Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (deveti senat)

z dne 27. junija 2017 *

„Subvencije — Preiskava OLAF — Ugotovitev nepravilnosti — Sklep Komisije o upravnih sankcijah — Izključitev iz postopkov javnega naročanja in dodeljevanja nepovratnih sredstev, ki se financirajo iz splošnega proračuna Unije, za obdobje 18 mesecev — Vnos v bazo podatkov sistema za zgodnje odkrivanje in izključitev — Časovna veljavnost več različic finančne uredbe — Bistvena procesna predpostavka — Retroaktivna uporaba milejšega kazenskega zakona“

V zadevi T-151/16,

NC, ki so ga sprva zastopali J. Killick in G. Forwood, barristers, ter C. Van Haute in A. Bernard, odvetnici, nato J. Killick, G. Forwood, C. Van Haute in J. Jeram, solicitor,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki sta jo sprva zastopala F. Dintilhac in M. Clausen, nato F. Dintilhac in R. Lyal, agenti,

tožena stranka,

zaradi predloga na podlagi člena 263 PDEU za razglasitev ničnosti Sklepa Komisije z dne 28. januarja 2016, s katerim je bila tožeči stranki naložena upravna sankcija izključitve iz postopkov javnega naročanja in dodeljevanja subvencij, ki se financirajo iz splošnega proračuna Evropske unije, za obdobje 18 mesecev in je bila zato vpisana v bazo podatkov sistema za zgodnje odkrivanje in izključitev, določeno v členu 108(1) Uredbe (UE, Euratom) št. 966/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL 2012, L 298, str. 1),

SPLOŠNO SODIŠČE (deveti senat),

v sestavi S. Gervasoni, predsednik, L. Madise (poročevalec), sodnik, in K. Kowalik-Bańczyk, sodnica,

sodna tajnica: S. Spyropoulos, administratorka,

na podlagi pisnega dela postopka in obravnave z dne 2. marca 2017

izreka naslednjo

* Jezik postopka: angleščina.

Sodbo

Dejansko stanje

1 Uredba (UE, Euratom) št. 966/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL 2012, L 298, str. 1, v nadaljevanju: finančna uredba) je bila spremenjena z Uredbo (EU, Euratom) 2015/1929 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 28. oktobra 2015 (UL 2015, L 286, str. 1), ki je začela veljati 1. januarja 2016. Ker se v tej zadevi razpravlja o tem, katera različica finančne uredbe se uporabi v tej zadevi, se bo po potrebi sklicevalo tudi na različico finančne uredbe, ki je veljala v času nastanka očitanih dejstev, kadar gre za Uredbo Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 z dne 25. junija 2002 o finančni uredbi, ki se uporablja za splošni proračun Evropskih skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 74) v različici, ki je veljala novembra 2008 in februarja 2009. Tudi Delegirana uredba Komisije (EU) št. 1268/2012 z dne 29. oktobra 2012 o pravilih uporabe Uredbe št. 966/2012 (UL 2012, L 362, str. 1) je bila spremenjena z učinkom od 1. januarja 2016 z Delegirano uredbo Komisije (EU) 2015/2462 z dne 30. oktobra 2015 (UL 2015, L 342, str. 7), vendar je glede na nastanek očitanih dejstev zanje veljala Uredba Komisije (ES, Euratom) št. 2342/2002 z dne 23. decembra 2002 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 4, str. 74) (v nadaljevanju: vsaka od uredb: izvedbena uredba).

2 Tožeča stranka, NC, je neprofitno združenje, ki deluje predvsem v humanitarne namene in na področju trajnostnega razvoja. Leta 2007 je v okviru pogodbe, sklenjene s Komisijo Evropskih skupnosti, o ukrepih zunaj Evropskih skupnosti prejela nepovratna sredstva v namenskem znesku več sto tisoč eurov za vodenje okoljevarstvenega projekta v tretji državi.

3 Računsko sodišče Evropske unije je leta 2012 opravilo pregled na sedežu tožeče stranke v zvezi z izvedbo pogodbe, navedene zgoraj v točki 2. Ugotovilo je dva nakupa opreme, in sicer vozila in tehnične opreme, kar je vzbudilo dvom o poštenosti razpisnih postopkov v zvezi s tema nakupoma novembra 2008 in februarja 2009. Evropski urad za boj proti goljufijam (OLAF) je zato začel preiskavo, v kateri je ugotovil, da tožeča stranka ni mogla pridobiti dokumentov, s katerimi je k oddaji ponudb povabila različne dobavitelje, in da iz preiskav izhaja, da so bili nekateri ponudniki povezani z enim samim dobaviteljem, ki je zmagal na dveh razpisih. Po mnenju OLAF se zaradi teh dejstev domneva, da je tožeča stranka sama ustvarila ugodne okoliščine za tega dobavitelja. Tožeča stranka je OLAF odgovorila, vendar je ta ob koncu pregleda avgusta 2014 navedel, da Komisiji predlaga, naj se tožeča stranka vpiše v sistem zgodnjega opozarjanja iz Sklepa Komisije 2008/969/ES, Euratom, z dne 16. decembra 2008 o sistemu zgodnjega opozarjanja za odredbodajalce Komisije in izvajalske agencije (UL 2008, L 344, str. 125).

4 Komisija je z dopisom z dne 31. avgusta 2015 – napisanim na podlagi člena 131(5) finančne uredbe v povezavi s členom 109(1) navedene uredbe in na podlagi člena 145 izvedbene uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015, v skladu s katerimi lahko pristojni odredbodajalec po tem, ko zadevni osebam da možnost, da podajo svoje pripombe, naloži upravne in denarne kazni, ki so učinkovite, sorazmerne in odvračilne, v korist prejemnikov nepovratnih sredstev, glede katerih je bilo med drugim ugotovljeno, da so resno kršili svoje obveznosti – obvestila tožečo stranko, da jo namerava za dve leti izključiti iz oddaj naročil in dodelitev nepovratnih sredstev, ki se financirajo iz proračuna Evropske unije. Člen 145 izvedbene uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015, je med drugim določal, da lahko izključitev iz oddaj naročil in dodelitev nepovratnih sredstev iz proračuna Unije traja do pet let od dneva potrditve ugotovljene kršitve, v primeru ponovne kršitve pa celo do deset let. Komisija je dodala, da če bi bila ta sankcija sprejeta, bi bila vpisana v centralno bazo podatkov med izključitve, določeno v členu 108 finančne uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015, in v sistem zgodnjega opozarjanja na podlagi opozorila o izključitvi, kot je določen v členu 12 Sklepa Komisije z dne 13. novembra 2014 o sistemu zgodnjega opozarjanja za odredbodajalce Komisije in

izvajalske agencije (2014/792/EU) (UL 2014, L 329, str. 68), s katerim je bil nadomeščen prejšnji sklep o sistemu zgodnjega opozarjanja in ki je bil sam nadomeščen z določbami člena 105a(1)(a) in člena 108 (2) do (4) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, ki se nanašajo na „zgodnje odkrivanje tveganj, ki ogrožajo finančne interese Unije“. Navesti je treba, da je Komisija v dopisu navajala tudi upoštevne določbe finančne uredbe in svoje izvedbene uredbe, ki je veljala v času nastanka očitanih dejstev. Določbe teh uredb, ki jih navaja Komisija v dopisu, so v bistvu enake določbam, navedenim na začetku te točke.

5 Komisija je v okviru kontradiktornega postopka, določenega v zgoraj omenjenih določbah, tožečo stranko pozvala, naj predloži svoje pripombe v 30 dneh od prejema njenega dopisa.

6 Komisija je v dopisu z dne 31. avgusta 2015 povzela dejstva, navedla nekatere okoliščine, iz katerih je sklepala, da ponudbe za dva zadevna nakupa niso bile poštene, glede identitete ponudnikov za dobavo vozila poudarila neskladnost med informacijami, ki jih je dala tožeča stranka v poročilu o dejavnostih, naslovljenem na vodjo delegacije Unije v tretji državi, na katero se projekt nanaša, in informacijami, ki izhajajo iz preiskav, ki jih je vodil OLAF, ter poudarila, da nakup tehnične opreme ni omenjen v nobenem od poročil, ki jih je predložila tožeča stranka, in da ni bila v položaju, da bi lahko Računskemu sodišču predložila kopijo vabil k oddaji ponudb, ki bi jih morala nasloviti na ponudnike. Komisija je iz tega sklepala, da je tožeča stranka organizirala goljufijo, in sicer fiktivni javni razpis, da bi dala prednost zadevnemu dobavitelju dveh materialov. Komisija je v pravni analizi v nadaljevanju za nepravilnosti – poleg prikrojevanja dveh razpisnih postopkov – štela tudi predložitev poročil, ki ne ustrezajo dejanskemu stanju, ter nespoštovanje nabavnega načela in načela obveznosti dokumentiranja, določenih v pogodbi. Na splošno je presodila, da tožeča stranka subvencioniranega projekta ni vodila resno, učinkovito, pregledno in s potrebno skrbnostjo, v skladu z dobrimi sektorskimi praksami in ob spoštovanju pogodbe. Glede predvidene sankcije je Komisija – po tem, ko je spomnila na splošna merila, ki jih je morala uporabiti – presodila, da so bile odkrite nepravilnosti zelo resne in da ni bilo prvič, da je tožeča stranka predložila prirejene dokumente ali dokumente, ki ne ustrezajo dejanskemu stanju. Komisija se je v zvezi s tem sklicevala na več ravnanj tožeče stranke, da bi povečala svoje stroške glede na dejstva v več pogodbah, med katerimi je tudi tisto v obravnavani zadevi, ki naj bi ga odkril OLAF ali druge službe. Zato bi tožeča stranka morala vrniti več kot 200.000 EUR neupravičeno izplačanih nepovratnih sredstev.

7 Tožeča stranka je z dopisom z dne 5. oktobra 2015 v roku, ki ga je določila Komisija, predložila v odgovor svoja stališča. Zlasti je poudarila, da je sankcija izključitve nesorazmerna. V zvezi s tem je navedla, prvič, da huda dejanja, ki se ji očitajo, ne ustrezajo dejanskemu stanju. Izpodbijala je dejstvo, da bi okoliščine, ki jih je upoštevala Komisija, lahko vodile do sklepanja, da je organizirala fiktivne javne razpise. V bistvu je priznala nedoslednost pri svojem nadzoru in izdelavi poročil, pri tem pa poudarila, da je bila osebi, zadolženi za projekt, odpovedana pogodba o zaposlitvi in da so bili njeni notranji postopki spremenjeni, vendar je zanikala namerno goljufijo, pri čemer je podala trditve glede več elementov, ki jih je navedla Komisija. Drugič, trdila je, da zadevna dejstva niso škodovala finančnim interesom in podobi Unije. Zadevni nakupi naj bi bili plačani po tržni ceni in ustrezen znesek vrnjen Uniji. Tretjič, navedla je, da bi bilo treba upoštevati čas, ki je potekel, saj je bila od nastanka očitanih dejstev, leta 2008 in 2009, že strožje sankcionirana za druge nepravilnosti. V zvezi s tem je, četrtič, tožeča stranka izpodbijala ponavljanje nepravilnosti. Druge prakse, ki jih navaja Komisija, naj glede na te, obravnavane v tej zadevi, ne bi bile prehodne, temveč sočasne, glede njih pa prav tako ni omenjen notranji nadzor. Petič, storjene nepravilnosti naj ne bi bile namerne. Šestič, z njihovo ugotovitvijo naj bi bila odslej omogočena vzpostavitev trdnih notranjih postopkov in nadzornih mehanizmov za spoštovanje zahtevanih načel, saj je tožeča stranka v celoti sodelovala s službami institucij Unije med njihovimi preiskavami. Sedmič, tožeča stranka je navedla, da je teža sankcije, ki ji je že bila naložena in je omenjena zgoraj, prevzela obliko izvršenega dejstva v okviru odmevnosti v medijih glede prejšnjih preiskav, ki jih je v zvezi z njo opravil OLAF. Zato naj bi bili izključitev za dve leti, ki jo je določila Komisija, vnos v centralno bazo podatkov o izključitvah, določeno v členu 108 finančne uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015, in vnos v sistem zgodnjega odkrivanja zanjo uničujoči in nepovezani z zadevnimi dejstvi.

8 Komisija je 28. januarja 2016 sprejela izpodbijani sklep o upravni sankciji izključitve tožeče stranke iz postopkov dodelitve naročil in nepovratnih sredstev, ki se financirajo iz splošnega proračuna Unije, za obdobje 18 mesecev in zato o vnosu tožeče stranke v bazo podatkov sistema za zgodnje odkrivanje in izključitev, določeno v členu 108(1) finančne uredbe v različici, ki se uporablja od 1. januarja 2016 (v nadaljevanju: izpodbijani sklep).

9 V izpodbijanem sklepu so navedena dejstva iz dopisa Komisije z dne 31. avgusta 2015, povzeta zgoraj v točki 6. Opozorjeno je, da se je kontradiktorni postopek začel s tem dopisom na podlagi člena 109(1) finančne uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015. V njem je opredeljena pravna podlaga sankcije z navedbo določb finančne uredbe in njene izvedbene uredbe, ki sta veljali v času nastanka očitanih dejstev (glej točko 4 zgoraj). Komisija v zvezi s tem v opombi navaja:

„V skladu z načelom časovne veljavnosti pravnih določb in povezano sodno prakso je treba spomniti, da so veljavne postopkovne določbe tiste, ki veljajo v času sprejetja odločitve, materialnopravne določbe pa se načeloma ne uporabljajo za položaje, obstoječe pred začetkom njihove veljavnosti […]. Zato so materialnopravne določbe v tej zadevi tiste, ki so veljale v času nastanka očitanih dejstev. Kontradiktorni postopek je bil končan v skladu z določbami, ki so veljale do 31. decembra 2015.“

10 V izpodbijanem sklepu sta nato navedeni dve odkriti nepravilnosti, in sicer prikrojitev dveh razpisnih postopkov in predložitev poročil, ki ne ustrezajo dejanskemu stanju. V njem je opozorjeno na predvideno sankcijo dveh let izključitve, predvsem ob upoštevanju ponovnega posredovanja informacij, ki ne ustrezajo dejanskemu stanju.

11 Komisija je v pravni analizi v okviru izpodbijanega sklepa opredelila dve nepravilnosti, navedeni v prejšnji točki, kot resni kršitvi tožeče stranke pri izvrševanju njenih pogodbenih obveznosti v smislu upoštevnih določb finančne uredbe, ki so veljale ob nastanku očitanih dejstev, v tem primeru člena 96(1)(b) in člena 114(4) Uredbe št. 1605/2002, ki sta enaka členu 109(1)(b) in členu 131(5) finančne uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015. Komisija zavrača trditve tožeče stranke, s katerimi zadnja ugovarja temu, da je organizirala fiktivne javne razpise. Zavrača tudi druge trditve tožeče stranke, s katerimi je zadnja želela dokazati, da ni kršila nekaterih načel, določenih v pogodbi ali v zvezi z njenim konkretnim izvajanjem. Poudarja še, da tožeča stranka ne izpodbija napak, neskladnosti ali opustitev, ugotovljenih v poročilih, ki jih je predložila.

12 Glede sankcije Komisija navaja, da mora na podlagi upoštevnih določb izvedbene uredbe, ki so veljale ob nastanku očitanih dejstev, da bi opredelila trajanje izključitve ob zagotavljanju načela sorazmernosti, še zlasti upoštevati težo dejanj, predvsem njihov vpliv na finančne interese in podobo Unije, čas, ki je potekel od nastanka očitanih dejstev, trajanje in ponavljanje nepravilnosti, namen ali stopnjo malomarnosti zadevnega subjekta ter ukrepe, ki jih je ta sprejel za odpravo tega položaja. V tej zadevi je Komisija po tem, ko je opozorila na težo dejanj, navedla, da je bila predložitev dokumentov, ki ne odslikavajo realnosti, ponavljajoče ravnanje tožeče stranke. V zvezi s tem se sklicuje na prakse, omenjene v svojem dopisu z dne 31. avgusta 2015, ki bi se jih morala tožeča stranka držati zaradi povečanja stroškov glede na dejstva v različnih pogodbah in ki bi jih moral ugotoviti OLAF ali druge službe. Na različne trditve, ki jih podaja tožeča stranka, da bi se izognila sankciji, Komisija med drugim odgovarja, da ni mogoče zanikati obstoja finančne škode za Unijo, ker če bi bili postopki javnega razpisa pošteni, bi lahko bila nakupna cena nižja; da na podobo Unije zagotovo vpliva slaba uporaba nepovratnih sredstev v korist razvojnega sodelovanja s tretjimi državami; da je poteklo veliko časa od nastanka očitanih dejstev zaradi dejstva, da je Računsko sodišče šele leta 2012 ugotovilo dejansko stanje; da pojem ponovitev kršitve iz upoštevnih določb veljavne izvedbene uredbe ne predvideva upravne sankcije, ki je starejša od nekaterih izmed njih, niti ne določa njihove časovne veljavnosti in zajema primere, v katerih dejstva niso ločena, ampak umeščena v skupek podobnih dejstev, ki dokazujejo resnost položaja; da je tožeča stranka v tej zadevi že prej dajala izkrivljene informacije zaradi povečanja stroškov, in da so bila v nasprotju s tem, kar trdi tožeča stranka, zadevna prikrojevanja v tej zadevi namerna, nadzorni mehanizem pa jih ni mogel preprečiti. Dalje, Komisija odločno in podrobno ugovarja temu, da je javnost obvestila o postopkih, ki se nanašajo na tožečo stranko, in

o ponavljajočih težavah, ki lahko vplivajo nanjo. Komisija poudarja močno prevladujoča javna sredstva – zunaj Unije – v proračunu tožeče stranke in dejstvo, da so od leta 2008 do leta 2014 nepovratna sredstva Unije v korist tožeče stranke predstavljala bistveno manjši del. Sankcija izključitve naj torej po mnenju Komisije ne bi imela uničujočih posledic za tožečo stranko, v nasprotju z mnenjem zadnjenavedene. Ob upoštevanju ukrepov, ki jih je tožeča stranka sprejela za izboljšanje svojega nadzora in notranjih postopkov, in tega, da je bila oseba, zadolžena za zadevni projekt, odpuščena, pa je Komisija končno znižala kazen izključitve, ki velja od datuma vročitve sklepa o sankciji, na 18 mesecev.

13 Komisija v izpodbijanem sklepu dodaja, da bo vnos tožeče stranke v bazo podatkov sistema za zgodnje odkrivanje in izključitev izbrisan, ko se bo sankcija iztekla. Vnos je bil dejansko opravljen 30. marca 2016.

14 Izpodbijani sklep ni bil objavljen. V zvezi s tem v finančni uredbi v različici, ki je veljala ob nastanku očitanih dejstev, ni omenjena možnost objave takega sklepa. Nasprotno pa je člen 109(3) finančne uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015, določal možnost take objave, ko so bila izčrpana pravna sredstva zoper sklep. Odslej za kazen izključitve, sprejete v primeru, kot je obravnavni, člen 106(16) in (17) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, določa, da se pod nekaterimi pogoji objavijo poimenske informacije o sprejeti izključitvi pred iztekom roka za pritožbo.

15 Zastopniki tožeče stranke so 29. januarja 2016, ko tožeča stranka še ni vedela za izpodbijani sklep, pisali Komisiji. V dopisu so izpodbijali uporabo izraza „goljufija“ iz dopisa Komisije z dne 31. avgusta 2015, ker naj bi se ta nanašal na namernost zadevnega ravnanja in ker ima zelo negativen pomen. Obravnavale naj bi se zgolj domnevne resne kršitve pogodbe. Poleg tega se je poudarjalo, da je bila zgornja meja sankcije izključitve v primeru, kot je obravnavani, znižana s pet let na tri, kot izhaja iz določb člena 106(14)(c) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016. Predvidena kazen dveh let naj bi bila med najvišjimi mogočimi sankcijami in bi jo bilo treba vsaj znižati. Primarno je bila zahtevana odprava vsakršne sankcije. K že podanim trditvam je bilo dodano, da je člen 106(7) finančne uredbe v isti različici določal, da subjekt ne more biti izključen, če je sprejel popravne ukrepe in s tem dokazal svojo zanesljivost. V tej zadevi ni le Unija prevetrila svojih temeljev, temveč je tudi tožeča stranka resno prilagodila svoj način delovanja. Obstoj ponavljajočega ravnanja se je znova izpodbijal. Poleg tega je bilo navedeno, da je bila tožeča stranka verjetno *de facto* izključena iz pogodb Unije že sredi leta 2014 in da je to treba preučiti. Spraševalo se je tudi o tem, kako namerava Komisija intervenirati v tekočem postopku, ki je na novo določen v členu 108 finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016 (v nadaljevanju: komisija iz člena 108).

16 Tožeča stranka je 29. februarja 2016 pisala Komisiji, da obžaluje, da se je dopis njenih zastopnikov, povzet zgoraj v točki 15, prekrival z izpodbijanim sklepom. Predlagala je, naj se sklep ne objavi in naj se ponovno preuči glede na trditve, ki so jih podali njeni zastopniki. Vprašala je tudi, kakšne so posledice sklepa za tekoče pogodbe.

17 Komisija je 1. marca 2016 odgovorila zastopnikom tožeče stranke. Poudarila je, da izpodbijani sklep ni temeljil na ugotovitvi goljufije, temveč na ugotovitvi resne kršitve pri izvrševanju pogodbenih obveznosti; da je bilo načelo uporabe novega, milejšega zakona upoštevano s skrajšanjem trajanja izključitve z dveh let na 18 mesecev, upoštevajoč znižanje zgornje meje, določene za to sankcijo v različici finančne uredbe, ki velja od 1. januarja 2016, in da za tožečo stranko ni bila uporabljena izključitev *de facto* pred koncem postopka. Dodala je, da se je v bistvu postopek, v katerem je bil sprejet izpodbijani sklep, končal s koncem kontradiktornega postopka v času veljavnosti ureditve, ki je veljala do 31. decembra 2015.

Postopek in predlogi strank

18 Tožeča stranka je to tožbo vložila 12. aprila 2016.

19 Tožeča stranka je v sodnem tajništvu Splošnega sodišča na podlagi členov 151 in 152 Poslovnika Splošnega sodišča vložila predlog za obravnavanje po hitrem postopku. Splošno sodišče je s sklepom z dne 13. maja 2016 ta predlog zavrnilo.

20 Tožeča stranka je v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila ločeno vlogo na podlagi člena 66 Poslovnika ter zaprosila za anonimnost in nerazkritje nekaterih podatkov javnosti. Splošno sodišče je s sklepom z dne 14. junija 2016 temu predlogu ugodilo, ker bi zavrnitev anonimnosti vodila k javnemu razkritju sankcije tožeče stranke, kar bi dejansko pomenilo dodatno sankcijo v obliki razkritja sklepa o izključitvi (glej točko 14 zgoraj).

21 Tožeča stranka je v tožbi predlagala, naj se sprejmejo ukrepi procesnega vodstva ter, predvsem, naj Splošno sodišče od Komisije zahteva predložitev nekaterih dokumentov in pojasnilo različnih dejanskih vidikov.

22 Potem ko je Komisija v sodnem tajništvu Splošnega sodišča 24. junija 2016 vložila odgovor na tožbo, je Splošno sodišče 18. julija 2016 na podlagi člena 83 Poslovnika ugodilo predlogu tožeče stranke za vložitev replike, omejene na pripombe k dvema prilogama, ki ju je predložila Komisija, in to pozvalo, naj nanjo odgovori z dupliko.

23 Tožeča stranka je vložila repliko 7. avgusta 2016 in Komisija dupliko 28. septembra 2016.

24 Splošno sodišče (deveti senat) je na predlog sodnika poročevalca odločilo, da začne ustni postopek, in v okviru ukrepov procesnega vodstva strankama postavilo vprašanja, da bi nanje ustno odgovorili na obravnavi.

25 Stranki sta na obravnavi 2. marca 2017 podali ustne navedbe in odgovorili na vprašanja Splošnega sodišča.

26 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:

— izpodbijani sklep razglasi za ničen;

— sprejme predlagane ukrepe procesnega vodstva;

— Komisiji naloži plačilo stroškov.

27 Komisija Splošnemu sodišču predlaga, naj:

— tožbo zavrne kot neutemeljeno;

— tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

Pravo

28 Tožeča stranka v tožbi navaja štiri tožbene razloge zoper izpodbijani sklep. Prvič, Komisija naj bi kršila načelo retroaktivne uporabe milejšega kazenskega zakona, ker ni vsebinsko upoštevala nekaterih določb finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016. Drugič, kršila naj bi bistvene določbe postopka, ker je sprejela izpodbijani sklep, ne da bi zaprosila za in dobila priporočilo komisije iz člena 108, kot izhaja iz določb finančne uredbe v isti različici, in ker ni spremenila svoje odločitve glede popravnih ukrepov, ki jih je sprejela tožeča stranka, v nasprotju s temi določbami. Tretjič, tožeča stranka podredno navaja, da je Komisija kršila člen 133a izvedbene uredbe v različici, ki je veljala ob nastanku očitanih dejstev, v kateri so opredeljena merila, na podlagi katerih je morala Komisija določiti trajanje izključitve, kot je določeno v tej zadevi, ob spoštovanju načela sorazmernosti. Nazadnje, vsekakor naj

bi bili kršeni načelo sorazmernosti in načelo *ne bis in idem*, saj je bila tožeča stranka dejansko izključena iz oddaje naročil in dodelitve nepovratnih sredstev Unije iz istih razlogov že pred sprejetjem izpodbijanega sklepa.

29 Najprej je treba preučiti drugi tožbeni razlog.

Tožbeni razlog v zvezi z bistveno kršitvijo postopka

30 Tožeča stranka je na obravnavi umaknila drugi del tega tožbenega razloga, po katerem naj Komisija neupravičeno ne bi spremenila izpodbijanega sklepa, v skladu s tem, kar naj bi izhajalo iz člena 106(9) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, potem ko je prejela dopis njenih zastopnikov z dne 29. januarja 2016, omenjen v točki 15 zgoraj, v katerem je poudarjeno, da se popravni ukrepi, sprejeti le glede dejstev, kot so ti iz obravnave zadeve, ne bodo ponovili. O tem je bil na obravnavi sestavljen zapisnik. Najprej je treba obravnavati prvi del tožbenega razloga.

31 Tožeča stranka navaja, da je celo Komisija v izpodbijanem sklepu navedla, da so bile veljavne postopkovne določbe tiste, ki so veljale v času sprejetja sklepa. V izpodbijanem sklepu, sprejetem 28. januarja 2016, pa naj ne bi bile upoštevane postopkovne določbe finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, in naj – pred sprejetjem tega sklepa – ne bi bilo posvetovanja s komisijo iz člena 108(5) in naslednjih odstavkov tega člena finančne uredbe.

32 Tožeča stranka v bistvu navaja, da – v skladu z določbami člena 105a(2) v povezavi z določbami člena 106(1) in (2) in člena 131(4) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016 – če so odredbodajalec, OLAF ali Računsko sodišče med pregledom, revizijo ali preiskavo odkrili resne kršitve pogodbenih obveznosti, je lahko zadevni upravičenec do nepovratnih sredstev izključen le ob upoštevanju dokazanih dejstev ali drugih ugotovitev, navedenih v priporočilu komisije iz člena 108. Ker je Komisija priznala, da ni sprejela izpodbijanega sklepa na podlagi takega priporočila, tožeča stranka navaja, da je bilo predvideno posredovanje komisije iz člena 108 v postopku namenjeno zagotovitvi pravice do obrambe gospodarskih subjektov, predvsem zaradi izravnave neravnovesja v razmerju moči med Komisijo in vlagatelji ali upravičenci do nepovratnih sredstev v škodo zadnjenavedenih. Trdi, da če bi v postopku sodelovala komisija iz člena 108, bi bil lahko sklep Komisije drugačen, saj bi to vodilo predvsem do razjasnitve nekaterih dejstev, ker bi lahko tožeča stranka svoje trditve predstavila bolj neodvisnemu organu in ker bi bila v položaju, v katerem bi lahko podrobno razložila popravne ukrepe, ki jih je sprejela.

33 Tožeča stranka zavrača možnost, ki jo je v obravnavani zadevi predlagala Komisija, med drugim v dopisu z dne 1. marca 2016, omenjenem zgoraj v točki 17, da naj bi bile upoštevne postopkovne določbe tiste, ki so veljale v trenutku, ko „se je postopek končal“, ki je nedoločen trenutek, kar naj bi preprečevalo nadzor pravilne časovne uporabe postopkovnih določb. Upoštevati bi bilo treba le datum sprejetja zadevnega sklepa. Tožeča stranka se v zvezi s tem sklicuje predvsem na sodbo z dne 26. marca 2015, Komisija/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, točki 33 in 41).

34 Komisija v odgovoru na tožbo priznava, da je bil izpodbijani sklep sprejet po 1. januarju 2016, in v zvezi s tem poudarja, da se kot podlaga v tem sklepu omenjajo členi 105a, 106(1)(e), 108(1) in 131(4) finančne uredbe v različici, ki velja od tega datuma. Vendar Komisija meni, da naj bi bilo načelo neposredne veljavnosti postopkovnih pravil splošno načelo, ki bi ga bilo treba izvrševati glede na posebnosti zadevnega položaja. V tej zadevi naj bi se del postopka, ki vključuje tožečo stranko, in sicer kontradiktorni postopek, končal pred 31. decembrom 2015 v okviru postopkovnih določb, ki so veljale v tem obdobju. Notranja faza postopka naj bi se končala 17. decembra 2015 v okviru posvetovanja med službami, na podlagi katerega je bil sprejet sklep o naložitvi sankcije. Poznejši rok naj bi bil uporabljen zgolj za dokončanje izpodbijanega sklepa. Če bi bilo določeno, da se od 1. januarja 2016 sledi vsem novim postopkovnim določbam in v postopku odloča komisija iz člena 108, bi to pomenilo znova začeti že končani kontradiktorni postopek. Pri sprejetju končne

odločitve o izpodbijanem sklepu pa bi morale biti uporabljene nove postopkovne določbe, predvsem določbe člena 105a(2) in člena 131(4) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, iz katerih izhaja, da bi moral sklep sprejeti Generalni direktorat (GD) za evropsko sosedsko politiko in širitvena pogajanja.

35 V zvezi s tem je treba najprej spomniti, da se v skladu s splošno priznanim načelom novo pravilo, če ni drugače določeno, uporablja takoj za položaje, ki bodo šele nastali, in tudi za prihodnje učinke položajev, ki so nastali v času veljavnosti prejšnje ureditve. Nasprotno pa to običajno ne velja za pravne položaje, ki so nastali in se v celoti končali med veljavnostjo te ureditve (glej v tem smislu sodbe z dne 9. decembra 1965, Singer, 44/65, EU:C:1965:122, točka 1200; z dne 15. februarja 1978, Bauche, 96/77, EU:C:1978:26, točka 48, in z dne 26. marca 2015, Komisija/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, točka 32). Ob upoštevanju načela prepovedi retroaktivnosti pravnih aktov je lahko drugače le, če so novemu pravilu dodane posebne določbe, ki izrecno določajo njegovo časovno veljavnost (glej sodbo z dne 7. novembra 2013, Gemeinde Altrip in drugi, C-72/12, EU:C:2013:712, točka 22 in navedena sodna praksa).

36 Iz sodne prakse tudi izhaja, da se postopkovne določbe načeloma uporabijo v vseh postopkih, ki ob uveljavitvi teh določb še niso rešeni (glej v tem smislu sodbe z dne 12. novembra 1981, Meridionale Industria Salumi in drugi, od 212/80 do 217/80, EU:C:1981:270, točka 9; z dne 6. julija 1993, CT Control (Rotterdam) in JCT Benelux/Komisija, C-121/91 in C-122/91, EU:C:1993:285, točka 22, in z dne 26. marca 2015, Komisija/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, točka 33). Drugače tudi ne more biti, razen če so novemu pravilu dodane posebne določbe, ki podrobno določajo pogoje njegove uporabe v določenem obdobju ali glede na stopnjo napredovanja zadevnih postopkov.

37 V tej zadevi Uredba 2015/1929, na podlagi katere je bila finančna uredba spremenjena z učinkom od 1. januarja 2016, ne vsebuje nobene prehodne določbe, ki bi spremljala določitev tega datuma začetka splošne uporabe. Enako velja za Uredbo 2015/2462 glede sprememb izvedbene uredbe z učinkom od istega datuma.

38 Vendar kot je bilo razsojeno v sodbi z dne 8. novembra 2007, Andreasen/Komisija (F-40/05, EU:F:2007:189, točki 165 in 166), na katero sta bili opozorjeni stranki na obravnavi, uporaba nove postopkovne določbe v postopku, ki se je začel med veljavnostjo prejšnjega postopkovnega pravila, *a fortiori* v končanem postopku, lahko vodi, če je treba torej ta postopek začeti znova, do retroaktivnega učinka nove postopkovne določbe, in ne le do njene uporabe za sedanji položaj ali za prihodnje učinke položaja, ki je nastal med veljavnostjo prejšnjega pravila. V takem primeru namreč uporaba nove postopkovne določbe vodi k razveljavitvi *a posteriori* postopkov ali postopkovnih faz, ki so bile v skladu z veljavno določbo, ko so bile končane.

39 Komisija v tej zadevi v bistvu navaja, da je bil kontradiktorni postopek pred sprejetjem sklepa o sankciji končan 1. januarja 2016, ko je postala veljavna nova različica finančne uredbe. Meni, da bi v teh okoliščinah posredovanje komisije iz člena 108, kot to določajo določbe finančne uredbe, ki velja od 1. januarja 2016, vodilo do ponovnega začetka kontradiktornega postopka, kot običajno poteka v okviru veljavnih postopkovnih določb.

40 Ugotoviti je treba, kot trdi Komisija, da se je v obravnavani zadevi kontradiktorni postopek končal 1. januarja 2016. Začel se je namreč na podlagi člena 131(5) v povezavi s členom 109(1) finančne uredbe v različici, ki je veljala do 31. decembra 2015, in na podlagi člena 145 izvedbene uredbe v isti različici z dopisom Komisije z dne 31. avgusta 2015, omenjenim zgoraj v točki 4. To jasno izhaja iz zadnjega odstavka tega dopisa. Kontradiktorni postopek glede sankcije se je končal oktobra 2015 s predložitvijo – v roku, ki ga je določila Komisija – stališč tožeče stranke v odgovor, kot so bila povzeta zgoraj v točki 7. Ob neobstoju poznejših novih očitkov ali zahtev po dodatnih pojasnilih ali dokumentih s strani Komisije ta postopek ni bil podaljšan. Glede na spis je torej treba skleniti, da je kontradiktorni postopek potekal in se končal redno, ob upoštevanju zanj veljavnih določb.

41 Dalje je treba navesti, da je bil z določbami iz različice finančne uredbe, ki velja od 1. januarja 2016, predvsem iz njenega člena 108, zelo spremenjen potek postopka pred sprejetjem sklepa, kot je izpodbijani sklep, ker mora po posredovanju odredbodajalca, ki spis odstopi komisiji iz člena 108, ta sama zagotoviti kontradiktorni postopek v zvezi z zadevnim subjektom, nato pa mora izdati priporočilo za pristojnega odredbodajalca, da ta sprejme odločitev o morebitnih kazenskih ukrepih. Nasprotno v različicah, ki so veljale do 31. decembra 2015, niti finančna uredba niti izvedbena uredba nista določali faze postopka po kontradiktornem postopku, ki jo je zagotovil pristojni odredbodajalec, razen zadnje faze sprejetja sklepa. Sprememba ureditve tako ni bila omejena na dodatno fazo obstoječega predhodnega postopka, ki bi jo bilo mogoče obravnavati brez preizkušanja prej ugotovljenih dejstev, ampak je bil z njo obstoječ predhodni postopek v veliki meri nadomeščen z novim predhodnim postopkom. Dodati je treba, da se v nasprotju s tem, kar sta lahko navajali Komisija in tožeča stranka, „postopek“ ni končal po posvetovanju med službami 17. decembra 2015 niti v nedoločenem ali nepreverljivem trenutku. Postopek pred sprejetjem izpodbijanega sklepa se je v tej zadevi končal oktobra 2015 s koncem kontradiktornega postopka, postopek naložitve sankcije kot celota pa se je končal 28. januarja 2016 s sprejetjem izpodbijanega sklepa.

42 Iz navedenega izhaja, da je celoten postopek pred sprejetjem izpodbijanega sklepa potekal in se končal pravilno pred 1. januarjem 2016 ob upoštevanju zanj veljavnih določb.

43 Dejstvo, da je bil izpodbijani sklep sprejet po začetku uporabe nove različice finančne uredbe z uvedbo komisije iz člena 108, te presoje ne more izpodbiti. Čeprav bi bil namreč lahko namen te uvedbe okrepitev pravice do obrambe sopogodbenic Unije, ki jim je mogoče naložiti sankcije na podlagi finančne uredbe, nobene izrecne ali implicitne določbe Uredbe 2015/1929 ali Uredbe 2015/2462 ni mogoče razlagati tako, da daje členu 105a(2) in členu 106(2) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, ki za nekatere primere določa posredovanje komisije iz člena 108, retroaktivni učinek, ki bi pomenil ponovni začetek predhodnega postopka, ki je bil redno končan pred tem datumom, zlasti z vidika spoštovanja kontradiktornosti (glej po analogiji sodbo z dne 8. novembra 2007, Andreasen/Komisija, F-40/05, EU:F:2007:189, točki 165 in 171).

44 Dalje, tožeča stranka ni navedla nobene podrobnosti končne stopnje sprejetja izpodbijanega sklepa s strani pristojnega odredbodajalca, ki naj ne bi bila spoštovana, bodisi med veljavnostjo finančne uredbe bodisi izvedbene uredbe v različicah, ki sta veljali do 31. decembra 2015, ali med veljavnostjo teh uredb v različicah, ki veljata od 1. januarja 2016.

45 V teh okoliščinah je treba skleniti, da tožeča stranka ni dokazala postopkovne nepravilnosti, ki bi lahko pomenila bistveno kršitev postopka, zaradi katere bi bil izpodbijani sklep nezakonit. Drugi tožbeni razlog je torej treba zavrniti.

Tožbeni razlog v zvezi s kršitvijo načela retroaktivne uporabe milejšega kazenskega zakona

46 Tožeča stranka glede določb, ki so veljale ob nastanku očitanih dejstev, trdi, da določbe finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, vsebujejo več elementov, ki jih je treba šteti za milejše glede na sankcije, ki se lahko naložijo v primeru, kot je obravnavani. Prvič, najdaljše trajanje izključenosti je bilo skrajšano s pet let na tri leta na podlagi člena 106(14)(c); drugič, člen 106(7)(a) odslej določa, da se zadevni subjekt, če je sprejel popravne ukrepe in s tem dokazal svojo zanesljivost, ne izključi, medtem ko se je prej taka okoliščina upoštevala le pri presoji višine morebitne sankcije; tretjič, v členu 106(3) so odslej med merili za presojo morebitne sankcije navedene „kake druge olajševalne okoliščine, na primer koliko je gospodarski subjekt sodeloval z zadevnim pristojnim organom in prispeval k zadevni preiskavi“, v prejšnji ureditvi pa ti elementi niso bili omenjeni. Komisija naj ne bi uporabila teh milejših določb, s čimer naj bi kršila načelo retroaktivne uporabe milejšega kazenskega zakona.

47 Komisija meni, da izpodbijani sklep ni v nasprotju z načelom retroaktivne uporabe milejšega kazenskega zakona.

48 Na splošno naj ne bi bile določbe finančne uredbe, ki veljajo od 1. januarja 2016, o odkrivanju tveganj in naložitvi upravnih sankcij nič manj omejujoče ali milejše kot prej, kot izhaja iz uvodne izjave 8 Uredbe 2015/1929, v skladu s katero bi bilo treba izboljšati pravila za izključitev iz sodelovanja v postopkih za oddajo javnih naročil ali iz dodelitve nepovratnih sredstev zaradi okrepitve zaščite finančnih interesov Unije.

49 Natančneje, olajševalne okoliščine, ki jih navaja tožeča stranka, naj bi bile preprosti primeri takih okoliščin in so bile že upoštevane v okviru določb, ki so veljale ob nastanku očitanih dejstev. V zvezi s tem člen 133a Uredbe št. 2342/2002 določa, da za določitev trajanja izključenosti in zagotovitev spoštovanja načela sorazmernosti odgovorna institucija zlasti upošteva stopnjo resnosti dejstev, vključno z njihovim vplivom na finančne interese Evropskih skupnosti, njihovo podobo in čas, ki je pretekel od kršitve, trajanje in ponovitev kršitve, namen ali stopnjo malomarnosti zadevnega subjekta ter ukrepe, ki jih je zadevni subjekt sprejel za odpravo tega položaja. Poleg tega tožeča stranka ni posebej omenila dejstva, da je v kontradiktornem postopku sodelovala z odgovornim organom in prispevala k preiskavi.

50 Glede vprašanja popravnih ukrepov, ki jih poudarja tožeča stranka, Komisija v bistvu navaja, pri čemer se opira na člen 106(7)(a) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, da upoštevanje takih ukrepov pomeni, da je z njimi zadevnemu gospodarskemu subjektu omogočeno, da dokaže svojo zanesljivost. Taka zahteva po mnenju Komisije prej ni obstajala in so bila prizadevanja na tem področju zgolj upoštevana kot olajševalna okoliščina. Nova ureditev naj torej ne bi bila milejša od prejšnje.

51 Z dveh vidikov, ki ju poudarja tožeča stranka, naj torej ureditev, ki velja od 1. januarja 2016, ne bi bila milejša od tiste, ki je veljala ob nastanku očitanih dejstev.

52 Nazadnje, glede trajanja izključenosti, ki je dejansko krajše kot prejšnjih pet let, Komisija poudarja, da ni bila v postopku nikoli predvidena prekoračitev nove zgornje meje treh let, saj je bilo prvotno navedeno trajanje dve leti, nazadnje sprejeto trajanje izključenosti pa 18 mesecev. Nobena določba iz različice finančne uredbe ali izvedbene uredbe, ki velja od 1. januarja 2016, naj ne bi določala skrajšanja trajanja sankcije sorazmerno z znižanjem zgornje meje te sankcije. Zato naj ne bi bila spregledana nobena nova, milejša določba glede trajanja sprejete izključenosti.

53 Načelo retroaktivne uporabe milejšega kazenskega zakona je bilo uvedeno s členom 49(1) Listine o temeljnih pravicah Evropske unije, ki določa:

„Nihče ne sme biti obsojen za dejanje, izvršeno s storitvijo ali opustitvijo, ki v času, ko je bilo storjeno, po nacionalnem ali mednarodnem pravu ni bilo določeno kot kaznivo dejanje. Prav tako se ne sme izreči strožja kazen od tiste, ki jo je bilo mogoče izreči v času, ko je bilo kaznivo dejanje storjeno. Če je bila v času po storitvi dejanja z zakonom predpisana milejša kazen, se uporabi ta.“

54 Kot je bilo opozorjeno v sodbi z dne 11. marca 2008, Jager (C-420/06, EU:C:2008:152, točki 59 in 60), je to načelo del ustavnih tradicij, skupnih državam članicam, tako da ga je treba obravnavati kot splošno načelo prava Unije, katerega spoštovanje zagotavljajo sodišča. Natančneje je izraženo v členu 2(2), drugi stavek, Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 2988/95 z dne 18. decembra 1995 o zaščiti finančnih interesov Evropskih skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 1, str. 340), ki je del splošne ureditve v zvezi z nadzorom, ukrepi in upravnimi sankcijami za nepravilnosti, s katerimi se je škodovalo proračunu Unije ali bi se temu ali proračunom, ki jih Unija upravlja, lahko škodovalo, in ki je torej veljavna v tej zadevi. Na podlagi te določbe so pristojni organi dolžni za ravnanje, ki pomeni nepravilnost, retroaktivno uporabiti naknadne spremembe, vnesene v določbe sektorske ureditve Unije, s katerimi so bile uvedene milejše upravne sankcije.

55 Ob razvoju ureditve upravnih sankcij, ki je vodil do tega, da je z nekaterih vidikov nova ureditev milejša, z drugih vidikov pa strožja kot prejšnja, je treba za določitev prizanesljivejše ureditve ugotoviti, katera je za zadevno podjetje glede na njegov položaj dejansko ugodnejša, in ne opraviti abstraktne analize (glej v tem smislu sodbo z dne 9. decembra 2014, Riva Fire/Komisija, T-83/10, neobjavljena, v pritožbenem postopku, EU:T:2014:1034, točka 85; sodbi ESČP z dne 17. septembra 2009, Scoppola proti Italiji, CE:ECHR:2009:0917JUD001024903, točka 109, in z dne 18. julija 2013, Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini, CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, točka 65).

56 V tej zadevi je ob primerjavi – ob upoštevanju položaja v zadevi – določb o sankcijah, ki se lahko naložijo na podlagi finančne uredbe in izvedbene uredbe, na eni strani v njunih različicah, ki sta veljali ob nastanku očitanih dejstev, in na drugi strani v njunih različicah, ki veljata od 1. januarja 2016, mogoče ugotoviti ta dejstva.

57 Člen 106(7)(a) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, ki določa, da se iz oddaje naročil in dodelitve nepovratnih sredstev ne izključi gospodarski subjekt, ki je sprejel popravne ukrepe in s tem dokazal svojo zanesljivost, je nedvomno milejša določba od prejšnje veljavne določbe. Izpolnitev teh pogojev, tudi če je to težko dokazati, namreč odslej omogoča popolno oprostitev sankcije izključitve, medtem ko prej ni nujno prišlo do take oprostitve. Ta določba je dejansko upoštevna v tej zadevi v okviru tega, da je tožeča stranka v odgovoru Komisiji z dne 5. oktobra 2015 v okviru kontradiktornega postopka, povzetega zgoraj v točki 7, izrecno uveljavljala in natančno opredelila popravne ukrepe, glede katerih je navedla, da jih je sprejela na podlagi zadevnih dogodkov, in v okviru tega, da jih Komisija ni obravnavala kot nepomembne, saj jih je upoštevala, kot izhaja iz točke 68 izpodbijanega sklepa, pri določitvi trajanja izključenosti. Zato je treba pri ugotavljanju, katera ureditev je prizanesljivejša, ugotoviti, da je člen 106(7)(a) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, prizanesljivejša določba, ki lahko koristi tožeči stranki.

58 V zvezi s tem ne le, kot je bilo navedeno zgoraj v točki 9, da se je Komisija v izpodbijanem sklepu na splošno izrecno sklicevala na določbe finančne uredbe in izvedbene uredbe o sankcijah, ki so veljale ob nastanku očitanih dejstev, temveč očitno tudi dejansko ni upoštevala člena 106(7)(a) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, ki določa, da se iz oddaje naročil in dodelitve nepovratnih sredstev Unije ne izključi gospodarski subjekt, ki je sprejel nekatere popravne ukrepe in s tem dokazal svojo zanesljivost. Čeprav namreč iz izpodbijanega sklepa izhaja, da so bili popravni ukrepi tožeče stranke pri določitvi trajanja izključenosti upoštevani, pa v tem sklepu ni naveden razlog, zakaj bi bili ti ukrepi nezadostni za izpolnitev pogojev iz navedene določbe. Na podlagi tega je treba ugotoviti, da Komisija ni preučila, ali je treba zadnjenavedeno uporabiti ali izključiti. V zvezi s tem je treba navesti, da trditve Komisije v odgovoru na tožbo, da dejstvo, da tožeča stranka v kontradiktornem postopku ni priznala namernosti izvedbe fiktivnega postopka javnega naročanja, ki ji je očitana v poročilu OLAF, dokazuje, da ni zanesljiva, ni mogoče sprejeti. Gospodarski subjekt, ki je v postopku sankcioniranja, ima namreč vedno pravico, da se brani zoper očitke proti njemu, in izvrševanje te pravice ne posega v presojo njegove zanesljivosti po nastanku dejstev, ki se mu očitajo, ob upoštevanju popravnih ukrepov, ki jih je lahko sprejel. To potrjuje, da bi lahko upoštevanje člena 106(7)(a) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, vodilo do milejšega sklepa za tožečo stranko.

59 Dalje, ni izključeno, da v primeru, kot je obravnavani, skrajšanje s petih let na tri leta najdaljšega trajanja izključenosti, ki izhaja iz člena 106(14)(c) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, lahko vodi odgovornega odredbodajalca do tega, da v sicer enakih okoliščinah ob uporabi te različice finančne uredbe sprejme krajše trajanje izključenosti zadevnega subjekta, kot če bi uporabil prejšnjo različico finančne uredbe in izvedbene uredbe. V tej zadevi je Komisija v dopisu z dne 1. marca 2016, omenjenem zgoraj v točki 17, celo navedla, da je upoštevala skrajšanje zgornje meje trajanja izključenosti pri sprejetju trajanja izključitve 18 mesecev namesto trajanja dveh let, kot je bilo prvotno predvideno. Zato je člen 106(14)(c) finančne uredbe v različici, ki velja od 1. januarja 2016, tudi dejansko prizanesljivejša določba, ki je lahko v korist tožeči stranki, čeprav je bilo trajanje izključenosti, ki jo je predvidela Komisija v dopisu z dne 31. avgusta 2015, glede na novo zgornjo mejo že skrajšano.

60 Vendar kljub navedbam v dopisu z dne 1. marca 2016, omenjenem zgoraj v točki 59, upoštevanje te določbe ni razvidno niti iz izpodbijanega sklepa, predvsem točke 45 in naslednjih v delu, naslovljenem „Trajanje izključenosti“, kot je to na obravnavi potrdila Komisija.

61 Poleg tega bi bilo mogoče opozoriti, da v ureditvi, ki velja od 1. januarja 2016, gotovo obstaja določba, ki je strožja od tiste, ki jo je določala ureditev, ki je veljala ob nastanku očitanih dejstev. Kot je navedeno zgoraj v točki 14, namreč ta ureditev ne določa možnosti objave odločbe o sankciji ali bistvenih elementov v zvezi z njo, v nasprotju s tem, kar izhaja iz različice finančne uredbe, ki velja do 1. januarja 2016. Na podlagi te uredbe pa ne le, da taka objava ni zavezujoča, temveč Komisija v tej zadevi ni predvidela niti določila take objave, kar bi poleg tega lahko bilo v nasprotju z načelom prepovedi retroaktivnosti upravnih sankcij, ki niso opredeljene v času nastanka očitanih dejstev (glej po analogiji sodbo z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točka 202). Zato ta vidik ne more igrati vloge v tej zadevi.

62 Iz konkretne presoje položaja tako izhaja, da je morala Komisija za spoštovanje načela retroaktivne uporabe manj strogega kazenskega zakona uporabiti kazenske določbe iz finančne uredbe in izvedbene uredbe v različicah, ki sta veljali od 1. januarja 2016.

63 Izpodbijani sklep je torej treba razglasiti za ničen, ker je bil, kot je bilo ugotovljeno zgoraj v točkah 58 in 60, očitno sprejet, ne da bi bile upoštevane določbe manj stroge kazenske ureditve, ki bi lahko, uporabljene retroaktivno za dejansko stanje zadeve, vodile do prizanesljivejše odločitve. Zato ni smiselna preučitev dveh drugih tožbenih razlogov tožeče stranke niti razloga glede predlogov za odreditev ukrepov procesnega vodstva.

Stroški

64 V skladu s členom 134(1) Poslovnika se plačilo stroškov na predlog naloži neuspeli stranki. Ker Komisija ni uspela, se ji v skladu s predlogi tožeče stranke naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (deveti senat)

razsodilo:

1. **Sklep Komisije z dne 28. januarja 2016 o upravni sankciji izključitve združenja NC iz postopkov oddaje naročil in dodelitve nepovratnih sredstev, ki se financirajo iz proračuna Evropske unije, za obdobje 18 mesecev in njegov vnos v bazo podatkov sistema za zgodnje odkrivanje in izključitev, določeno v členu 108(1) Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (EU, Euratom) št. 966/2012 z dne 25. oktobra 2012 o finančnih pravilih, ki se uporabljajo za splošni proračun Unije in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002, se razglasi za ničen.**

2. **Evropski Komisiji se naloži plačilo stroškov.**

S. Gervasoni L. Madise K. Kowalik-Bańczyk

Razglašeno na obravnavi v Luxembourgu, 27. junija 2017.

Podpisi