

Sag C-403/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

30. juni 2023

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

16. juni 2023

Appellant:

Luxone Srl, i eget navn og i sin egenskab af mandatar i den midlertidige virksomhedssammenslutning, som skulle stiftes sammen med Iren Smart Solutions SpA

Indstævnt:

Consip SpA

Hovedsagens genstand

Appel iværksat af selskabet Luxone, i eget navn og i sin egenskab af mandatar i den midlertidige virksomhedssammenslutning, som skulle stiftes sammen med selskabet Iren Smart Solutions, (herefter »appellanten«) ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) til prøvelse af den dom, hvorved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, herefter »TAR Lazio«) ikke har givet appellanten medhold i påstanden om annullation af de foranstaltninger, som Consip SpA vedtog over for appellanten. Disse foranstaltninger fastsatte appellants udelukkelse fra en udbudsprocedure og fortabelsen af den foreløbige sikkerhedsstillelse, som appellanten havde stillet i forbindelse med udbudsproceduren.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Anmodningen om præjudiciel afgørelse – som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), der skal træffe afgørelse i sidste instans, har indgivet i henhold til artikel 267 TEUF – har til formål at afklare, hvorvidt den italienske lovgivning om ændring af sammensætningen af midlertidige virksomhedssammenslutninger, om udelukkelse af en midlertidig virksomhedssammenslutning fra en udbudsprocedure, såfremt et af medlemmerne heraf udtræder, og om fortabelse af den foreløbige sikkerhedsstillelse, som er stillet af en tilbudsgiver inden for rammerne af en udbudsprocedure, hvorfra tilbudsgiveren er blevet udelukket, er forenelig med direktiv 2004/18/EF og med proportionalitetsprincippet, princippet om friheden til at oprette og drive egen virksomhed, princippet om fri bevægelighed og princippet om etableringsfrihed i EU-retten.

Præjudicielle spørgsmål

A) »Er direktiv 2004/18/EF, artikel 16 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, proportionalitetsprincippet, konkurrenceprincippet, princippet om etableringsfrihed og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF til hinder for nationale bestemmelser [artikel 11, stk. 6, artikel 37, stk. 8-10, 18 og 19, samt artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006], der i tilfælde af udgangen af gyldighedsperioden for det oprindelige tilbud afgivet af en midlertidig virksomhedssammenslutning, som skal stiftes, ikke tillader at reducere det oprindelige antal af sammenslutningens medlemmer i forbindelse med forlængelsen af tilbuddets gyldighedsperiode, og er de nævnte nationale bestemmelser nærmere bestemt forenelige med de almindelige EU-retlige principper, og navnlig friheden til at oprette og drive egen virksomhed og den effektive virkning, samt med artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder?«

B) »Er direktiv 2004/18/EF, artikel 16, 49, 50 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK), artikel 6 TEU samt proportionalitetsprincippet, konkurrenceprincippet, princippet om etableringsfrihed og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF til hinder for nationale bestemmelser [artikel 38, stk. 1, litra f), artikel 48 og artikel 75 i lovdekret nr. 163/2006], som fastsætter anvendelse af en sanktion i form af fortabelse af den foreløbige sikkerhedsstillelse som en automatisk følge af, at en økonomisk aktør udelukkes fra en udbudsprocedure om tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, også uafhængigt af, om den pågældende aktør er blevet tildelt kontrakten eller ej?«

Anførte EU-retlige forskrifter

Direktiv 2004/18/EF, navnlig anden betragtning, artikel 2 og artikel 4, stk. 2

Artikel 16, 49, 50 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«)

Artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF

Artikel 6 TEU

Anførte nationale forskrifter

Decreto legislativo n. 163 del 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163/2006, loven om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF, herefter »loven om offentlige kontrakter«), i den affattelse, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder:

Artikel 11, stk. 6:

»En tilbudsgiver må kun afgive ét tilbud. Tilbuddet er bindende i den i bekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud angivne periode eller, hvis ingen periode er angivet, i 180 dage regnet fra fristen for afgivelse af tilbud. Den ordregivende myndighed kan anmode tilbudsgiverne om at forlænge denne gyldighedsperiode.«

Artikel 37, stk. 8-10, 18 og 19:

»8. Tilbud kan afgives af de i artikel 34, stk. 1, litra d) og e), nævnte personer, selv om de endnu ikke er stiftet. I dette tilfælde skal tilbuddet være undertegnet af alle økonomiske aktører, der vil stifte den pågældende midlertidige virksomhedssammenslutning eller det pågældende almindelige konsortium af tilbudsgivere, og indeholde en erklæring om forpligtelse fra de samme aktører til – i tilfælde af tildeling af kontrakten – sammen at give en af dem [...] specialfuldmagt med beføjelse til at indgå kontrakten i eget navn og på vegne af mandanterne.

9. [...] Med forbehold for bestemmelserne i stk. 18 og 19 er der forbud mod at ændre sammensætningen af den midlertidige virksomhedssammenslutning eller det almindelige konsortium af tilbudsgivere i forhold til den sammensætning, som fremgår af den i tilbuddet afgivne erklæring om forpligtelse.

10. Manglende overholdelse af forbuddene i det foregående stykke medfører annullation af tildelingen eller ugyldigheden af kontrakten samt udelukkelsen af de tilbudsgivere, som har stiftet den pågældende virksomhedssammenslutning [...].

18. I tilfælde af at mandataren går konkurs – eller hvis aktøren, når mandataren er en enkeltmandsvirksomhed, afgår ved døden, bliver genstand for forbud mod udøvelse af visse rettigheder eller aktiviteter, umyndiggøres eller går konkurs – samt i de i anti-mafia lovgivningen nævnte tilfælde, kan den ordregivende myndighed fortsætte kontraktforholdet med en anden økonomisk aktør, som er blevet udpeget til mandatar på de i denne lov fastsatte måder, forudsat at denne opfylder de egnede kvalifikationskrav for at udføre det genstående arbejde eller for at levere de genstående varer eller tjenesteydelser; hvis disse betingelser ikke er opfyldt, kan den ordregivende myndighed opsige kontrakten.

19. I tilfælde af at en af mandanterne går konkurs – eller hvis aktøren, når mandanten er en enkeltmandsvirksomhed, afgår ved døden, bliver genstand for forbud mod udøvelse af visse rettigheder eller aktiviteter, umyndiggøres eller går konkurs – samt i de i anti-mafia lovgivningen nævnte tilfælde, har mandataren – såfremt denne ikke udpeger en anden overtagende økonomisk aktør, der opfylder de fastsatte egnethedskrav – pligt til at gennemføre kontrakten i eget regi eller via de øvrige mandanter, forudsat at disse opfylder de egnede kvalifikationskrav for at udføre det genstående arbejde eller for at levere de genstående varer eller tjenesteydelser.«

Artikel 38, stk. 1, litra f):

»1. Følgende personer er udelukket fra deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og kan ikke tildeles underleverandørkontrakter eller indgå kontrakter vedrørende disse kontrakter: [...] f) personer, som efter den ordregivende myndigheds begrundede vurdering har gjort sig skyldige i grov forsømmelighed eller har udvist ond tro ved udførelsen af tjenesteydelser, som de er blevet tildelt af den ordregivende myndighed, der har offentliggjort udbudsbekendtgørelsen, eller som i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv har begået en alvorlig fejl, som den ordregivende myndighed bevisligt har konstateret.«

Artikel 48, stk. 1:

»Inden åbningen af konvolutterne med de afgivne tilbud anmoder den ordregivende myndighed et antal af tilbudsgivere, som ikke er lavere end 10% af antallet af de afgivne bud, afrundet opad til nærmeste hele tal, og som er udvalgt ved offentlig lodtrækning, om at godtgøre, at de opfylder de eventuelle i bekendtgørelsen fastsatte økonomisk-finansielle og teknisk-organisatoriske krav, ved inden for ti dage fra denne anmodning at fremlægge den dokumentation, der fremgår af den nævnte bekendtgørelse eller i opfordringen til at afgive tilbud. Den ordregivende myndighed kontrollerer på grundlag af denne dokumentation, at tilbudsgiverne opfylder kvalifikationskravene for at udføre arbejdet [...]. Hvis denne dokumentation ikke fremlægges eller ikke bekræfter de i ansøgningen om deltagelse eller i tilbuddet afgivne erklæringer, udelukker den ordregivende

myndighed den pågældende fra udbudsproceduren og inddrager den respektive foreløbige sikkerhedsstillelse [...].«

Artikel 75:

»1. Tilbuddet ledsages af en garanti, svarende til 2% af den i bekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud angivne basispris, i form af en sikkerhed eller bankgaranti efter tilbudsgiverens valg. [...]

6. Garantien dækker manglende indgåelse af kontrakten som følge af et forhold, som kan tilregnes den tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, og frigives automatisk på det tidspunkt, hvor den omhandlede kontrakt undertegnes. [...]

9. Samtidigt med den foranstaltning, hvorved den ordregivende myndighed giver de tilbudsgivere, der ikke har fået tildelt kontrakten, meddelelse om tildelingen, frigiver den ordregivende myndighed den i stk. 1 nævnte garanti, som de har stillet. [...].«

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

A) Tvistens baggrund

- 1 Ved bekendtgørelse af 21. december 2015 indledte Consip en udbudsprocedure, opdelt i 12 dele, om tildeling af kontrakter om levering af elektricitet og relaterede tjenesteydelser. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (herefter »CSEL«), Iren Smart Solutions og Gi One afgav i fællesskab deres tilbud samt stillede den dertil hørende foreløbige sikkerhedsstillelse for udbudsprocedurens del 1, 8, 10 og 11 på vegne af den midlertidige virksomhedssammenslutning, som selskaberne forpligtede sig til at stifte i tilfælde af tildeling af kontrakterne.
- 2 Udbudsproceduren skulle være afsluttet senest den 18. april 2017, men blev forlænget af Consip otte gange. De fire selskaber, der deltog i proceduren, blev på denne baggrund nødt til flere gange, ved udgangen af gyldighedsperioden for tilbuddene, at udforme deres oprindelige tilbud på ny og at forlænge den foreløbige sikkerhedsstillelse.
- 3 I 2020, i forbindelse med Consip's syvende og ottende anmodning om bekræftelse, meddelte Luxone og Iren Smart Solutions deres hensigt om at bekræfte deres oprindelige tilbud. Gi One og CSEL udtrykte derimod deres hensigt om ikke at bekræfte tilbuddene som følge af, at proceduren på uventet vis havde varet i flere år. De to sidstnævnte selskaber meddelte bl.a., at tilbuddene ikke længere var holdbare på et erhvervmæssigt plan og for så vidt angik den korrekte og forsigtige forvaltning af virksomheden.

- 4 Ifølge Consip bevirkede Gi Ones og CSEL's manglende bekræftelse af tilbuddene, at disse selskaber udtrådte fra den midlertidige virksomhedssammenslutning og således ændrede dennes oprindelige sammensætning. I oktober 2020 vedtog Consip, over for den midlertidige virksomhedssammenslutning i dens helhed, en foranstaltning om udelukkelse fra udbudsproceduren og en foranstaltning om fortabelse af den foreløbige sikkerhedsstillelse for et samlet beløb på 2 950 000,00 EUR. Foranstaltningen om udelukkelse fra udbudsproceduren var baseret på, at Gi Ones og CSEL's udtrædelse var ulovlig og havde karakter af omgåelse.
- 5 Angående udtrædelsens ulovlige karakter er det ifølge Consip sandt, at tilbudsgiveren, og dermed i den foreliggende situation den midlertidige virksomhedssammenslutning i dens helhed, i henhold til den italienske lovgivning har ret til at trække sit tilbud tilbage ved udgangen af en given periode efter indledningen af udbudsproceduren, men denne ret må ikke udøves af blot nogle af selskaberne i en midlertidig virksomhedssammenslutning.
- 6 Hvad angår udtrædelsens karakter af omgåelse havde Gi One ifølge Consip til hensigt at unddrage sig de lovbestemte kontroller, fordi nogle personer knyttet til Gi One havde begået strafbare handlinger. Med hensyn til CSEL's udtrædelse bestod adfærdens karakter af omgåelse bl.a. i, at selskabet ikke opfyldte kravene for deltagelse i udbudsproceduren, hvilke krav derimod skal være opfyldt i forbindelse med indgivelsen af en ansøgning om deltagelse og indtil tildelingen af kontrakten.

B) Sagen i første instans og appelsagen

- 7 Appellanten anfægtede Consip's ovennævnte foranstaltninger ved TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio).
- 8 TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) gav ved dom nr. 4505/2021 ikke appellanten medhold i dette søgsmål med følgende begrundelse: a) Ved udgangen af gyldighedsperioden for et tilbud må tilbuddet ikke bekræftes af blot nogle af medlemmerne af den pågældende midlertidige virksomhedssammenslutning; b) retten til at udtræde fra en midlertidig virksomhedssammenslutning må kun udøves i de i retspraksis fastsatte tilfælde, som ikke forelå i den konkrete situation; c) udtrædelsen havde i den konkrete situation karakter af omgåelse, fordi den sigtede mod at undgå en foranstaltning om udelukkelse fra udbudsproceduren.
- 9 TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) fandt endvidere ikke, at betingelserne var opfyldt for at rejse spørgsmål om forfatningsstridighed eller for at forelægge Domstolen spørgsmål om den italienske lovgivnings forenelighed med EU-retten. Efter den nævnte forvaltningsdomstols opfattelse havde den nationale lovgiver i henhold til direktiv 2004/18/EF, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, ikke pligt til at indføre muligheden

for, i en situation som den omhandlede, at reducere antallet af virksomheder, der indgår i den oprindelige midlertidige virksomhedssammenslutning.

- 10 Appellanten har iværksat appel til prøvelse af dommen fra TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som har udsat sagen på Corte costituzionale (forfatningsdomstol) afgørelse af de spørgsmål om forfatningsstridighed, som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har rejst inden for rammerne af en anden sag vedrørende en lignende tvist.
- 11 Ved dom nr. 198/2022 har Corte costituzionale (forfatningsdomstol) fastslået, at fortabelsen af en foreløbig sikkerhedsstillelse ikke har karakter af straf, fordi den hovedsageligt sigter mod at sikre overholdelsen af udbudsreglerne og genoprette den krænkede almene interesse, dvs. at undgå, at uegnede økonomiske aktører deltager i en udbudsprocedure, eller at der afgives tilbud, som ikke opfylder de fastsatte krav. Ifølge Corte costituzionale (forfatningsdomstol) kan det på grundlag af den foreløbige sikkerhedsstillelses ringe størrelse, de alternative metoder til at stille garanti (sikkerhed eller bankgaranti) og den af lovgiver fastsatte nedsættelsesordning konkluderes, at den skadelige foranstaltning ikke har den særlige strenghed, som er påkrævet for at blive sidestillet med en strafferetlig sanktion.
- 12 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er af den opfattelse, at denne dom fra Corte costituzionale (forfatningsdomstol) ikke er afgørende for løsningen af den verserende tvist, når der også henses til, at sikkerhedsstillelsens samlede beløb i den foreliggende situation er meget stort.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 13 Appellanten har bestridt lovligheden af foranstaltningen om fortabelse af den foreløbige sikkerhedsstillelse som følge af udelukkelsen fra udbudsproceduren. Denne foranstaltning om fortabelse er retsstridig på afledt vis, fordi den er baseret på en retsstridig foranstaltning om udelukkelse. Den er også retsstridig i sig selv, eftersom fortabelse i henhold til den på tidspunktet for de faktiske omstændigheder gældende lovgivning kun må finde sted i to tilfælde: Tilbudsgiveren godtgør ikke, at denne opfylder de fastsatte økonomisk-finansielle og teknisk-organisatoriske krav, eller kontrakten bliver ikke indgået »som følge af et forhold, som kan tilregnes den tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten«.
- 14 I begge tilfælde forudsætter fortabelse af sikkerhedsstillelsen efter appellants opfattelse en adfærd, som subjektivt kan tilregnes den økonomiske aktør, der bærer personligt ansvar for manglende indgåelse af kontrakten eller ophør af deltagelse i udbudsproceduren. Ifølge appellanten foreligger ingen af disse to tilfælde i den konkrete situation.
- 15 Appellanten har gjort gældende, at fortabelsen af sikkerhedsstillelsen udgør en meget bebyrdende sanktionsforanstaltning af strafferetlig karakter, fordi den ikke

forfølger det typiske formål med fortabelse af en stillet sikkerhed, dvs. at erstatte et tab, som den ordregivende myndighed er blevet påført. I den foreliggende situation blev Consip ikke påført noget tab, eftersom den midlertidige virksomhedssammenslutning blev udelukket fra udbudsproceduren.

- 16 Den automatiske fortabelse af sikkerhedsstillelsen, med et stort og bebyrdende beløb, udgør en fuldstændigt ugrundet og urimelig sanktion, som åbenlyst ikke står i forhold til den af den midlertidige virksomhedssammenslutning udviste adfærd, og som giver udtryk for en fortolkning af artikel 48 og 75 i loven om offentlige kontrakter, som strider mod de forfatningsmæssige og europæiske principper og bestemmelser.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 17 Ifølge Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, herefter også »den forelæggende ret«) er det nødvendigt at afklare, hvorvidt den italienske lovgivning, hvorefter en økonomisk aktørs manglende bekræftelse af et tilbud ved udgangen af den periode, hvor tilbuddet er bindende, er sidestillet med udtrædelse fra en midlertidig virksomhedssammenslutning, er forenelig med EU-retten. Det er ligeledes nødvendigt at uddybe foranstaltningen om udelukkelse, der også er af betydning med hensyn til den efterfølgende foranstaltning om fortabelse af sikkerhedsstillelsen.

Foranstaltningen om udelukkelse

- 18 Den forelæggende ret har anført, at foranstaltningen om udelukkelse er en lovbestemt obligatorisk retsakt i henhold til den italienske lovgivning, for det første fordi Gi Ones manglende bekræftelse af tilbuddet, dvs. aktørens udtrædelse, overtræder forbuddet mod ændring af den pågældende midlertidige virksomhedssammenslutning, for det andet eftersom udtrædelsen i den konkrete situation udgør en handling med det formål at omgå kontrollen af den berørte økonomiske aktørs moralske pålidelighed.
- 19 Hvad angår forbuddet mod ændring af den midlertidige virksomhedssammenslutning har den forelæggende ret understreget, at artikel 37 i loven om offentlige kontrakter bestemmer, at retten til at trække et tilbud tilbage fra en udbudsprocedure ved udgangen af dets gyldighedsperiode kun må udøves af den midlertidige virksomhedssammenslutning, som vil stiftes, i dens helhed, fordi der i den foreliggende situation ikke foreligger nogen af de i lovgivningen og retspraksis fastsatte undtagelsestilfælde, hvor ændringen af den midlertidige virksomhedssammenslutning er tilladt.
- 20 En midlertidig virksomhedssammenslutning deltager nemlig i en udbudsprocedure i sin egenskab af en part bestående af flere personer, dvs. alle de økonomiske aktører, som i tilfælde af tildeling af kontrakten vil stifte den. Det er således ikke acceptabelt, at blot to medlemmer (ud af de oprindelige fire) af den pågældende

midlertidige virksomhedssammenslutning bekræftede tilbuddene, bl.a. med udgangspunkt i formålet med artikel 11, stk. 6, i loven om offentlige kontrakter og princippet om forbud mod ændring af den midlertidige virksomhedssammenslutning i løbet af udbudsproceduren, der følger af samme lovs artikel 37, stk. 9, og også finder anvendelse, såfremt den midlertidige virksomhedssammenslutning endnu ikke formelt er blevet stiftet.

- 21 Formålet med artikel 11, stk. 6, er at fastholde et tilbud uændret i hele den forventede varighed af udbudsproceduren. Denne artikel sigter mod at beskytte tilbudsgiveren, der efter udgangen af perioden kan trække sit tilbud tilbage, mens tilbuddet fortsat er gyldigt, hvis tilbudsgiveren ikke erklærer at have trukket det tilbage. I mangel af udtrykt modsatrettet vilje fra alle personer, som indgår i parten bestående af flere personer, skal forpligtelsen derfor opfattes som fortsat foreliggende. De italienske bestemmelser sikrer endvidere, at en ordregivende myndighed kan regne med, at en midlertidig virksomhedssammenslutning, som formelt endnu ikke er stiftet, deltager i en udbudsprocedure på seriøs vis, således at det garanteres, at den reelt vil blive stiftet efter tildelingen af kontrakten.
- 22 Med hensyn til omgåelsen af pålidelighedskontrollen har den forelæggende ret understreget, at ifølge forvaltningsretspraksis på området er udtrædelse af en virksomhed ikke tilladt, hvis denne adfærd sigter mod at omgå lovgivningen, og navnlig hvis den har til formål at omgå kontroller vedrørende opfyldelse af kravene for deltagelse i den forstand, at virksomheden herved undgår en sanktion om udelukkelse fra udbudsproceduren som følge af manglende opfyldelse af disse krav.
- 23 I lyset af disse overvejelser har den forelæggende ret konstateret, at den italienske lovgivning, som fortolket i retspraksis, tvinger medlemmerne af en midlertidig virksomhedssammenslutning til, i tilfælde af komplekse og langvarige udbudsprocedurer, at forblive bundet af det afgivne tilbud i en ubestemt periode, selv hvis tilbuddets gyldighedsperiode udløber flere gange, og at denne lovgivning alene rummer muligheden for, at alle de oprindelige medlemmer af den midlertidige virksomhedssammenslutning beslutter ikke at bekræfte tilbuddet. Den forelæggende ret betvivler, at denne lovgivning er forenelig med dels princippet om friheden til at oprette og drive egen virksomhed i chartrets artikel 16, som kodificerer Domstolens praksis og er baseret på artikel 119 TEUF, dels proportionalitetsprincippet i chartrets artikel 52 samt proportionalitetsprincippet, konkurrenceprincippet, princippet om etableringsfrihed og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i TEUF.
- 24 Forbuddet mod, at et enkelt medlem af en midlertidig virksomhedssammenslutning trækker sig tilbage fra et tilbud, især med hensyn til udbudsprocedurer, som varer i en betydelig tidsperiode, idet den midlertidige virksomhedssammenslutning i dens helhed i modsat fald udelukkes, udgør efter den forelæggende rets opfattelse ikke en foranstaltning, som står i forhold til kravet om at sikre, at tilbuddet er blevet afgivet med en seriøs hensigt, hvis og i det omfang de økonomiske aktører, der har bekræftet tilbuddet, i sig selv opfylder

alle krav for deltagelse, selv i fraværet af den aktør, som har trukket sig tilbage fra tilbuddet.

- 25 I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, som hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, og som skal overholdes i forbindelse med tildelingen af offentlige kontrakter i medlemsstaterne, sådan som det fremgår af direktiv 2004/18/EF, må medlemsstaternes foranstaltninger ikke gå videre end nødvendigt for at opnå det tilsigtede mål, som også bekræftet i Domstolens praksis.
- 26 Afslutningsvis har den forelæggende ret anført, at når den manglende bekræftelse af et tilbud fra en enkelt økonomisk aktør, der indgår i en midlertidig virksomhedssammenslutning, er sidestillet med aktørens udtrædelse fra den midlertidige virksomhedssammenslutning, bliver udelukkelsen under alle omstændigheder obligatorisk i henhold til loven, såfremt den konkrete adfærd opfattes som et middel til at omgå kontrollen af den moralske pålidelighed af den udtrådte aktør; såfremt det derimod var tilladt, at denne aktør kunne beslutte ikke at bekræfte tilbuddet, skulle der ikke foretages nogen efterfølgende kontrol af den professionelle pålidelighed, fordi denne aktør ikke længere ville kunne betragtes som medlem af den midlertidige virksomhedssammenslutning, der deltager i udbudsproceduren.

Foranstaltningen om fortabelse af sikkerhedsstillelsen

- 27 Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har konstateret, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) har udtalt sig om karakteren, omfanget og rimeligheden af bøder i forbindelse med afgørelsen af, om disse henhører under det såkaldte strafferetlige område (dom af 4.3.2014, Grande Stevens m.fl. mod Italien, § 99; jf. i denne retning også Domstolens dom af 5.6.2012, C-489/10).
- 28 I sin praksis har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) bemærket, at Menneskerettighedsdomstolen har udviklet egne, selvstændige kriterier til vurdering af, om en overtrædelse og den respektive sanktion er af strafferetlig karakter. Nærmere bestemt har Menneskerettighedsdomstolen identificeret tre kriterier, dvs.: I) den retlige kvalifikation af overtrædelsen i national ret, med den præcisering, at denne kvalifikation ikke er bindende i forbindelse med fastlæggelsen af den »iboende strafferetlige« karakter af foranstaltningen; II) overtrædelsens art, som udledes af anvendelsesområdet for den bestemmelse, hvori overtrædelsen er fastsat, og det hermed forfulgte formål; III) sanktionens strengthed.
- 29 Efter den forelæggende rets opfattelse tager fortabelsen af den foreløbige sikkerhedsstillelse henset til omfanget af det formuemæssige tab pålagt appellanten formen af en sanktion, som utvivlsomt er af strafferetlig karakter som omhandlet i Menneskerettighedsdomstolens praksis. Den automatiske fortabelse af den foreløbige sikkerhedsstillelse udgør i den foreliggende situation en åbenlys tilsidesættelse af princippet om sanktioners proportionalitet.

- 30 Først og fremmest er chartrets artikel 49, stk. 3, relevant, ifølge hvilken »[s]traffens omfang skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen«.
- 31 Den foreliggende situation er kendetegnet af en åbenlys ubalance mellem den almene interesse og de grundlæggende rettigheder, som er sikret på europæisk plan, fordi appellanten blev pålagt en meget stor bøde i kraft af en automatisk mekanisme, der i sig selv pr. definition hverken er forholdsmæssig eller knyttet til en passende vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde.
- 32 På tilsvarende måde som chartrets artikel 17 er også artikel [4] i protokol nr. [7] til EMRK blevet fortolket således, at den sigter mod at sikre overholdelsen af proportionaliteten mellem den udviste adfærd og den pålagte sanktion.
- 33 Artikel 38, stk. 1, litra f), og artikel 48 i loven om offentlige kontrakter ville således åbenlyst stride mod de forfatningsmæssige og europæiske bestemmelser og principper angående sanktioners proportionalitet, såfremt disse artikler fortolkes således, at de tillader den automatiske fortabelse af en foreløbig sikkerhedsstilling som følge af udelukkelsen fra en udbudsprocedure.
- 34 Denne modstrid ville være endnu mere åbenlys, hvis det antages, at en foranstaltning som den omhandlede, som utvivlsomt er af strafferetlig karakter, kan vedtages uden at tage hensyn til det subjektive element, navnlig udelukkelsens forudsigelighed.

ARBEJDSDOKUMENT