



VRHOVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Evidenčna številka: VS4002444

Datum odločbe: 27.01.2014

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 - ugotovitev dejanskega stanja - upravni postopek - bistvena kršitev določb upravnega postopka - dokazovanje - dokazi - kartelno dogovarjanje

Zveza: ZPOmK-1 člen 6, 6/1. Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) člen 81. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) člen 101. ZUP člen 164, 164/2.

Jedro

Zakon ne dela nobenih razlik med dokazi glede na njihov izvor; vseeno je, ali jih je toženec pridobil v okviru preiskave pri tožniku ali kako drugače.

Za kartelno (omejevalno) dogovarjanje zadostuje zgolj soglasje volj udeležencev, za katero pa ni potrebno, da bi izpolnjevalo vse pogoje za nastanek pravnega posla. Zato tožnik ne more uspeti z zatrjevanjem, da sporazum ni bil podpisan.

Toženec je pravilno ugotovil, da so se gradbena podjetja s „Sporazumom 2000“ vnaprej dogovorila oziroma uskladila glede deležev, ki pripadajo posameznim podjetjem oziroma skupini podjetij na razpisih avtocestnega programa, kot tudi glede temeljnih mehanizmov oziroma principov delovanja kartela, zlasti glede način 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 (oziroma prvega odstavka 5. člena ZPOmK), katerega cilj je bil preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije.

Izrek

Tožbi se delno ugodi in se izpodbijane 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 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 zgoraj opisano kartelno dogovarjanje oziroma usklajeno ravnanje „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 napačno uporabo materialnega prava, bistvene kršitve določb postopka ter nepravilno in nepopolno ugotovitev dejanskega stanja.

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.

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. 105/06; 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. Takih zato Vrhovno sodišče pri presoji utemeljenosti tožbe ni obravnavalo.

Razlogi za delno zavrnitev tožbe

8. Tožnik (v nadaljevanju tudi A.) navaja, da je toženec zoper njega uporabil dokaze, ki jih je pridobil pri drugih osebah, nobenega dokaza za očitano ravnanje pa ni pridobil v okviru preiskave pri njem. Tožniku se zato zdi kredibilnost pridobljenih dokazov bistveno manjša. Temu ni mogoče pritrditi. Po določbi drugega odstavka 164. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (v nadaljevanju ZUP) se v upravnem postopku uporabi kot dokaz vse, kar je primerno za ugotavljanje stanja stvari in kar ustreza posameznemu primeru, zlasti pa listine, priče, izjave strank, izvedence in ogleda. Zakon ne dela nobenih razlik med dokazi glede na njihov izvor; vseeno je, ali jih je toženec pridobil v okviru preiskave pri tožniku ali kako drugače.

9. Tožnik vidi kršitev pravil postopka po 3. alineji 2. odstavka 237. člena ZUP, ker je toženec dne 14. 3. 2012 izdal tretjo dopolnitev povzetka relevantnih dejstev, ki jo je vročil v izjavo le družbi B., d.d.; moral pa bi jo dati v izjavo vsem podjetjem, zoper katera je bil uveden postopek. Tožnik ima v mislih 3. točko drugega odstavka 237. člena ZUP, po kateri je podana absolutna bistvena kršitev pravil upravnega postopka, če stranki ali stranskemu udeležencu ni bila dana možnost, da se izjavi o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za izdajo

odločbe. Vendar pa tretja dopolnitev povzetka relevantnih dejstev ne vsebuje ugotovitev o dejstvih in dokazih, ki bi zadevali tožnika, in zato nimajo vpliva na njegov pravni položaj. Uveljavljana bistvena kršitev postopka tako ni podana.

10. Tožnik zatrjuje, da ni bil udeleženec nobenega prepovedanega sporazuma in da ni izvrševal ravnanj, ki jih toženec kot sporna označuje v točkah 117 do 206 izpodbijane odločbe. Na skupnih sestankih je sicer sodeloval, a le v okviru oblikovanja skupnih ponudb. Sam ni mogel samostojno nastopati na razpisih DARS, ker ni izpolnjeval minimalnih (vstopnih) pogojev posameznih razpisov. V nadaljevanju to svojo trditev omili, ko na zgornjem delu 18. strani tožbe navede, da „izjemno pogosto ni izpolnjeval niti minimalnih pogojev za oddajo ponudbe na razpisih.“ To pomeni, da je razpisne pogoje včasih, čeprav redko, izpolnjeval in bi v takih primerih lahko oddal samostojno ponudbo na razpisih DARS. Ni pa pojasnil in dokaz(ov)al, da prav v spornih primerih razpisnih pogojev ni izpolnjeval.

11. Tožnik obširno pojasnjuje, zakaj je bil „z vidika poslovno, ekonomsko, tehnološkega vidika praktično prisiljen sodelovati na programih avtocestnega omrežja v Republiki Sloveniji.“ Tožnik se sklicuje tudi na zakonodajo o javnem naročanju in na njeni podlagi izpeljuje zaključek, da je bilo njegovo ravnanje ves čas v skladu z veljavno zakonodajo. Še zlasti poudarja, da „noben izmed postopkov oddaje javnega naročila ni bil razveljavljen iz razlogov in dejstev, ki jih kot sporne uveljavlja Urad, kar pomeni, da so se vsa javna naročila DARS tudi izvedla.“ Zatrjuje, da je DARS vse postopke oddaje javnih naročil izvedel pravilno in zakonito in zaključuje, da to „posledično pomeni, da so bila nujno zakonita vsa ravnanja A. in ostalih strank v postopku v zvezi z oddajo ponudb, skupnih ponudb in izvedbo javnega naročila.“ Dodaja še, da je bil DARS vselej obveščen o vseh temeljnih okoliščinah nastopa A. in ostalih strank v postopkih oddaje javnega naročila za izgradnjo avtocestnega omrežja, pri čemer izrecno navaja dopis g. C. direktorju DARS ... z dne 22. 5. 2000. Če bi DARS menil, da so ravnanja gradbenih podjetij kakorkoli problematična z vidika zakonitosti nastopanja podjetij pri javnih razpisih, bi primerno ukrepal.

12. Sklicevanja na zakonitost postopkov javnega naročanja, češ, da niso bili razveljavljeni, niti da ni DARS kakorkoli ukrepal glede njih, nima nobene teže pri ugotavljanju kršitev, ki jih tožniku očita izpodbijana odločba. Pomembna so le dejstva, ki jih je ugotovil toženec, in ne tista, ki jih ni ugotovil kdo drug.

13. Tožnik graja toženčevo opiranje očitane kršitve na t.i. „Zemonski sporazum“, ki naj bi predstavljal zametek prepovedanega omejevalnega sporazuma. Zavzema stališče, da je toženec napačno interpretiral dopis g. C. direktorju DARS ... z dne 22. 5. 2000. V dopisu generalni direktor družbe D., predsedniku uprave DARS opisuje, kako je prišlo do „Zemonskega sporazuma“, s katerim „je bila določena udeležba posameznih firm pri realizaciji programa, upoštevajoč reference, njihove potrebe po letni realizaciji itd.“ V nadaljevanju opisuje razmere na trgu in se pritožuje nad tem, da se nekateri udeleženci ne držijo dogovorjenega, zaradi česar je „prišlo do nenormalno nizkih cen in popustov na kalkulativne cene.“ Vsebina dopisa ne pritrjuje tožnikovi graji. Toženec je upravičeno štel, da je „Zemonski sporazum“ pomenil zametek kartelnega dogovarjanja.

14. Tožnik uveljavlja, da „Sporazum 2000“, ki ga naj bi po ugotovitvah toženca poleg tožnika sklenili še E. d.d., F., d.d., G. d.d., H., d.d., I. d.d., J. d.d. in K. d.d., sploh ni bil sklenjen, saj dokument, ki naj bi ga izkazoval, ni bil podpisan in niti ni bil opremljen z datumom. Poleg tega je delež tožnika v avtocestnem programu zelo nihal, kar med drugim tudi dokazuje, da sporazum ni bil nikoli realiziran. Za kartelno (omejevalno) dogovarjanje zadostuje zgolj soglasje volj udeležencev, za katero pa ni potrebno, da bi izpolnjevalo vse pogoje za nastanek pravnega posla. Zato tožnik ne more uspeti z zatrjevanjem, da sporazum ni bil podpisan. Nedosledno izpolnjevanje dogovorjenega pa celo pri pogodbenih razmerjih (samo po sebi) ne more dokazovati, da razmerje ni bilo sklenjeno; toliko manj pri kartelnem dogovarjanju. Vendar pa je bil „Sporazum 2000“ v bistvenem tudi izvajan.

15. Tožnik obširno pojasnjuje, zakaj z „domnevnim spornim ravnanjem“ ni bil nihče oškodovan, niti DARS, s čimer misli državo, niti državljanji oz. potrošniki, kot uporabniki cest. Na vse okoliščine naj bi tožnik opozoril toženca že tekom postopka pred njim, ampak ta „pri odločanju ni upošteval niti enega razbremenilnega dejstva

ali okoliščine.“ Toženec je pravilno ugotovil, da so se gradbena podjetja s „Sporazumom 2000“ vnaprej dogovorila oziroma uskladila glede deležev, ki pripadajo posameznim podjetjem oziroma skupini podjetij na razpisih avtocestnega programa, kot tudi glede temeljnih mehanizmov oziroma principov delovanja kartela, zlasti glede način 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 (oziroma prvega odstavka 5. člena ZPOMK), katerega cilj je bil preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije. Usklajevanje pri oddaji ponudb na posameznih razpisih avtocestnega programa je 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. Pri tem nič ne spremeni motiv posameznega udeleženca kartela. 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. Ali je komu zaradi tega nastala škoda in kakšna, za ugotovitev o obstoju kršitve ni odločilno. Zato v tem postopku ni bilo treba preverjati trditve tožnika, da je DARS v javnih razpisih za gradnjo avtocest določal maksimalno ceno, ki je bila postavljena zelo nizko, in zato podjetja sploh niso mogla doseči cen, s katerimi bi kogarkoli oškodovala.

16. Tožnik navaja, da je toženec z ugotovitvami v 184. točki izpodbijane odločbe dokazal, da omejevalni sporazum ni deloval, in je zato napačen zaključek toženca, da naj bi šlo za enotno, dlje časa trajajočo, kompleksno kršitev, ki je trajala več kot 10 let. V 184. točki izpodbijane odločbe so opisane „napetosti oziroma nesoglasja med udeleženci kartela.“ Vendar pa posamezni taki primeri, kot so navedeni v 184. točki, ne morejo v bistvenem spremeniti slike o kartelnem dogovarjanju oziroma usklajenem ravnanju, pri katerem je sodeloval tudi tožnik. Ne drži namreč, da bi šlo za kartelno dogovarjanje samo tedaj, če med udeleženci ni „napetosti oziroma nesoglasij.“

17. Iz pisnih dokazil je razvidno, da je tožnik zelo pogosto sodeloval (v točki 204 izpodbijane odločbe je navedenih devet takih primerov) pri dogovarjanju o oddaji ponudb za konkretne projekte DARS. Tako je npr. v 441. točki izpodbijane odločbe ugotovljeno, da so družbe E. d.d., H. d.d., A. d.d., G. in I. d.d., dne 18. 8. 2003 sklenili dogovor, kdo bo na razpisu DARS „AC Šentvid - Koseze začetna gradbena dela“ oddal najnižjo ponudbo (E. d.d. in tožnik), kdo višjo (I. d.d.) in kdo najvišjo (G.), ter kako se bodo morebitna pridobljena dela razdelila med udeležence (E. 64 %, H. d.d. 19 % in tožnik 17 %). Šlo je za tipičen primer izigravanja razpisnih pogojev (bid rigging). Namesto konkretnega izpodbijanja dejanskih ugotovitev se tožnik zateka k posplošenemu komentiranju, ko na 79. in 80. strani tožbe pojasnjuje, kakšni motivi so ga vodili k oddaji skupnih ponudb, pri čemer se izogne bistvu očitka toženca.

18. Podobno velja za ostale konkretne primere. V primerih, v katerih po ugotovitvah toženca sploh ni bil udeležen, to tožnik še posebej poudarja, ne da bi bilo jasno zakaj (npr. v komentarju k 390. do 396. točki izpodbijane odločbe), saj toženec tožniku ne očita, da je sklepal omejevalne sporazume oziroma usklajeno ravnal pri vseh razpisih DARS.

19. Tožnik se sklicuje še na prisilo države, ki naj bi se kazala v obliki razpisnih pogojev DARS, ki je v 100 % lasti države. Zaradi izjemno visokih vstopnih pogojev naj bi bila gradbena podjetja prisiljena v oblikovanje skupnih ponudb. Temu ni mogoče pritrditi. Oblikovanje skupne ponudbe na posameznem javnem razpisu DARS ne pomeni kršitev določb 6. člena ZPOMK-1. Drugače pa je v predmetni zadevi, ko je šlo za omejevalni sporazum, ki je zadeval izključitev učinkovite konkurence na celotnem avtocestnem programu.

20. 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).

Razlogi za delno ugoditev tožbi

21. 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.“ Vendar pa je konkretizacija tega stališča izostala. 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.

22. 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 evropskih 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 to primerljivo z zadevo C-309/99.

23. 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.

24. 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 so bila že ugotovljena). Zato Vrhovno sodišče (zaenkrat) ni sledilo predlogu toženca.

Glede stroškov postopka

25. 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).

Datum zadnje spremembe: 26.02.2014