

Υπόθεση C-403/23

**Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 98,
παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου**

Ημερομηνία καταθέσεως:

30 Ιουνίου 2023

Αιτούν δικαστήριο:

Consiglio di Stato (Ιταλία)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

16 Ιουνίου 2023

Εκκαλούσα:

Luxone Srl, για ίδιο λογαριασμό και ως εντολοδόχος της υπό σύσταση Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων με την Iren Smart Solutions SpA

Εφεσίβλητη:

Consip SpA

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Έφεση που άσκησε ενώπιον του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία) η Luxone, για ίδιο λογαριασμό και ως εντολοδόχος της υπό σύσταση κοινοπραξίας επιχειρήσεων με την Iren Smart Solutions (στο εξής: εκκαλούσα), κατά της αποφάσεως του Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (διοικητικού πρωτοδικείου της περιφέρειας του Λατίου, στο εξής: TAR Lazio), με την οποία απορρίφθηκε η προσφυγή που άσκησε η ήδη εκκαλούσα κατά των μέτρων τα οποία η Consip S.p.a. είχε λάβει κατ' αυτής. Τα μέτρα αυτά προέβλεπαν τον αποκλεισμό από διαγωνισμό και την κατάπτωση των προσωρινών εγγυήσεων που είχε καταβάλει η εκκαλούσα στο πλαίσιο της διαδικασίας πρόσκλησης υποβολής προσφορών.

Αντικείμενο και νομική βάση της αιτήσεως προδικαστικής απόφασεως

Η αίτηση προδικαστικής απόφασεως την οποία υπέβαλε δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας), ως δικαστήριο του οποίου οι αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ένδικο μέσο, σκοπό έχει την εξακρίβωση της συμβατότητας με την οδηγία 2004/18/ΕΚ και τις αρχές της Ένωσης περί αναλογικότητας, επιχειρηματικής ελευθερίας, ελεύθερης κυκλοφορίας και ελευθερίας εγκαταστάσεως ιταλικής κανονιστικής ρύθμισης σχετικά με τη μεταβολή της σύνθεσης της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων, τον αποκλεισμό της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων από τον διαγωνισμό σε περίπτωση υπαναχωρήσεως ενός από τα μέλη της και την κατάπτωση των προσωρινών εγγυήσεων που παρέχονται στο πλαίσιο διαδικασίας πρόσκλησης υποβολής προσφορών από την οποία αποκλείστηκε ο προσφέρων.

Προδικαστικά ερωτήματα

A) Αντιτίθενται η οδηγία 2004/18/ΕΚ, τα άρθρα 16 και 52 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι αρχές της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών που κατοχυρώνονται στα άρθρα 49, 50, 54 και 56 ΣΛΕΕ σε εθνικές διατάξεις [άρθρο 11, παράγραφος 6, άρθρο 37 παράγραφοι 8, 9, 10, 18 και 19, άρθρο 38, παράγραφος 1, στοιχείο f, του decreto legislativo (νομοθετικού διατάγματος) 163 του 2006] βάσει των οποίων αποκλείεται, σε περίπτωση λήξης της διάρκειας ισχύος της προσφοράς που υποβλήθηκε αρχικώς από προσωρινή κοινοπραξία επιχειρήσεων, η δυνατότητα μείωσης, σε περίπτωση παράτασης της ισχύος της εν λόγω προσφοράς, της αρχικής σύνθεσης της κοινοπραξίας; Ειδικότερα, συνάδουν οι εν λόγω εθνικές διατάξεις με τις γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης περί ελεύθερης οικονομικής πρωτοβουλίας και πρακτικής αποτελεσματικότητας, καθώς και με το άρθρο 16 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης;

B) Αντιτίθενται η οδηγία 2004/18/ΕΚ, τα άρθρα 16, 49, 50 και 52 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το άρθρο 4 του πρωτοκόλλου αριθ. 7 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (ΕΣΔΑ), το άρθρο 6 ΣΕΕ και οι αρχές της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών που κατοχυρώνονται στα άρθρα 49, 50, 54 και 56 ΣΛΕΕ σε εθνικές διατάξεις [άρθρα 38, παράγραφος 1, στοιχείο f, 48 και 75 του decreto legislativo (νομοθετικού διατάγματος) 163 του 2006] οι οποίες προβλέπουν την επιβολή της κύρωσης της κατάπτωσης της προσωρινής εγγύησης ως αυτόματη συνέπεια του αποκλεισμού οικονομικού φορέα από τη διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, τούτο δε ανεξαρτήτως του αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας ανακηρύχθηκε ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης;

Σχετικές διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

Οδηγία 2004/18/EK, ιδίως αιτιολογική σκέψη 2, άρθρο 2 και άρθρο 4, παράγραφος 2

Άρθρα 16, 49, 50 και 52 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: Χάρτης της Νίκαιας)

Άρθρα 49, 50, 54 και 56 ΣΛΕΕ

Άρθρο 6 ΣΕΕ

Σχετικές διατάξεις του εθνικού δικαίου

Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (νομοθετικό διάταγμα αριθ. 163 – Κώδικας δημοσίων συμβάσεων σχετικών με έργα, υπηρεσίες και προμήθειες κατ' εφαρμογήν των οδηγιών 2004/17/EK και 2004/18/EK), του 2006 (στο εξής: Κώδικας συμβάσεων), όπως ίσχυε κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης:

Άρθρο 11, παράγραφος 6:

«Κάθε προσφέρων δεν μπορεί να υποβάλει περισσότερες από μία προσφορές. Η προσφορά είναι δεσμευτική για την περίοδο που αναφέρεται στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση και, ελλείψει αυτής, επί εκατόν ογδόντα ημέρες από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει από τους προσφέροντες να παρατείνουν την προθεσμία αυτή».

Άρθρο 37, παράγραφοι 8, 9, 10, 18 και 19:

«8. Επιτρέπεται η υποβολή προσφορών από τις οντότητες που μνημονεύονται στο άρθρο 34, παράγραφος 1, στοιχεία d και e, έστω και αν δεν έχουν ακόμη συσταθεί. Στην περίπτωση αυτή, η προσφορά πρέπει να υπογράφεται από όλους τους οικονομικούς φορείς που θα συστήσουν τις προσωρινές κοινοπραξίες ή τις συνήθεις κοινοπραξίες διαγωνιζομένων και να περιλαμβάνει τη δέσμευση ότι, σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης, οι ίδιοι φορείς θα παράσχουν ειδική συλλογική εντολή εκπροσώπησης σε έναν από αυτούς [...] ο οποίος θα συνάψει τη σύμβαση ιδίω ονόματι και για ίδιο λογαριασμό και εξ ονόματος και για λογαριασμό των εντολέων.

9. [...] Με την επιφύλαξη των διατάξεων των παραγράφων 18 και 19, απαγορεύεται οποιαδήποτε μεταβολή της σύνθεσης των προσωρινών κοινοπραξιών και των συνήθων κοινοπραξιών διαγωνιζομένων σε σχέση με τη σύνθεση που προκύπτει από τη δέσμευση που αναλήφθηκε με την προσφορά.

10. Η μη τήρηση των απαγορεύσεων της προηγούμενης παραγράφου συνεπάγεται την ακύρωση της ανάθεσης ή την ακυρότητα της σύμβασης και τον αποκλεισμό των διαγωνιζομένων που έχουν συστήσει την κοινοπραξία [...]

18. Σε περίπτωση πτώχευσης του εντολοδόχου ή, αν πρόκειται για ατομική επιχείρηση, σε περίπτωση θανάτου, κήρυξης σε κατάσταση ανικανότητας προς δικαιοπραξία, περιορισμένης ικανότητας προς δικαιοπραξία ή πτώχευσης, ή στις περιπτώσεις που προβλέπονται από τη νομοθεσία κατά της μαφίας, η αναθέτουσα αρχή δύναται να συνεχίσει τη σύμβαση με άλλον οικονομικό φορέα που έχει διοριστεί εντολοδόχος σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος κώδικα, υπό την προϋπόθεση ότι πληροί τα προσόντα που απαιτούνται για τα έργα ή τις υπηρεσίες ή τις προμήθειες που απομένουν να εκτελεστούν· εάν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, η αναθέτουσα αρχή δύναται να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση.

19. Σε περίπτωση πτώχευσης ενός εκ των εντολοδόχων ή, αν πρόκειται για ατομική επιχείρηση, σε περίπτωση θανάτου, κήρυξης σε κατάσταση ανικανότητας προς δικαιοπραξία, περιορισμένης ικανότητας προς δικαιοπραξία ή πτώχευσης, ή στις περιπτώσεις που προβλέπονται από τη νομοθεσία κατά της μαφίας, εάν ο εντολοδόχος δεν υποδείξει άλλον διάδοχο οικονομικό φορέα ο οποίος να πληροί τις απαιτούμενες απαιτήσεις καταλληλότητας, υποχρεούται να εκτελέσει τη σύμβαση, είτε απευθείας είτε μέσω των άλλων εντολών, υπό την προϋπόθεση ότι αυτοί πληρούν τα απαιτούμενα προσόντα για τα έργα ή τις υπηρεσίες ή τις προμήθειες που απομένουν να εκτελεστούν».

Άρθρο 38, παράγραφος 1, στοιχείο f:

«1. Αποκλείονται από τη συμμετοχή στις διαδικασίες για τη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης και δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και απαγορεύεται να αναλάβουν υπεργολαβικώς εργασίες και να συνάψουν τις σχετικές συμβάσεις: [...] f) όσοι, κατά αιτιολογημένη εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, έχουν κριθεί ένοχοι για βαριά αμέλεια ή για κακή πίστη κατά την εκτέλεση της παροχής υπηρεσιών που τους ανέθεσε η αναθέτουσα αρχή ή οποία εξέδωσε την προκήρυξη διαγωνισμού ή όσοι υπέπεσαν σε σοβαρό παράπτωμα κατά την άσκηση της επαγγελματικής τους δραστηριότητας, που έχει διαπιστωθεί με οποιοδήποτε αποδεικτικό μέσο από την αναθέτουσα αρχή».

Άρθρο 48, παράγραφος 1:

«Οι αναθέτουσες αρχές, πριν από την αποσφράγιση των φακέλων των υποβληθεισών προσφορών, ζητούν από αριθμό προσφερόντων που δεν μπορεί να είναι μικρότερος από το 10 τοις εκατό των υποβληθεισών προσφορών, στρογγυλοποιημένο στην αμέσως ανώτερη μονάδα, οι οποίοι επιλέγονται με δημόσια κλήρωση, να αποδείξουν, εντός δέκα ημερών από την ημερομηνία της εν λόγω πρόσκλησης, ότι πληρούν τις προϋποθέσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και οργανωτικής ικανότητας που ενδεχομένως απαιτούνται στην προκήρυξη του διαγωνισμού, προσκομίζοντας τα

έγγραφα που αναφέρονται στην εν λόγω προκήρυξη ή στην επιστολή πρόσκλησης. Κατά το στάδιο του ελέγχου, οι αναθέτουσες αρχές επαληθεύουν εάν πληρούν την απαίτηση προσόντων για την εκτέλεση των έργων [...]. Εάν δεν προσκομίσει αυτά τα αποδεικτικά στοιχεία ή δεν επιβεβαιώσει τις δηλώσεις που περιέχονται στην αίτηση συμμετοχής ή στην προσφορά, οι αναθέτουσες αρχές προβαίνουν στον αποκλεισμό του προσφέροντος από τον διαγωνισμό [και] στην κατάπτωση της αντίστοιχης προσωρινής εγγύησης [...].

Άρθρο 75:

«1. Η προσφορά συνοδεύεται από εγγύηση ίση με το δύο τοις εκατό της βασικής τιμής που αναφέρεται στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση, υπό μορφή εγγυοδοσίας ή προσωπικής εγγύησης, κατ' επιλογή του προσφέροντος. [...]

6. Η εγγύηση καλύπτει τη μη υπογραφή της σύμβασης από τον ανάδοχο και αποδεσμεύεται αυτομάτως κατά τον χρόνο υπογραφής της σύμβασης. [...]

9. Με την πράξη με την οποία γνωστοποιείται στους μη επιτυχόντες προσφέροντες η ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή αποδεσμεύει συγχρόνως, ως προς αυτούς, την εγγύηση που προβλέπεται στην παράγραφο 1 [...].»

Συνοπτική έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της πορείας της διαδικασίας

A) Το ιστορικό της διαφοράς

- 1 Με προκήρυξη που δημοσιεύθηκε στις 21 Δεκεμβρίου 2015, η Consip οργάνωσε διαδικασία πρόσκλησης υποβολής προσφορών, υποδιαιρούμενη σε 12 τμήματα, για την ανάθεση της παροχής της Υπηρεσίας Φωτισμού και των συναφών υπηρεσιών. Η Luxone, η Consorzio Stabile Energie Locali (στο εξής: CSEL), η Iren Smart Solutions και η Gi One υπέβαλαν από κοινού την προσφορά τους για τα τμήματα 1, 8, 10 και 11 και κατέβαλαν τις αντίστοιχες προσωρινές εγγυήσεις, ως υπό σύσταση Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων, δεσμευόμενες να συστήσουν Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης.
- 2 Η διαδικασία πρόσκλησης υποβολής προσφορών έπρεπε να είχε ολοκληρωθεί έως τις 18 Απριλίου 2017, αλλά, αντιθέτως, έτυχε οκτώ παρατάσεων από την Consip. Τούτο κατέστησε αναγκαία, όσον αφορά τις τέσσερις αυτές εταιρίες που συμμετείχαν στον διαγωνισμό, κατά τη λήξη της περιόδου δεσμευτικότητας της προσφοράς, την εκ νέου και κατ' επανάληψη επιβεβαίωση των προσφορών που υποβλήθηκαν αρχικώς και την παράταση των προσωρινών εγγυήσεων.
- 3 Το 2020, μετά το έβδομο και όγδοο αίτημα επιβεβαίωσης της Consip, η Luxone και η Iren Smart Solutions γνωστοποίησαν τη βούλησή τους να επιβεβαιώσουν τις αρχικές προσφορές. Οι Gi One και CSEL εξέφρασαν, αντιθέτως, τη βούλησή τους

να μην επιβεβαιώσουν τις προσφορές, λόγω της απρόβλεπτης πολυετούς διάρκειας της διαδικασίας. Ειδικότερα, οι δύο τελευταίες εταιρίες ανέφεραν ότι οι προσφορές δεν ήταν πλέον βιώσιμες από επιχειρηματική άποψη και από την άποψη της χρηστής και συνετής διαχείρισης των επιχειρήσεων.

- 4 Κατά την Consip, οι Gi One και CSEL, μην επιβεβαιώνοντας τις προσφορές, αποσύρθηκαν από την Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων, μεταβάλλοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την αρχική της σύνθεση και υπαναχωρώντας από την Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων. Ως εκ τούτου, τον Οκτώβριο του 2020, η Consip εξέδωσε, κατά της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων στο σύνολό της, απόφαση περί αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό και κατάπτωσης των προσωρινών εγγυήσεων, συνολικού ύψους 2 950 000,00 ευρώ. Το μέτρο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό στηρίχθηκε στο σκεπτικό ότι η υπαναχώρηση των Gi One και CSEL ήταν παράνομη και συνιστούσε καταστρατήγηση.
- 5 Όσον αφορά τον παράνομο χαρακτήρα της υπαναχώρησης, κατά την Consip, η ιταλική νομοθεσία προβλέπει μεν το δικαίωμα του προσφέροντος και, επομένως, εν προκειμένω της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων στο σύνολό της, να αποδεσμευθεί από την προσφορά όταν έχει παρέλθει ορισμένο χρονικό διάστημα από την προκήρυξη του διαγωνισμού, πλην όμως το δικαίωμα αυτό δεν μπορεί να ασκηθεί μόνον από ορισμένες από τις εταιρίες της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων.
- 6 Κατά την Consip, η υπαναχώρηση της Gi One συνιστούσε καταστρατήγηση καθόσον αποσκοπούσε στην αποφυγή των προβλεπόμενων από τον νόμο ελέγχων, δεδομένου ότι ορισμένα από τα πρόσωπα που συνδέονταν με την Gi One είχαν επιδείξει ποινικώς επιλήψιμες συμπεριφορές. Όσον αφορά την υπαναχώρηση της CSEL, η καταστρατήγηση απέρρεε, μεταξύ άλλων, από τη μη συνδρομή των προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι οποίες πρέπει ωστόσο να πληρούνται από τον χρόνο υποβολής της αίτησης συμμετοχής έως την ανάθεση της σύμβασης.

B) Η πρωτοβάθμια και η κατ' έφεση δίκη

- 7 Η εκκαλούσα άσκησε ενώπιον του TAR Lazio προσφυγή κατά της Consip με αίτημα την ακύρωση των προαναφερθέντων μέτρων.
- 8 Με την απόφαση 4505/2021, το TAR Lazio απέρριψε την προσφυγή αυτή με το σκεπτικό ότι: α) δεν είναι δυνατή η επιβεβαίωση της προσφοράς, κατά τη λήξη της, μόνο από ορισμένα μέλη της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων· β) είναι απαράδεκτη η άσκηση του δικαιώματος υπαναχώρησης από Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων εκτός των περιπτώσεων που επιτρέπει η νομολογία, οι οποίες δεν συντρέχουν εν προκειμένω· γ) στην υπό κρίση υπόθεση, η υπαναχώρηση συνιστά καταστρατήγηση, στο μέτρο που αποσκοπεί στην αποφυγή μέτρου αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

- 9 Το TAR Lazio έκρινε επίσης ότι δεν πληρούνταν οι προϋποθέσεις για να τεθεί ζήτημα συνταγματικότητας ή συμβατότητας της ιταλικής νομοθεσίας με το δίκαιο της Ένωσης. Κατά την άποψή του, η οδηγία 2004/18, η οποία ίσχυε κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης, δεν επιβάλλει στον εθνικό νομοθέτη να προβλέψει, σε περιπτώσεις όπως αυτή της υπό κρίση υπόθεσης, τη δυνατότητα μείωσης του αριθμού των επιχειρήσεων που ανήκαν στην αρχική Προσωρινή Κοινοπραξία.
- 10 Η εκκαλούσα άσκησε έφεση κατά της αποφάσεως του TAR Lazio ενώπιον του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας), το οποίο ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία εν αναμονή της αποφάσεως του Corte costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου, Ιταλία) επί των ζητημάτων συνταγματικότητας που έθεσε το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) στο πλαίσιο άλλης διαδικασίας που αφορούσε παρόμοια διαφορά.
- 11 Με την απόφαση 198 του 2022, το Corte costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο) δεν δέχθηκε ότι η κατάπτωση της προσωρινής εγγύησης είχε χαρακτήρα ποινικής κύρωσης διότι αποσκοπεί, κατ' ουσίαν, στη διασφάλιση της τήρησης των κανόνων περί διαγωνισμών, αποκαθιστώντας το θιγόμενο δημόσιο συμφέρον, το οποίο συνίσταται στην αποφυγή της συμμετοχής στον διαγωνισμό ακατάλληλων διαγωνιζομένων ή προσφορών που δεν πληρούν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Κατά το Corte costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο), από το μικρό ύψος της προσωρινής εγγύησης, από την πρόβλεψη εναλλακτικών μορφών σύστασης της εγγύησης (εγγυοδοσία ή προσωπική εγγύηση) και από το σύστημα μειώσεων που θέσπισε ο νομοθέτης, μπορεί να συναχθεί ότι δεν υφίσταται ο ιδιαίτερος σοβαρός χαρακτήρας, ο οποίος είναι αναγκαίος προκειμένου το δυσμενές μέτρο να εξομοιωθεί με κατ' ουσίαν ποινική κύρωση.
- 12 Το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) εκτιμά ότι η απόφαση αυτή του Corte costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου) δεν είναι κρίσιμη για την επίλυση της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιόν του, λαμβανομένου ιδίως υπόψη του γεγονότος ότι, στην υπόθεση της οποίας έχει επιληφθεί, το συνολικό ποσό των εγγυήσεων είναι, αντιθέτως, ιδιαίτερα υψηλό.

Κυριότερα επιχειρήματα των διαδίκων της κύριας δίκης

- 13 Η εκκαλούσα αμφισβητεί τη νομιμότητα του μέτρου κατάπτωσης των προσωρινών εγγυήσεων κατόπιν του αποκλεισμού από τον διαγωνισμό. Το μέτρο αυτό είναι παράνομο, κατά παράγωγο τρόπο, καθόσον είναι παράνομο το μέτρο αποκλεισμού στο οποίο στηρίζεται το μέτρο κατάπτωσης των εγγυήσεων. Αυτό είναι επίσης παράνομο αυτοτελώς, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την ισχύουσα κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών νομοθεσία, η κατάπτωση των εγγυήσεων επιτρέπεται μόνον εφόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις: εάν ο προσφέρων δεν αποδείξει ότι πληροί τις προϋποθέσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και οργανωτικής ικανότητας ή σε περίπτωση μη υπογραφής της σύμβασης «με υπαιτιότητα του αναδόχου».

- 14 Κατά την εκκαλούσα, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, η κατάπτωση της εγγύησης προϋποθέτει την ύπαρξη συμπεριφοράς καταλογιστέας υποκειμενικώς στον οικονομικό φορέα που ευθύνεται για τη μη υπογραφή της σύμβασης ή τη συνέχιση της συμμετοχής του στον διαγωνισμό. Κατά την άποψή της, καμία από τις δύο αυτές περιπτώσεις δεν συντρέχει εν προκειμένω.
- 15 Κατά την εκκαλούσα, η κατάπτωση των εγγυήσεων συνιστά ένα άκρως τιμωρητικό μέτρο επιβολής κυρώσεων ποινικού χαρακτήρα, δεδομένου ότι δεν υφίσταται ο τυπικός σκοπός της κατάπτωσης της εγγύησης, ήτοι η αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, η Consip δεν υπέστη καμία ζημία, δεδομένου ότι η Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό.
- 16 Η αυτόματη κατάπτωση της εγγύησης, που ανέρχεται σε σημαντικό και επαχθές ποσό, συνιστά κύρωση εντελώς αδικαιολόγητη, παράλογη και προδήλως δυσανάλογη προς τη συμπεριφορά της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων και οδηγεί σε ερμηνεία των άρθρων 48 και 75 του Κώδικα συμβάσεων αντίθετη προς τις συνταγματικές και ευρωπαϊκές αρχές και διατάξεις.

Συνοπτική έκθεση του σκεπτικού της απόφασης περί παραπομπής

- 17 Κατά το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας, στο εξής: αιτούν δικαστήριο) πρέπει να εκτιμηθεί κατά πόσο είναι συμβατή με το δίκαιο της Ένωσης η ιταλική νομοθεσία, η οποία οδηγεί στην εξομοίωση της μη επιβεβαίωσης της προσφοράς, κατά τον χρόνο λήξης του δεσμευτικού χαρακτήρα της, εκ μέρους οικονομικού φορέα, με υπαναχώρηση από την Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων. Πρέπει επιπλέον να εξεταστεί το μέτρο αποκλεισμού, το οποίο είναι επίσης κρίσιμο όσον αφορά το επακόλουθο μέτρο κατάπτωσης της εγγύησης.

Επί του μέτρου αποκλεισμού

- 18 Κατά το αιτούν δικαστήριο, σύμφωνα με την ιταλική νομοθεσία, το μέτρο αποκλεισμού αποτελεί πράξη εκ του νόμου υποχρεωτική, αφενός, διότι η μη επιβεβαίωση της προσφοράς από την Gi One, ήτοι η υπαναχώρησή της, παραβιάζει την απαγόρευση μεταβολής της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων και, αφετέρου, διότι η υπαναχώρηση συνιστά, εν προκειμένω, πράξη που καταστρατηγεί τον έλεγχο της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα από δεοντολογικής απόψεως.
- 19 Όσον αφορά την απαγόρευση μεταβολής της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, δυνάμει του άρθρου 37 του Κώδικα συμβάσεων, το δικαίωμα αποδέσμευσης από την προσφορά που υποβλήθηκε στο πλαίσιο διαγωνισμού, μετά τη λήξη της, μπορεί να ασκηθεί μόνο από την υπό σύσταση Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων στο σύνολό της, δεδομένου ότι δεν συντρέχει εν προκειμένω καμία από τις εξαιρέσεις που

επιτρέπονται από τη νομοθεσία και τη νομολογία, οι οποίες επιτρέπουν τη μεταβολή της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων.

- 20 Πράγματι, η Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων συμμετέχει στον διαγωνισμό ως πολυπρόσωπο συμβαλλόμενο μέρος, το οποίο αποτελείται από όλους τους οικονομικούς φορείς που θα τη συστήσουν σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης. Συνεπώς, δεν είναι δυνατό να επιβεβαιωθεί η προσφορά μόνο από δύο μέλη της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων (σε σχέση με τα τέσσερα αρχικά μέλη), λαμβανομένων υπόψη, μεταξύ άλλων, του σκοπού του άρθρου 11, παράγραφος 6, του Κώδικα συμβάσεων και της αρχής του μη μεταβλητού χαρακτήρα της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, η οποία απορρέει από το άρθρο 37, παράγραφος 9, του ίδιου κώδικα και εφαρμόζεται επίσης στην περίπτωση κατά την οποία η Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων δεν έχει ακόμη αποκτήσει νομική προσωπικότητα.
- 21 Σκοπός του άρθρου 11, παράγραφος 6, είναι να παραμείνει αμετάβλητη η προσφορά καθ' όλη την τεκμαιρόμενη διάρκεια του διαγωνισμού. Το άρθρο αυτό αποσκοπεί στην προστασία του προσφέροντος, ο οποίος, μετά τη λήξη της προθεσμίας, μπορεί να αποδεσμευθεί από την προσφορά, ενώ, εάν δεν δηλώσει ότι θεωρεί τον εαυτό του αποδεσμευμένο, η προσφορά δεν παύει να ισχύει. Επομένως, ελλείψει αντίθετης βουλήσεως εκ μέρους όλων των οντοτήτων που απαρτίζουν το πολυπρόσωπο συμβαλλόμενο μέρος, η δέσμευση πρέπει να θεωρείται ότι εξακολουθεί να υφίσταται. Οι διατάξεις του ιταλικού δικαίου παρέχουν επίσης στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να διασφαλίσει τη σοβαρότητα της συμμετοχής στη διαδικασία πρόσκλησης υποβολής προσφορών Προσωρινών Κοινοπραξιών Επιχειρήσεων που δεν έχουν ακόμη αποκτήσει νομική προσωπικότητα, προκειμένου να διασφαλιστεί η πραγματική σύστασή τους μετά την ανάθεση της σύμβασης.
- 22 Όσον αφορά την καταστρατήγηση του ελέγχου αξιοπιστίας, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, σύμφωνα με τη σχετική νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, η υπαναχώρηση μιας από τις επιχειρήσεις δεν επιτρέπεται όταν αποσκοπεί στην καταστρατήγηση της νομοθεσίας και, ιδίως, όταν αποσκοπεί στην παράκαμψη των ελέγχων σχετικά με την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής και την αποφυγή, κατ' αυτόν τον τρόπο, της επιβολής κυρώσεως αποκλεισμού από τον διαγωνισμό λόγω της μη πληρώσεως των προϋποθέσεων αυτών.
- 23 Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι η ιταλική νομοθεσία, όπως έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία, επιβάλλει στα μέλη της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων να εξακολουθήσουν να δεσμεύονται από την υποβληθείσα προσφορά επ' αόριστον, ακόμη και σε περίπτωση πολλαπλών παρατάσεων της περιόδου δεσμευτικότητάς της, όταν πρόκειται για περίπλοκους διαγωνισμούς μεγάλης διάρκειας, με μόνη δυνατότητα τη μη επιβεβαίωση της προσφοράς από όλα τα αρχικά μέλη της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων. Κατά το αιτούν δικαστήριο, είναι αμφίβολο αν η ρύθμιση αυτή συνάδει με την αρχή της επιχειρηματικής ελευθερίας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 16 του Χάρτη της Νίκαιας, ο οποίος κωδικοποιεί τη

νομολογία του Δικαστηρίου και βασίζεται στο άρθρο 119 ΣΛΕΕ, καθώς και με την αρχή της αναλογικότητας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 52 του Χάρτη της Νίκαιας και με τις αρχές της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών που κατοχυρώνονται στη ΣΛΕΕ.

- 24 Η απαγόρευση αποδέσμευσης μεμονωμένου μέλους της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων από την προσφορά, ιδίως όσον αφορά διαγωνισμούς που διαρκούν για σημαντικό χρονικό διάστημα, επί ποινή αποκλεισμού της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων στο σύνολό της, δεν κρίνεται από το αιτούν δικαστήριο μέτρο ανάλογο προς την ανάγκη διασφάλισης της σοβαρότητας της υποβληθείσας προσφοράς, εφόσον και στο μέτρο που οι οικονομικοί φορείς που επιβεβαίωσαν την προσφορά –ακόμη και ελλείψει του φορέα που αποδεσμεύθηκε από την προσφορά– πληρούν όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής.
- 25 Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης και προς την οποία πρέπει να συμμορφώνεται η ανάθεση συμβάσεων που συνάπτονται εντός των κρατών μελών, όπως προκύπτει από την οδηγία 2004/18, τα μέτρα που λαμβάνουν τα κράτη μέλη δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέτρου, όπως επιβεβαιώνεται και από τη νομολογία του Δικαστηρίου.
- 26 Τέλος, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, μετά την εξομοίωση της μη επιβεβαίωσης της προσφοράς από κάθε οικονομικό φορέα που προσχωρεί στην Προσωρινή Κοινοπραξία Επιχειρήσεων και της υπαναχώρησης από αυτή, ο αποκλεισμός καθίσταται εν πάση περιπτώσει υποχρεωτικός από τον νόμο, αν θεωρηθεί ότι καταστρατηγείται ο έλεγχος της αξιοπιστίας του φορέα που υπαναχώρησε από δεοντολογικής απόψεως· αντιθέτως, σε περίπτωση που γίνει δεκτή η μη επιβεβαίωση της προσφοράς του εν λόγω οικονομικού φορέα, κανένας μεταγενέστερος έλεγχος δεν πρέπει να διενεργηθεί επί της επαγγελματικής αξιοπιστίας, δεδομένου ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν μπορεί πλέον να θεωρηθεί ως μέλος της Προσωρινής Κοινοπραξίας Επιχειρήσεων που μετέχει στον διαγωνισμό.

Επί του μέτρου κατάπτωσης της εγγύησης

- 27 Το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) επισημαίνει ότι το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (στο εξής: ΕΔΔΑ) αποφάνθηκε σχετικά με τη φύση, την έκταση και τον δίκαιο χαρακτήρα των χρηματικών κυρώσεων με σκοπό τη συμπερίληψή τους στις λεγόμενες ποινικού χαρακτήρα υποθέσεις [απόφαση της 4ης Μαρτίου 2014, Grande Stevens κ.λπ. κατά Ιταλίας, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, § 99· πρβλ., συναφώς, απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 5ης Ιουνίου 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319)].

- 28 Στο πλαίσιο της νομολογίας του, το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) έχει επισημάνει ότι το ΕΔΔΑ έχει διατυπώσει τα δικά του αυτοτελή κριτήρια για τη διαπίστωση του ποινικού ή μη χαρακτήρα του αδικήματος και της σχετικής κυρώσεως. Ειδικότερα, προσδιορίστηκαν τρία κριτήρια: I) ο νομικός χαρακτηρισμός της αξιόποινης πράξεως σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο, με τη διευκρίνιση ότι δεν είναι δεσμευτικός όταν αποδεικνύεται ότι το μέτρο είναι «εγγενώς ποινικό»· II) η φύση της αξιόποινης πράξεως, όπως αυτή προκύπτει από το πεδίο εφαρμογής της διατάξεως που την προβλέπει και τον επιδιωκόμενο σκοπό· III) ο βαθμός αυστηρότητας της κυρώσεως.
- 29 Κατά το αιτούν δικαστήριο, δεδομένου του ύψους του οικονομικού βάρους που επιβλήθηκε στην εκκαλούσα, η κατάπτωση των προσωρινών εγγυήσεων αποκτά τα χαρακτηριστικά κυρώσεως η οποία πρέπει να θεωρηθεί ότι έχει ποινικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τη νομολογία του ΕΔΔΑ. Στην υπό κρίση υπόθεση, η αυτόματη κατάπτωση των προσωρινών εγγυήσεων συνιστά, πράγματι, πρόδηλη παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας των κυρώσεων.
- 30 Κατ' αρχάς, κρίσιμο είναι το άρθρο 49, παράγραφος 3, του Χάρτη, κατά το οποίο «[η] αυστηρότητα της ποινής δεν πρέπει να είναι δυσανάλογη προς το αδίκημα».
- 31 Εν προκειμένω, διαπιστώνεται πρόδηλη απουσία δίκαιης στάθμισης του δημοσίου συμφέροντος και των θεμελιωδών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται σε ευρωπαϊκό επίπεδο, δεδομένου ότι στην εκκαλούσα επιβλήθηκε σημαντικότερη χρηματική κύρωση δυνάμει ρύθμισης με αυτόματο χαρακτήρα, η οποία, ως τέτοια, στερείται εξ ορισμού αναλογικότητας και δεν περιλαμβάνει οποιαδήποτε κατάλληλη εκτίμηση των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης.
- 32 Επίσης, το άρθρο 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1 της ΕΣΔΑ, όπως και το άρθρο 17 του Χάρτη, έχουν ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αποσκοπούν στη διασφάλιση της αναλογικότητας μεταξύ της προσαπτόμενης συμπεριφοράς και της επιβαλλομένης κυρώσεως.
- 33 Επομένως, είναι προφανές ότι το άρθρο 38, παράγραφος 1, στοιχείο f, και το άρθρο 48 του Κώδικα συμβάσεων αντιβαίνουν στις συνταγματικές και ευρωπαϊκές διατάξεις και αρχές σχετικά με την αναλογικότητα των κυρώσεων, εάν ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι επιτρέπουν την αυτόματη κατάπτωση της προσωρινής εγγύησης μετά τον αποκλεισμό από τον διαγωνισμό.
- 34 Η αντίθεση αυτή καθίσταται ακόμη πιο έκδηλη εάν ληφθεί υπόψη ότι ένα μέτρο όπως το επίμαχο, το οποίο πρέπει να θεωρηθεί ότι έχει χαρακτήρα ποινής, μπορεί να ληφθεί χωρίς να λαμβάνεται υπόψη το υποκειμενικό στοιχείο και, ειδικότερα, η προβλεψιμότητα του αποκλεισμού.