pa tega tožniku ni uspelo. Za nobeno konkretno listino, elektronsko pošto ali zabeležko svojih zaposlenih delavcev ne trdi, da jo je tožnik pridobil s kršitvijo ustavnih pravic. Dodati je treba, da ne gre za osebno korespondenco zaposlenih že samo zato, ker so jo ustvarili zaposleni. Iz tega kroga je izvzeta poslovna korespondenca; ta pripada tožniku in ne zaposlenim.

11. Ustavno sodišče je v zvezi z opravljanjem preiskave brez odredbe sodišča v odločbi U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013 sicer odločilo, da je prvi stavek prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1 v neskladju z Ustavo in da mora Državni zbor navedeno protiustavnost odpraviti v roku enega leta po objavi odločbe v Uradnem listu RS, vendar pa je v zvezi z načinom izvršitve odločbe na koncu 41. točke njene obrazložitve zapisalo: „To pomeni, da je v njem Agencija imela in ima še vedno (vse do odprave ugotovljene protiustavnosti) zakonsko podlago za opravljanje ustreznih preiskav, kar bo moralo pri presoji ustavnosti in zakonitosti njenega dela upoštevati tudi pristojno sodišče.“ Kljub neustavnosti zakonske določbe, ki je bila podlaga za opravo preiskave, upoštevajoč citirano stališče Ustavnega sodišča, ni mogoče šteti, da je bila opravljena preiskava nezakonita.

12. Tudi načelo kontradiktornosti ni bilo kršeno že s samim tem, ker tožnik ni bil zaslišan kot stranka postopka. V postopku pred tožencem se kontradiktornost postopka udejani tako, da se stranka lahko izjavi o Povzetku relevantnih dejstev (v nadaljevanju PRD), kar je bilo tožniku tudi omogočeno (četrti odstavek 36. člena ZPOmK-1). Tudi sicer tožnik ne pojasni, kaj bi lahko izpovedal na zaslišanju, pa tega ni mogel v izjavi o PRD.

13. Tožnik na 9. strani tožbe (v okviru zmotne in nepopolne ugotovitve dejanskega stanja) uveljavlja tudi nejasnost izreka izpodbijane odločbe. Nejasnost naj bi bila v tem, ker se mu očita kartelno dogovarjanje oziroma usklajeno ravnanje vsaj od 17. 10. 2005 do 10. 3. 2010; hkrati pa se od njega terja, da s kršitvijo preneha. Nasprotja ali nejasnosti v izreku ni že zato, ker se tožniku očita ravnanje v časovnem razponu, ki je opredeljen z besedo „vsaj“, kar pomeni, da časovno trajanje ni neizogibno omejeno zgolj na časovno obdobje od 17. 10. 2005 do 10. 3. 2010; predvsem pa zato, ker se prepoved nanaša na bodoče ravnanje tožnika in pomeni prepoved ponavljanja očitane ravnanja.

14. Ko tožnik uveljavlja zmotno oziroma nepopolno ugotovitev dejanskega stanja, večkrat poudari, da do 15. 7. 2007 ni mogel (uspešno) sodelovati na razpisih DARS, ker ni imel potrebnih referenc, ki jih je v svojih razpisnih pogojih zahteval DARS. Ali je tožnik izpolnjeval razpisne pogoje DARS, je gotovo pomembno, saj je bil z njimi opredeljen krog možnih ponudnikov na avtocestnem programu, torej tistih, ki naj bi na njem konkurirali s kvaliteto storitev in ponudbeno ceno. Kdor razpisnih pogojev ni izpolnjeval, ni mogel nastopati na specifičnem trgu, ki ga toženec sicer v izpodbijani odločbi ne opredeli; gotovo pa so ga lahko na ponudbeni strani tvorila le tista podjetja, ki so izpolnjevala vsakokratne razpisne pogoje, na strani povpraševanja pa DARS kot monopolni povpraševalec.

15. Določbe Zakona o javnem naročanju (Ur. l. RS, št. 128/2006 in nasl.; v nadaljevanju ZJN-2) omogočajo dogovarjanje ponudnikov. Po določbi tretjega odstavka 44. člena ZJN-2 je gospodarskim subjektom omogočeno, da se, kadar je to primerno, za posamezno naročilo sklicujejo na kapacitete drugih gospodarskih subjektov, ne glede na pravno naravo povezave z njimi. V takem primeru morajo naročniku predložiti dokazilo, da bodo imeli zaradi tega na voljo sredstva, potrebna za izvedbo naročila. Kot dokazilo lahko na primer šteje pisni dogovor teh subjektov, sklenjen za ta namen. Pri posameznem razpisu se potencialni ponudniki torej lahko dogovorijo za skupen nastop. To toliko bolj velja za gospodarski subjekt, ki ni sposoben samostojnega konkuriranja na razpisu. V okvir takega dogovarjanja neizogibno sodijo vsi elementi skupne ponudbe, tako ponudbena cena kakor tudi udeležba podjetij v skupni ponudbi.

16. Določba prvega odstavka 6. člena ZPOmK-1 govori o sporazumih med podjetji, katerih cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije. Določba implicira, da gre za taka podjetja, ki na trgu nastopajo in prav zato lahko konkurenco tudi preprečijo, omejijo ali izkrivljajo. Sporazum med podjetji, ki na trgu ne nastopajo, nasprotno ne more imeti nobenega pomena za konkurenco na trgu. Tudi toženec je v 547. točki izpodbijane odločbe najprej zastopal enako stališče, namreč, da določbe 6.

člena ZPOmK-1 in 101. člena PDEU (prej 81. člen PES) ne preprečujejo podjetjem, da sodelujejo in pripravijo veljavno ponudbo za konkreten projekt, ki ga sama sicer ne morejo izvesti. Njegovo stališče je v tem pogledu (glede sodelovanja podjetij, ki niso izpolnjevala razpisnih pogojev) povsem jasno: „Ker torej na razpisu niso potencialni konkurenti, omejevanja konkurence ni.“ Vendar pa je toženec v nadaljevanju to stališče relativiziral oziroma zameglil, ko je utemeljeval, da so celo pri individualnih projektih skupne ponudbe lahko sporne s stališča konkurenčnega prava, pri čemer je omenil dalj časa ponavljajoč vzorec obnašanja podjetij. Tako stališče gotovo ne zadostuje za uporabo v konkretnem primeru. Čeprav je treba načeloma vendarle dopustiti možnost, da bi lahko šlo za kršitev prepovedi omejevalnih sporazumov kljub temu, da udeležena podjetja ne bi bila sposobna samostojnega nastopanja na trgu, pa za konkretno uporabo ne zadošča zgolj abstraktna možnost. Potrebna je normativna konkretizacija, ki se opira na konkretna dejstva, ugotovljena v posameznem primeru. Teh pa toženec ni predstavil tako, da bi zadevala prav tožnika.

17. Na koncu 547. točke izpodbijane odločbe je toženec zavzel stališče, da sklicevanja na pomanjkanje referenc (izpolnjevanje razpisnih pogojev) ne morejo „upravičiti omejitve konkurence med vsemi podjetji, ki ponudbo sploh lahko oddajo.“ To zadnje stališče je mogoče razumeti le tako, da zadeva tista podjetja, ki so izpolnjevala razpisne pogoje DARS.

18. Toženec se ni ukvarjal z vprašanjem, ali je tožnik do 15. 7. 2007 izpolnjeval razpisne pogoje DARS, kar je tožnik uveljavljal že v izjavi o PRD z dne 2. 2. 2011. Ker je tožniku očitno udeležbo v kartelnem dogovarjanju „vsaj od 17. 10. 2005 do 10. 3. 2010,“ bi moral zavzeti stališče do trditve tožnika, da ni izpolnjeval razpisnih pogojev DARS vse do 15. 7. 2007. Če bi se izkazalo, da pogojev dejansko ni izpolnjeval, potem bi se celotna ocena o njegovi udeležbi v kartelnem dogovarjanju, ki zaenkrat temelji predvsem na indicijah, utegnila pokazati v drugačni luči.

19. Vrhovno sodišče še dodaja, da tožnik v okviru zmotne uporabe materialnega prava utemeljeno uveljavlja, da izpodbijana odločba ne daje dovolj podlage za sklepanje o čezmejnem vplivu očitane ravnanja. 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 naravnost vabile tuja podjetja, da konkurirajo na javnih razpisih DARS, saj so lahko ponudila realnejše, torej nižje cene.

20. Ker izpodbijana odločba po zgoraj obrazloženem nima konkretiziranih razlogov, ki bi zadevali prav tožnika (16. točka obrazložitve sodbe), je podana absolutna bistvena kršitev pravil upravnega postopka po določbi 7. točke drugega odstavka 237. člena ZUP. Izpodbijano odločbo je bilo zato treba odpraviti na podlagi določbe 3. točke prvega odstavka 64. člena ZUS-1. V ponovljenem postopku bo morala toženka presoditi, ali je tožnik izpolnjeval razpisne pogoje pri posameznih razpisih DARS, in na podlagi tako ugotovljenih dejstev ponovno oceniti celotno ravnanje tožnika.

Glede stroškov postopka

21. 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 (Ur. l. RS, št. 24/2007 in 107/2013).

Datum zadnje spremembe: 01.04.2014