

**OMEJEVALNI SPORAZUMI
„PO CILJU“ SKOZI NOVEJŠO
PRAKSO AVK**

BOJAN TAVČAR

Javna agencija RS za varstvo
konkurence

- **Predstavitev zadnjih treh primerov AVK, kjer so bili predmet presoje omejevalni sporazumi „po cilju“:**
 - zadeva *Farmaceuti*
(nato Sodišče EU izda sodbo v zadevi Groupement des cartes bancaires (CB) proti Komisiji)
 - zadeva *Pisarniški material*
 - zadeva *Mreža urgentnih centrov*

Terminološki ekskurz

Slovenski pojem omejevanje „**po CILJU**“ (v angleščini „by OBJECT“) je lahko zavajajoč,

NE gre za **SUBJEKTIVNI namen** v smislu volje pravnega subjekta.

Besedo „cilj“ je treba obravnavati kor **PREDMET** sporazuma, ki pomeni

OBJEKTIVNI ekonomski namen podjetij.

Splošno o omejevalnih sporazumih „po cilju“

- Tradicionalno sodijo med sporazume po cilju zlasti absolutno prepovedani sporazumi o:
 - **določanju cen**
 - **omejevanju ravni proizvodnje ali prodaje**
 - **sporazumi o delitvi trgov.**
- Zato so primeroma naštetih v členu 101(1) PDEU in v drugem odstavku 6. člena ZPOmK-1 (ti. *Hardcore* kršitve)

Ločevanje med CILJEM in UČINKI na trgu je pomembno v praksi organov za varstvo konkurence:

- „po cilju“ – ni treba dokazovati protikonkurenčnih učinkov na trgu, poenostavljeno je tudi definiranje trga,
- dokazovanje „po učinku“ na trgu – zamudno, negotovo ter potratno;
- obstoj sporazumov „po cilju“ ustvarja pravno gotovost;
- „po cilju“ = najbolj zavržna poslovna dejanja na trgu, ki so najbolj nevarna za konkurenco in dosegajo visoko stopnjo škodljivosti; protipravnost *per se* - zadošča že sam obstoj takega sporazuma, ne glede na posledice na trgu – analogija s prekrški in ogrožitvenimi kaznivimi dejanji v kaznovalnem pravu – prepovedana posledice nastane že z ogrožanjem pravno zavarovane dobrine.

Aktualni primeri sporazumov, ki so omejevalni „po cilju“ v praksi AVK:

1) Zadeva *Farmaceuti* – 14. 10. 2013

Prikrojevanje ponudb v postopku javnega naročanja:

štiri podjetja – **veletrgovci** prodaje na debelo **z zdravili in medicinskimi pripomočki** so se dogovarjala oziroma ravnala usklajeno glede:

- **določanja cen zdravil** za uporabo v humani medicini na debelo,
- **delitve trga oziroma javnih naročil** za dobavo zdravil za uporabo v humani medicini javnim lekarniškim zavodom in
- **oddaje prikrojenih ponudb** v postopkih javnega naročanja naročnikov javnih lekarniških zavodov,

kar predstavlja **omejevalni sporazum „po cilju“** (kršitev 6. člena ZPOmK-1).

Zadeva *Farmaceuti*

AVK je na podlagi vzporednega ravnanja podjetij in listinskih dokazov ugotovila, da so podjetja:

- v postopkih JN pri naročnikih oddajala večinoma **enake ponudbe** v delu, ki se nanaša **na ceno in popuste** za dobavo zdravil in
- se v relevantnem obdobju **usklajevala** oziroma **dogovarjala o delitvi javnih naročil** v skladu z deleži dobav v preteklem obdobju z **namenom ohranjanja njihovih tržnih deležev,**
- na ta način dosegla,
 - da si na javnih razpisih **niso konkurirala** in si **razdelila trg** oziroma javna naročila za dobavo zdravil javnim lekarniškim zavodom ter
 - so **omejila konkurencu** na trgu prodaje zdravil javnim lekarniškim zavodom za uporabo v humani medicini na debelo
- **Upravno sodišče RS in Vrhovno sodišče RS,** sta v pravnomočnem delu odločbe sledili argumentaciji AVK glede utemeljitve, **da gre za omejevalni sporazum „po cilju.“**

Sodba *Groupement des cartes bancaires* proti Komisiji (11.9.2014) – prelomnica v nacionalni sodni praksi?

Zdi se, da je sodba Sodišča EU v zadevi CB vplivala na sodno prakso Upravnega sodišča RS, ki je s sklicevanjem nanjo odpravilo odločbi AVK

- v zadevi *Pisarniški material* in nato
- v zadevi *Mreža urgentnih centrov*,
- ki sta podjetjem očitali omejevanje konkurence „po cilju“,
- z obrazložitvijo, da **ni bila izkazana zadostna stopnja škodljivosti za konkurenco.**

2.) Zadeva *Pisarniški material* – 13. 10. 2014

prikrojevanje ponudb v postopku javnega naročanja:

tri podjetja so se v določenem obdobju pri prodaji pisarniškega materiala državnim organom in drugim organom javne uprave RS dogovarjala oziroma usklajeno ravnala glede:

- **delitve javnih naročil in**
- **oddaje prikrojenih ponudb in**
- **določanja prodajnih cen in drugih poslovnih pogojev za dobavo pisarniškega materiala,**

s čimer naj bi **izključila medsebojno konkurenco,**

kar naj bi predstavljalo **omejevalni sporazum „po cilju“** (kršitev 6. člena ZPOmK-1).

AVK je na podlagi

- listinskih in elektronskih dokazov, pridobljenih v preiskavi, iz katerih je neposredno izhajalo **dogovarjanje o delitvi ponudnikov in dogovarjanje o cenah** med podjetji
- ter med drugim tudi na podlagi dejstva, da so si podjetja **JN delila po tretjinah, zaradi česar ni bilo druge razlage, kot to, da so si sklope JN vnaprej razdelila, s čimer so si zagotovila svoj položaj na trgu in odpravila negotovost glede ravnanja konkurentov,**

ugotovila, da naj bi podjetja v kritičnem obdobju sklenila in vzdrževala **sporazum o delitvi javnih naročil in o določanju prodajnih cen.**

Upravno sodišče RS je odpravilo odločbo AVK v zadevi *Pisarniški material:*

bistveno pravno merilo pri presoji omejevanja konkurence »zaradi cilja« **sodba Sodišča v zadevi CB**, iz katere sledi:

- da iz citirane sodbe Sodišča EU izhaja, da **ni seznama dogovarjanj**, za katera bi se lahko štelo, da »per se« pomenijo **omejevanje konkurence »zaradi cilja«**, in da so nekaterе vrste dogovarjanj med podjetji tako škodljiva, da je mogoče šteti, da ugotavljanje njihovih posledic ni potrebno;
- da se **zadostno stopnjo škodljivosti za konkurencо** ugotovi na podlagi **analize dogovarjanja**, kolikor pa rezultati analize ne pokažejo zadostne stopnje škodljivosti za konkurencо, je treba preučiti posledice takega dogovarjanja (učinka) in za njegovo prepoved zahtevati predložitev dokazov, ki dokazujejo, da je bila konkurencа dejansko znatno preprečena, omejena ali izkrivljena;
- da je za **ugotovitev zadostne stopnje škodljivosti** za konkurencо sporazuma »zaradi cilja« treba upoštevati:
 - **vsebinsko določb sporazuma**,
 - **cilje**, ki se želijo z njim doseči ter
 - **pravni in gospodarski okvir** v katerega je sporazum umeščen, pri čemer je treba upoštevati **tudi naravo zadevnega blaga in storitev ter dejanske pogoje delovanja in sestave zadevnega trga ali trgov**.

Sodišče je v obrazložitvi AVK očitalo, da bi morala:

- ugotoviti, da bi pogoje razpisa lahko vsaka stranka izpolnila s samostojno ponudbo, kar dejansko pomeni, da bi morala ugotoviti, če sta dejanska in ne zgolj potencialna konkurenta, kar pomeni, da gre za **zviševanje dokaznega standarda**, ki je sicer glede na primerljivo prakso Sodišča EU omejen na skrajšan način (*abridged manner*).
- ugotoviti nivo cen, kar pa bi po mnenju AVK pomenilo **ugotavljanje učinka na trgu**.
- cilj omejevanja dokazati – da je cilj vložitve skupne ponudbe ponuditi višjo ceno od tržnih. To pomeni, da bi morala AVK **dokazati namen strank** sporazuma, kar pa je po mnenju AVK nepotreben dokaz, saj subjektivni namen ni nujna predpostavka za obstoj sporazuma »po cilju«, lahko pa ga dodatno podkrepi.

3.) zadeva *Mreža urgentnih centrov* - 21. 5. 2015

prikrojevanje ponudb v postopku javnega naročanja:

- **tri podjetja** so se v določenem obdobju v postopku oddaje **javnega naročila** glede gradbenih, obrtniških in instalacijskih del **sporazumela in dogovorjeno oddala ponudbe ter sodelovala pri izvajanju predmeta javnega naročila,**
- s čimer naj bi **posredno ali neposredno določala prodajno ceno** v obravnavanem postopku JN,
- kar naj bi predstavljalo **omejevalni sporazum „po cilju“** (kršitev 6. člena ZPOmK-1).

- AVK je na podlagi dokazov ugotovila, da je v okviru prvotnega roka za oddajo ponudb znotraj predmetnega postopka oddaje javnega naročila **prvo podjetje nastopalo kot samostojni ponudnik, drugi dve pa kot vlagatelja revizijskih zahtevkov** in
- da je **drugo podjetje revizijski zahtevek vložilo v sodelovanju s prvim podjetjem** oziroma po njegovem naročilu.
- V okviru **novega roka** za oddajo ponudb **so vsa tri podjetja nastopila skupaj z eno ponudbo** in sicer prvi dve podjetji kot ponudnika, partnerja, tretje pa kot njun podizvajalec. Ponudbena cena je bila za 4,02 % višja od prvotne cene v ponudbi prvega podjetja.
- Po mnenju AVK je edina verjetna razlaga takšnega obnašanja obstoj sporazuma med navedenimi podjetji, da si v postopku oddaje JN ne bodo konkurirala. S tem so **neposredno ali posredno določala prodajno ceno** v obravnavanem postopku javnega naročila, **cilj** pa je bil preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence v RS.
- Upravno sodišče je v zadevi Mreža urgentnih centrov prav tako **odpravilo odločbo AVK**, z bistveno **podobno obrazložitvijo**, kot v zadevi *Pisarniški material*.

Zaključek

- V obeh zadnjih primerih gre za ti. *bid rigging* oziroma **prirejanje ponudb** v postopkih javnega naročanja. Takšni sporazumi spadajo po sami definiciji 20. točke prvega odstavka 3. člena pred kratkim noveliranega ZPOmK-1 med **kartele**, ki sodijo med
- **absolutno prepovedana horizontalna omejevalna ravnanja**, kar izhaja tako iz prakse Sodišča EU, kot tudi iz zakonodajnih dokumentov EK.
- Poleg tega je po mnenju AVK, **dejansko stanje v zadevi CB** bistveno **drugačno** od tistih v predstavljenih primerih:
 - v **zadevi CB** gre za sporazum, ki **ni očitno omejujoč „po cilju“**,
 - v predstavljenih primerih pa gre za sporazume, ki so **tradicionalno pojmovani kot omejujoči „po cilju“**.

- Sodbo v **zadevi CB** je treba obravnavati v **luči omejevanja** nezadržne in prekomerne **širitve** umeščanja sporazumov, kjer omejevanje konkurence **ni očitno, med sporazume „po učinku“**, ne pa v postavljanju strožjih kriterijev za sporazume, ki očitno omejujejo konkurenco „po cilju“.
- Po mnenju večine teoretikov pa tudi aktualne prakse EK, velja, da dokler iz izkušenj izhaja, da so določeni sporazumi že po sami naravi v zadostni meri škodljivi za konkurenco, kot je npr. določanje cen, delitev trga in omejevanja proizvodnje, je treba takšne sporazume šteti kot omejevanje konkurence „po cilju“.
- V zvezi z navedenim se zdi, da je Upravno sodišče RS zaostriło pogoje pri presoji klasičnih omejevalnih sporazumov „po cilju“, kot so karteli.