

Javnonaročniški postopki in državne pomoči: izhodišča za razpravo

Izr. prof. dr. Aleš Ferčič
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. Uvod

Pravila Evropske unije o javnem naročanju in državnih pomočeh sodijo v množico pravil o notranjem trgu.¹ Glede na to ne preseneča, da imajo skupen presečni cilj, namreč, preprečevanje nezakonitega izkrivljanja konkurence na notranjem trgu, preko katerega se zasleduje nadaljnja vzpostavitev notranjega trga, res pa je, da v ta namen uporabljajo različne pravne mehanizme.² Obravnavana pravila tvorijo dva vzporedna, vendar tesno povezana in komplementarna (pod)sistema pravil, med katerima je mogoče opaziti pristno interakcijo v obe smeri, sledi pa obravnava uporabe pravil o državnih pomočeh na področju javnega naročanja.³

2. Izbrana vprašanja

Glede na naravo prispevka tukaj ni v ospredju sistemska obravnava razmerja med pravili Evropske unije o javnem naročanju in državnih pomočeh, temveč obravnava izbranih vprašanj, in sicer:

- Ali je gospodarskopravni posel, ki je po svoji naravi javno naročil, vendar ne sodi v področje uporabe direktiv o javnem naročanju, mišljeni sta Direktiva 2014/24/EU in Direktiva 2014/25/EU, lahko protipraven in posledično izpodbojen ali celo ničen, zaradi pravil Evropske unije o državnih pomočeh?
- Ali je gospodarskopravni posel, ki je po svoji naravi javno naročilo, oddano v skladu z direktivama o javnem naročanju (mišljeni sta Direktiva 2014/24/EU in Direktiva 2014/25/EU), lahko protipraven in posledično izpodbojen ali celo ničen, zaradi pravil Evropske unije o državnih pomočeh?

¹ Umestitev pravil Evropske unije o javnem naročanju v okvir pravil o notranjem trgu načeloma ni vprašljiva. Njihovo naravo med drugim indicirajo že pravne podlage, na podlagi katerih so sprejeti javnonaročniški predpisi; gl. npr. uvodni del Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, OJ L 94, 28. 3. 2014, str. 65–242 (odslej: Direktiva 2014/24/EU) in Direktiva 2014/25/EU 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, OJ L 94, 28. 3. 2014, str. 243–374 (odslej: Direktiva 2014/25/EU). Nekoliko bolj vprašljiva bi lahko bila narava pravil o državnih pomočeh, ki so neposredno urejene v primarnem pravu Evropske unije; gl. zlasti čl. 107 – 108 Pogodbe o delovanju Evropske unije, OJ C 326, 26. 10. 2012, str. 47–390 (odslej: PDEU), in sicer v samostojnem poglavju (upoštevati pa je treba še ureditev v sekundarnem pravu), za povrh pa čl. 26 PDEU določa, da notranji trg zajema območje brez notranjih meja, na katerem je v skladu z določbami Pogodb zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala. Vendar pa je hkrati treba upoštevati, da Protokol (št. 27) o notranjem trgu in konkurenci določa, da notranji trg iz čl. 3 Pogodbe o Evropski uniji, OJ C 202, 7. 6. 2016, str. 1 – 45 (odslej: PEU), vključuje sistem, s katerim se preprečuje izkrivljanje konkurence. Poleg tega je praktično v vseh oblikah omejevanja konkurence, ki so določene v PDEU, mogoče najti varovalko, ki ščiti trgovanje med državami članicami in nasploh notranji trg.

² Gl. Clarke, v: Szyszczak & van de Gronden (2013), 71.

³ Iz praktičnih razlogov je primerno opozoriti, da imajo nadsionalna pravila načeloma prednost pred nacionalnimi pravili, če med prvimi in drugimi pride do kolizije.

- Ali sta Direktiva 2014/24/EU in Direktiva 2014/25/EU glede na omejitve, ki jih določata v zvezi s storitvami splošnega gospodarskega pomena, vendarle uporabljivi za te storitve?
- Ali je glede na Direktivo 2014/24/EU in Direktivo 2014/25/EU treba zavrniti ponudbo ali izključiti ponudnika, ker je ta prejel državno pomoč?
- Kakšne pravne možnosti ima v primerih, kot izhajajo iz prvih dveh vprašanj, neizbrani ponudnik?

V zvezi s temi vprašanji je najprej smiselno opozoriti, da je glede na definiciji javnega naročila⁴ in državne pomoči⁵ (ki sta takšni, da lahko nekatera ravnanja hkrati padejo pod oba koncepta), in glede na sodno prakso⁶ (ki potrjuje pred navedeno interakcijo in delno prekrivanje), obravnava teh vprašanj utemeljena.

V sodni praksi je bilo večkrat izpostavljeno, da je v primeru, če pogodba ne sodi v področje uporabe direktive o javnem naročanju, javni naročnik dolžan upoštevati temeljna pravila Pogodbe.⁷ Res je sicer, da se v tej zvezi najpogosteje navaja potreba po upoštevanju pravil o prostih pretokih, nediskriminaciji in nasploh enaki obravnavi, preglednosti, sorazmernosti in vzajemnem priznavanju, vendar glede na splošno napotilo v sodni praksi na spoštovanjem temeljnih pravil Pogodbe in glede prej navedeno interakcijo, ne vidim razloga, da ne bi prišla v poštev tudi pravila o konkurenci in znotraj njih tudi pravila o državnih pomočeh. Pri tem je primerno upoštevati, da se načeloma izhaja iz domneve, da pravilno izveden javnonaročniški postopek, ki je (dovolj) odprt, pregleden in nediskriminatoren, skratka takšen, da omogoči dovolj konkurence, izključi obstoj državne pomoči ali vsaj omogoča, da se državna pomoč šteje kot združljiva z notranjim trgovom. Nasprotno pa je v primerih javnih naročil, ki se ne oddajo na podlagi prej navedenega izbirnega postopka, na primer, če gre za javna naročila pod mejno vrednostjo ter in-house posle, tveganje za državne pomoči in s tem povezane kršitve še posebej veliko, zato se priporoča uporaba primerjalnih analiz (benchmarking), primerna alokacija stroškov in ločeni računi, če gre za podjetje, ki opravlja dve ali več gospodarski dejavnosti.

Hkrati je primerno opozoriti, da uporaba Direktive 2014/24/EU in Direktive 2014/25/EU ne izključi v celoti možnosti kršitve pravil o državnih pomočeh,⁸ čeprav, kot že rečeno, dosledna uporaba obeh direktiv znatno zniža možnosti za zaplete v pravni sferi državnih pomoči. V tej zvezi je vredno izpostaviti zlasti javna naročila, ki so oddana na podlagi javnonaročniškega postopka, ki (za potrebe pravil o državnih pomočeh) ni dovolj konkurenčen, ter javna naročila, ki dejansko niso potrebna, ker realno gledano sploh ne zadovoljujejo nobene pristne javne potrebe. Manj problematična z vidika pravil o državnih pomočeh, čeprav ne brez možnosti zapletov, se zdijo javna naročila, oddana z izdatnim upoštevanjem meril, različnih od cene. Namreč, če se v tej zvezi pravilno razlagajo in uporabljajo pravila o javnem naročanju, je to

⁴ Javno naročilo je mišljeno kot pisno sklenjena odplačna pogodba med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev; gl. čl. 2(1)(5) Direktive 2014/24/EU in čl. 2(1) Direktive 2014/25/EU.

⁵ Državna pomoč je mišljena kot vsaka pomoč, ki jo dodeli država članica, ali kakršna koli vrsta pomoči iz državnih sredstev, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, nezdružljiva z notranjim trgovom, kolikor prizadene trgovino med državami članicami; gl. čl. 107(1) PDEU.

⁶ Gl. npr. zadevo T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande, ECLI:EU:T:1999:12.

⁷ Gl. npr. zadevo C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, ECLI:EU:C:2000:669.

⁸ Gl. npr. zadevi: N 57/2005, UK, C(2005)1482 fin; SA.32019, DN, C(2011)1376 final.

lahko pomembna okoliščina zlasti v kontekstu presoje združljivosti opazovane državne pomoči z notranjim trgovom.⁹

Čeprav Direktiva 2014/24/EU in Direktiva 2014/25 EU vsebujeta nekatere omejitve na področju storitev splošnega gospodarskega pomena, to vsekakor ne pomeni, da za te storitve nista uporabljivi.¹⁰ In ne le, da sta uporabljivi, izkažeta se celo kot zelo pomembni, in sicer tako z vidika zasnove *aid free*-ukrepov kot tudi z vidika združljivosti državnih pomoči z notranjim trgovom. Namreč, da bi se ukrep javnega financiranja storitve splošnega gospodarskega pomena lahko štel kot *aid free*, mora zagotavljati stroškovno učinkovitost, ki jo zahteva četrti pogoj t. i. Altmark testa. Res je sicer, da se v okviru tega četrtega pogoja lahko kot alternativa uporabi posebna primerjalna analiza, vendar dosedanja praksa kaže, da je ta zelo zahtevna in se ji je, če je le mogoče, smiselno izogniti. Pomen prej omenjenih direktiv pa se kaže tudi v primeru, ko imamo opravka z ukrepom, ki je državna pomoč, vendar bi želeli doseči njegovo združljivost z notranjim trgovom. Slednje je načeloma mogoče le, če je ukrep skladen z ostalimi pravili EU, vključno s pravili o javnem naročanju.¹¹

Z vidika pravil o javnem naročanju je nadalje pomembna tudi dodelitev državne pomoči, ki omogoči neobičajno nizko (ali ugodno) ponudbo. Če namreč javni naročnik ugotovi, da je ponudba neobičajno nizka, ker je ponudnik pridobil državno pomoč, lahko ponudbo le na tej podlagi zavrne šele po posvetovanju s ponudnikom, če ta v ustreznem roku, ki ga določi javni naročnik, ne more dokazati, da je zadevna pomoč združljiva z notranjim trgovom v smislu čl. 107 PDEU; če javni naročnik v navedenih okoliščinah zavrne ponudbo, o tem obvesti Komisijo.¹² Menim, da v tej zvezi ni bistveno, za kateri namen je ponudnik pridobil državno pomoč, saj je treba upoštevati realno možnost (načeloma nedopustnega) prečnega ali navzkrižnega subvencioniranja med dejavnostmi, ki jih izvaja ponudnik, skratka, možnost, da ponudnik državno pomoč preusmeri in uporabi za nižanje ponudbe, s čemer si umetno izboljša svojo konkurenčnost v razmerju do ostalih ponudnikov. Seveda pa se lahko uporaba državne pomoči (glede na prej navedeno določbo direktive in nasploh glede na posledice kršitev pravil o državnih pomočeh) za ponudnika izteče drugače, kot bi si želel; namreč, lahko mu škodi. Hkrati je treba povedati, da bo imel ponudnik v primerih, ko združljivosti državne pomoči ne bo mogel dokazati na podlagi akta, ki ureja skupinske izjeme,¹³ težko delo, zlasti ker ni vse v njegovih rokah, saj je odločanje o združljivosti državne pomoči z notranjim trgovom (načeloma) v izključni

⁹ In sicer bolj kot v kontekstu presoje obstoja državne pomoči. V tej zvezi je primerno opozoriti, da v primeru, ko gre za državno pomoč, to načeloma terja precej več napora za dokazovanje njene združljivosti z notranjim trgovom in tudi časa, kot v primeru, ko sploh ne gre za državno pomoč. V tem smislu torej necenovni pogoji načeloma vodijo v bolj zapleten in daljši postopek, s čemer pa ne želim reči, da se jim je v praksi treba izogibati. Želim le opozoriti, da je treba vedeti, v kaj se spuščamo in se v vsakem primeru posebej odločiti glede na pričakovane koristi in stroške.

¹⁰ Gl. npr. zadevo SA.48120 (2017/N) – CRO, C(2018) 4366 final.

¹¹ Gl. čl. 3. Sklep Komisije z dne 20. decembra 2011 o uporabi člena 106(2) Pogodbe o delovanju Evropske unije za državno pomoč v obliki nadomestila za javne storitve, dodeljenega nekaterim podjetjem, pooblaščenim za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, OJ L 7, 11. 1. 2012, str. 3 (odslej Sklep) in odst. 19 Sporočila Komisije - Okvir Evropske unije za državno pomoč v obliki nadomestila za javne storitve (2011), OJ C 8, 11. 1. 2012, str. 15 (odslej Okvir).

¹² Gl. čl. 69(4) Direktive 2014/24/EU in čl. 84(4) Direktive 2014/25/EU.

¹³ Mišljen je akt, v katerem so relativno podrobno določeni pogoji za združljivost (določenih skupin) državnih pomoči z notranjim trgovom.

pristojnosti Evropske komisije,¹⁴ postopek presoje združljivosti opazovane državne pomoči pa se lahko zavleče tako, da ponudnik ne more pravočasno dokazati združljivosti državne pomoči z notranjim trgov, čeprav se morda kasneje celo izkaže, da je opazovana državna pomoč združljiva z notranjim trgov. Nadalje menim, da je lahko z vidika oddaje javnega naročila relevantna tudi državna pomoč ponudniku, ki jo mora na podlagi oblastnega akta¹⁵ vrniti z obrestmi vred, ker je bila dodeljena nezakonito, torej s kršitvijo obveznosti priglasitve in mirovanja po čl. 108(3) PDEU, ali ker je nezdružljiva z notranjim trgov po čl. 107(1) PDEU, in sicer v primeru, če bi vračilo te državne pomoči z obrestmi vred lahko prizadelo ekonomski in finančni položaj ponudnika do te mere, da ne izpolni pogojev za sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, potrebnih za dokazovanje ustrezne sposobnosti.¹⁶

In končno, menim, da pravila o državnih pomočeh neizbranemu ponudniku omogočajo dodatno pravno varstvo, saj lahko kot konkurent, če gre za nezakonito dodeljeno državno pomoč, pred pristojnim nacionalnim sodiščem zahteva: preprečitev izplačila nezakonite pomoči; izterjavo nezakonite pomoči (ne glede na združljivost);¹⁷ izterjavo obresti na nezakonito pomoč; odškodnino; začasne ukrepe proti nezakoniti pomoči. Če pa se z oblastnim aktom ugotovi nezdružljivost državne pomoči z notranjim trgov in se naloži izterjava ali vračilo te pomoči z obrestmi vred, je tako ali tako dolžnost države, da to državno pomoč izterja in to ne kakor koli, temveč skladno z maksimo takojšnje in učinkovite izterjave. Ker gre v obeh primerih za kršitev pravil Evropske unije (tj. bodisi čl. 108(3) PDEU bodisi čl. 107(1) PDEU), ki imajo v našem pravnem sistemu ustavni značaj, gre za hudo kršitev, ki bi po mojem mnenju morala načeloma voditi v neveljavnost pravnega posla, s katerim se dodeli državna pomoč, vendar pa gre tukaj za vprašanje, pravzaprav za več vprašanj, ki presegajo namen tega prispevka, zato zadošča opozorilo na odprta vprašanja, začeni z vrsto neveljavnosti in pripadajočimi posledicami.¹⁸ Brez vsakršnega prejudiciranja naj vendarle dodam, da pravila Evropske unije o pravnem varstvu na področju javnega naročanja po mojem mnenju ne izključujejo uporabe pravil o državnih pomočeh in posledic njihovih kršitev, nacionalna pravila, ki imajo pravzaprav značaj implementacijskih aktov, s katerimi se v nacionalni pravni sistem vgradijo pravila Evropske unije, pa načeloma nimajo moči, da bi izključila uporabo pravil o državnih pomočeh in posledice njihovih kršitev.

3. Sklepna misel

Obravnava prej navedenih izbranih vprašanj potrjuje tezo, da pravila Evropske unije o javnem naročanju in državnih pomočeh tvorijo dva vzporedna, vendar tesno povezana in komplementarna (pod)sistema pravil, med katerima je mogoče opaziti pristno interakcijo v obe smeri. Tako ne preseneča, da izpraznjen prostor, do katerega pride zaradi rahljanja enih pravnih pravil, pogosto vodi v zapolnitev tega prostora z drugimi pravnimi pravili. V tem smislu lahko

¹⁴ Za razliko od presoje zakonitosti (tj. skladnosti s čl. 108(3) PDEU, ki terja priglasitev državne pomoči Evropski komisiji in mirovanje z dodelitvijo do izdaje ustreznega sklepa Evropske komisije), ki se vrši pred pristojnimi nacionalnimi sodišči.

¹⁵ Prav tako si je mogoče zamisliti primere, ko je z vidika presoje ponudnikove sposobnosti lahko relevantna tudi državna pomoč, glede katere še ni bil sprejet oblastni akt, ki naloži njeno izterjavo ali vračilo.

¹⁶ Gl. čl. 58(3) Direktive 2014/24/EU in čl. 80(2) Direktive 2014/25/EU.

¹⁷ Gre za dve vprašanji, pri čemer okoliščina, da je bila državna pomoč dodeljena nezakonito, tj. v nasprotju s čl. 108(3) PDEU, ne prejudicira odločitve glede združljivosti takšne državne pomoči z notranjim trgov.

¹⁸ V primerjalnem pravu je v tej zvezi kot posledico kršitve pravil Evropske unije o državnih pomočeh mogoče zaslediti izpodbojnost in (delno) ničnost.

na primer pričakujemo, kot že rečeno, da se bodo vsaj nekateri in-house posli, če ne bodo uporabljeni ustrezni mehanizmi za obvladovanje tveganj, ujeli v past pravil o državnih pomočeh, hkrati pa je treba opozoriti, da je to možno tudi v nekaterih primerih, ko so pravilno izpeljani javnonaročniški postopki. Naj nas ne zavede delitev prava na pravna področja, pravne panoge in podpanoge. Pravo je eno(vito), zato je (tudi) pri oddaji javnih naročil treba pogledati onkraj pravil o javnem naročanju.