

C-403/23. sz. ügy**Az előzetes döntéshozatal iránti kérelemről a Bíróság eljárási szabályzata
98. cikkének (1) bekezdése alapján készített összefoglalás****A benyújtás napja:**

2023. június 30.

A kérdést előterjesztő bíróság:

Consiglio di Stato (Olaszország)

Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat kelte:

2023. június 16.

Felülvizsgálatot kérelmező fél:

Luxone Srl, saját nevében és az Iren Smart Solutions SpA-val létrehozandó ideiglenes vállalati társulás megbízottjaként eljárva

Ellenérdekű fél:

Consip SpA

Az alapeljárás tárgya

Felülvizsgálati kérelem, amelyet a saját nevében és az Iren Smart Solutions társasággal létrehozandó ideiglenes vállalati társulás megbízottjaként eljáró Luxone társaság (a továbbiakban: felülvizsgálatot kérelmező fél) terjesztett a Consiglio di Stato (államtanács, Olaszország) elé a Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (a továbbiakban: TAR Lazio) azon ítélete ellen, amellyel az elutasította a jelen ügyben felülvizsgálatot kérelmező félnek a Consip S.p.a. által vele szemben meghozott intézkedései ellen benyújtott keresetét. Ezen intézkedések közbeszerzési eljárásból való kizárásra és a felülvizsgálatot kérelmező fél által a közbeszerzési eljárás keretében szolgáltatott ideiglenes biztosítékok beszedésére vonatkoztak.

Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem tárgya és jogalapja

A Consiglio di Stato (államtanács) mint végső fokon eljáró bíróság által az EUMSZ 267. cikk alapján előterjesztett előzetes döntéshozatal iránti kérelem

tárgyát annak megállapítása képezi, hogy összeegyeztethető-e a 2004/18/EK irányelvvel, valamint az arányosság, a vállalkozás szabadsága, a szabad mozgás és a letelepedés szabadsága uniós elveivel az ideiglenes vállalati társulás összetételének módosítására, tagjai egyikének kilépése esetére az ideiglenes vállalati társulásnak a közbeszerzési eljárásból való kizárására és az ajánlattevő kizárásával érintett közbeszerzési eljárás keretében szolgáltatott ideiglenes biztosítékok beszedésére vonatkozó olasz szabályozás.

Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések

A) „Ellentétesek-e a 2004/18/EK irányelvvel, az Európai Unió Alapjogi Chartájának 16. és 52. cikkével, az arányosságnak, a versenynek, a letelepedés és szolgáltatásnyújtás szabadságának az EUMSZ 49., EUMSZ 50., EUMSZ 54. és EUMSZ 56. cikkben foglalt elvével az olyan nemzeti szabályok (a decreto legislativo n. 163 del 2006 [2006. évi 163. sz., felhatalmazáson alapuló törvényerejű rendelet] 11. cikkének 6. bekezdése, 37. cikkének 8., 9., 10., 18. és 19. bekezdése, valamint 38. cikke 1. bekezdésének f) pontja), amelyek a létrehozandó ideiglenes vállalati társulás által eredetileg benyújtott ajánlat érvényességének lejártá esetére kizárják a társulás eredeti tulajdonosi körének az ajánlat érvényessége meghosszabbításakor történő szűkítését; és különösen, összeegyeztethetők-e a gazdasági kezdeményezés szabadsága és a hatékony érvényesülés általános uniós jogi elvével, valamint az Európai Unió Alapjogi Chartájának 16. cikkével az ilyen nemzeti rendelkezések?

B) „Ellentétesek-e a 2004/18/EK irányelvvel, az Európai Unió Alapjogi Chartájának 16., 49., 50. és 52. cikkével, az emberi jogok európai egyezménye (EJEE) 7. sz. kiegészítő jegyzőkönyvének 4. cikkével, az EUSZ 6. cikkel, az arányosságnak, a versenynek, a letelepedés és a szolgáltatásnyújtás szabadságának az EUMSZ 49., EUMSZ 50., EUMSZ 54. és EUMSZ 56. cikkben foglalt elvével az olyan nemzeti szabályok (a decreto legislativo n. 163 del 2006 38. cikke 1. bekezdésének f) pontja, 48. és 75. cikke), amelyek valamely gazdasági szereplőnek egy szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződés odaítélésére vonatkozó eljárásból való kizárása automatikus következményeként az ideiglenes biztosíték beszedésének szankcióját írják elő, függetlenül attól, hogy e gazdasági szereplőnek ítélték-e oda a szerződést?”

A hivatkozott uniós rendelkezések

2004/18/EK irányelv, különösen a (2) preambulumbekkezdés, a 2. cikk és a 4. cikk (2) bekezdése

Az Európai Unió Alapjogi Chartájának (a továbbiakban: Nizzai Charta) 16., 49., 50. és 52. cikke

EUMSZ 49., EUMSZ 50., EUMSZ 54. és EUMSZ 56. cikk

EUSZ 6. cikk

A hivatkozott nemzeti rendelkezések

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 (a 2004/17/EK és 2004/18/EK alkalmazásában az építési beruházásra, a szolgáltatásnyújtásra és az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződéseket szabályozó törvénykönyvről szóló, 2006. évi 163. sz., felhatalmazáson alapuló törvényerejű rendelet; a továbbiakban: Codice dei contratti) tényállás megvalósulása idején hatályos változata:

A 11. cikk 6. bekezdése:

„Minden ajánlattevő csak egy ajánlatot nyújthat be. Az ajánlat a hirdetményben vagy felhívásban megjelölt időszakban vagy – ennek hiányában – a benyújtásának határidejétől számított száznyolcvan napig köti az ajánlattevőket. Az ajánlatkérő kérheti az ajánlattevőktől e határidő meghosszabbítását.”

A 37. cikk 8., 9., 10., 18. és 19. bekezdése:

„8. A 34. cikk 1. bekezdésének d) és e) pontjában meghatározott személyek a létrehozásukat megelőzően is benyújthatnak ajánlatot. Ilyen esetben az ajánlatot az ideiglenes társulások vagy az ajánlattevők rendes társulásait létrehozó valamennyi gazdasági szereplőnek alá kell írnia, és annak tartalmaznia kell, hogy e gazdasági szereplők kötelezettséget vállalnak arra, hogy a közbeszerzési szerződés odaítélése esetén képviseleti joggal járó különös együttes megbízást adnak az egyikük részére [...], aki/amely a szerződést a saját és a megbízók nevében és részéről is megkötí.

9. [...] A 18. és 19. bekezdésben foglalt rendelkezések sérelme nélkül az ideiglenes társulásoknak és az ajánlattevők rendes társulásainak összetétele nem módosítható az ajánlat keretében tett kötelezettségvállalásból következő összetételhez képest.

10. Az előző bekezdésben foglalt tilalmak megszegése az odaítélés megsemmisítését vagy a szerződés semmisségét, illetve a társulásban részt vevő ajánlattevők kizárását vonja maga után [...]

18. Az ajánlatkérő a megbízott csődje vagy – ha a megbízott egyéni vállalkozó – annak halála, cselekvőképességének kizárása, korlátozása vagy a vállalkozó csődje esetén, illetve a szervezett bűnözés elleni szabályozásban meghatározott esetekben a közbeszerzési jogviszonyt az e törvénykönyvben meghatározott módon megbízottként kinevezett másik gazdasági szereplővel folytathatja, ha az rendelkezik a még teljesítendő építési beruházáshoz, szolgáltatásnyújtáshoz vagy árubeszerzéshez megfelelő minősítési kritériumokkal; az ajánlatkérő e feltételek teljesülésének hiányában felmondhatja a közbeszerzési szerződést.

19. A megbízott – amennyiben a megbízók egyikének csődje, vagy ha a megbízó egyéni vállalkozó, annak halála, cselekvőképességének kizárása, korlátozása vagy a vállalkozó csődje esetén, illetve a szervezett bűnözés elleni szabályozásban meghatározott esetekben nem jelöl meg a megbízó helyébe lépő olyan más gazdasági szereplőt, amely rendelkezik az előírt alkalmassági kritériumokkal, köteles közvetlenül vagy a többi megbízó által teljesíteni, feltéve hogy e többi megbízó rendelkezik a még teljesítendő építési beruházáshoz, szolgáltatásnyújtáshoz vagy árubeszerzéshez megfelelő minősítési kritériumokkal.”

A 38. cikk 1. bekezdésének f) pontja:

„1. Az építési beruházásra, a szolgáltatásnyújtásra és az árubeszerzésre irányuló koncessziók és közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásaiban való részvételből ki kell zárni, alvállalkozóként sem vehetnek részt ilyen szerződések odaítélésében, és az ezekre vonatkozó szerződések sem ítéltethők oda azoknak a személyeknek: [...] f) akik, illetve amelyek az ajánlatkérő szerv indokolással ellátott értékelése alapján súlyos hanyagságot vagy rosszhiszeműséget tanúsítottak az olyan szolgáltatások teljesítése során, amelyekkel a közbeszerzési eljárást megindító hirdetményt közzétévő ajánlatkérő szerv őket megbízta, vagy akik, illetve amelyek a szakmai tevékenységük gyakorlása során súlyos hibát követtek el, amelyet az ajánlatkérő szerv bármely módon bizonyítani tud.”

A 48. cikk 1. bekezdése:

„Az ajánlatkérő szerv a benyújtott ajánlatokat tartalmazó borítékok felbontása előtt a benyújtott ajánlatok legalább 10%-ának megfelelő, felfelé kerekített számú, nyilvános sorsolással kiválasztott ajánlattevőt hív fel arra, hogy a felhívás időpontjától számított tíz napon belül az ajánlati felhívásban vagy a meghívólevélben megjelölt dokumentumok benyújtásával igazolják, hogy megfelelnek az ajánlati felhívásban esetlegesen szereplő gazdasági-pénzügyi és műszaki-szervezeti alkalmassági követelményeknek. Az ajánlatkérő szerv az ellenőrzés keretében vizsgálja a munkák elvégzéséhez szükséges minősítési követelmények fennállását [...]. Amennyiben ilyen igazolás nem kerül benyújtásra, vagy ha az ajánlattevő nem erősíti meg a részvételi kérelemben vagy az ajánlatban foglalt nyilatkozatokat, az ajánlatkérő szerv kizárja az ajánlattevőt az ajánlattételi eljárásból, [és] érvényesíti a vonatkozó ideiglenes biztosítékot [...]”

75. cikk:

„1. Az ajánlathoz az ajánlattevő választása szerint a felhívásban vagy a meghívóban feltüntetett alapár két százalékanak megfelelő garanciát kell nyújtania biztosíték vagy kezességvállalás formájában. [...]

6. A garancia a szerződésnek az ajánlattevő hibájából történő meghiúsulására vonatkozik, és a szerződés aláírásával automatikusan felszabadul. [...]

9. Az ajánlatkérő szerv, amikor a szerződés odaítéléséről tájékoztatja a sikertelen ajánlattevőket, egyúttal felszabadítja az 1. bekezdésben említett biztosítékot [...].”

A tényállás és az alapeljárás rövid bemutatása

A) A jogvita ténybeli háttere

- 1 A Consip a 2015. december 21-én közzétett felhívás útján egy 12 részre osztott közbeszerzési eljárást indított világítási szolgáltatás és ahhoz kapcsolódó szolgáltatások nyújtásának odaítélésére. Az egymással társuló Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (a továbbiakban: CSEL), Iren Smart Solutions és Gi One közös ajánlatot nyújtott be az 1., 8., 10. és 11. részre vonatkozóan, és létrehozandó ideiglenes vállalati társulásként befizették az ideiglenes biztosítékokat, valamint kötelezettséget vállaltak arra, hogy a szerződés részükre történő odaítélése esetén ideiglenes vállalati társulást hoznak létre.
- 2 A közbeszerzési eljárásnak 2017. április 18-ig le kellett volna zárulnia, a Consip azonban azt nyolc alkalommal meghosszabbította. Ez azt eredményezte, hogy a közbeszerzési eljárásban részt vevő, fent említett négy társaságnak az ajánlat érvényességi idejének lejártakor több alkalommal is újból meg kellett erősítenie az eredetileg benyújtott ajánlatokat, és meg kellett hosszabbítania az ideiglenes biztosítékokat.
- 3 A Luxone és az Iren Smart Solutions 2020-ban, a Consip megerősítésre vonatkozó hetedik vagy nyolcadik kérése alkalmával közölte, hogy szándéka az eredeti ajánlatok megerősítésére irányul. A Gi One és a CSEL viszont azt közölte, hogy nem áll szándékában megerősíteni az ajánlatát, mivel nem számított arra, hogy az eljárás több évig fog tartani. Ez utóbbi két társaság konkrétan jelezte, hogy az ajánlatok vállalkozási szempontból, valamint a szabályszerű és körütekintő üzletvezetés szempontjából már nem tarthatók fenn.
- 4 A Consip szerint a Gi One és a CSEL az ajánlatok megerősítésének elmulasztásával visszalépett az ideiglenes vállalati társulástól, ezzel pedig módosította annak eredeti összetételét, és ideiglenes vállalati társulásból való kilépést valósított meg. A Consip ezért 2020 októberében az ideiglenes vállalati társulás egészének a közbeszerzési eljárásból való kizárásra vonatkozó intézkedést és az ideiglenes biztosítékok összesen 2 950 000,00 euró összegben történő beszedésére vonatkozó intézkedést hozott. A közbeszerzési eljárásból való kizárásra vonatkozó intézkedés alapját a Gi One és a CSEL kilépésének jogellenessége és előírásokat kijátszó jellege képezte.
- 5 Ami a kilépés jogellenességét illeti, a Consip álláspontja szerint igaz, hogy az olasz szabályozás értelmében az ajánlattevő, tehát a jelen ügyben az ideiglenes vállalati társulás egésze a közbeszerzési eljárás megindításától számított meghatározott idő elteltével jogosult visszalépni az ajánlattól, ezt a jogot azonban

az ideiglenes vállalati társulásban részt vevő egyes társaságok nem gyakorolhatják.

- 6 Ami a kilépés előírásokat kijátszó jellegét illeti, a Consip álláspontja szerint a Gi One kilépése a jogszabályokban előírt ellenőrzések kijátszását szolgálta, mivel a Gi One-hoz kapcsolódó egyes személyek büntetőjogi szempontból releváns magatartásokat valósítottak meg. Ami a CSEL kilépését illeti, az előírásokat kijátszó jelleg különösen abból ered, hogy a CSEL nem teljesítette a közbeszerzési eljárásban való részvételhez szükséges feltételeket, amelyeknek viszont a részvételi kérelem benyújtásának pillanatától kezdve egészen az odaítélésig meg kell felelni.

B) Az elsőfokú eljárás és a felülvizsgálati eljárás

- 7 A felülvizsgálatot kérelmező fél keresetet terjesztett a TAR Lazio elé, amellyel megtámadta a Consip által elfogadott fenti intézkedéseket.
- 8 A TAR Lazio a 4505/2021. sz. ítélettel elutasította e keresetet azon okból, hogy: a) az ajánlatot a lejáratkor nem erősítheti meg az ideiglenes vállalati társulásnak csak egyes tagjai; b) az ideiglenes vállalati társulásból való kilépés jogának az ítélezési gyakorlatban elfogadott, a jelen ügyben fenn nem álló eseteken kívüli gyakorlása elfogadhatatlan; c) a vizsgálat tárgyát képező ügyben történő kilépés az előírások kijátszására irányul, mivel célja a közbeszerzési eljárásból való kizárásra vonatkozó intézkedés elkerülése.
- 9 Ezenfelül a TAR Lazio úgy ítélte meg, hogy nem teljesülnek az olasz szabályozás alkotmányosságára vagy az uniós joggal való összeegyeztethetőségére vonatkozó kérdés előterjesztésének feltételei. Álláspontja szerint ugyanis a tényállás megvalósulásának időpontjában hatályos 2004/18 irányelv nem írja elő a nemzeti jogalkotó számára, hogy a jelen ügyben fennállóhoz hasonló helyzetben lehetővé tegye az eredeti ideiglenes vállalati társulásban részt vevő vállalkozások számának csökkentését.
- 10 A felülvizsgálatot kérelmező fél felülvizsgálati kérelmet nyújtott be a TAR Lazio ítélete ellen a Consiglio di Statohoz (államtanács), amely felfüggesztette az eljárást a Corte costituzionalénak (alkotmánybíróság, Olaszország) a Consiglio di Stato (államtanács) által egy másik, hasonló jogvitát érintő eljárásban felvetett alkotmányossági kérdések tárgyában való határozathozataláig.
- 11 A Corte costituzionale (alkotmánybíróság) a 2022. évi 198. sz. ítéletében kizárta az ideiglenes biztosíték beszédésének büntető szankció jellegét, mivel a biztosíték alapvetően a közbeszerzési eljárási szabályok betartásának biztosítására, a megsértett közérdek helyreállítására, vagyis arra irányul, hogy el lehessen kerülni az alkalmatlan ajánlattevők vagy a szükséges követelményeknek meg nem felelő ajánlatok közbeszerzési eljárásban való részvételét. A Corte costituzionale (alkotmánybíróság) szerint az ideiglenes garancia alacsony összegéből, a biztosítéknyújtás alternatív formáinak (biztosíték vagy kezességvállalás)

előírásából és a jogalkotó által előírt kedvezményrendszerből arra lehet következtetni, hogy az nem olyan különösen jelentős mértékű, amely szükséges ahhoz, hogy a hátrányos intézkedést anyagi jogi szempontból büntetőjogi szankcióhoz lehessen hasonlítani.

- 12 A Consiglio di Stato (államtanács) úgy ítéli meg, hogy a Corte costituzionale (alkotmánybíróság) ezen ítélete nem döntő az előtte folyamatban lévő jogvita elbírálása szempontjából, különös tekintettel arra, hogy az előtte folyamatban lévő ügyben a biztosítékok teljes összege igen jelentős.

Az alapeljárásban részt vevő felek főbb érvei

- 13 A felülvizsgálatot kérelmező fél vitatja az ideiglenes biztosítékoknak a közbeszerzési eljárásból való kizárást követő beszedésére vonatkozó intézkedés jogszerűségét. A beszedésre vonatkozó intézkedés származékos módon jogellenes az alapját képező, a kizárásra vonatkozó intézkedés jogellenessége miatt. Ezen intézkedés önállóan is jogellenes, mivel a tényállás megvalósulásának idején hatályos szabályozás értelmében a beszedés kizárólag két előfeltétel teljesülése esetén valósulhat meg, vagyis ha az ajánlattevő nem bizonyítja a gazdasági-pénzügyi és műszaki-szervezési alkalmassági követelmények teljesítését vagy a szerződés aláírásának „az ajánlattevő hibájából történő” megghiúsulása esetében.
- 14 A felülvizsgálatot kérelmező fél szerint a biztosíték beszedésének mindkét esetben előfeltételét képezi a szubjektív módon a szerződés megkötését elmulasztó vagy a közbeszerzési eljárásban továbbra is részt vevő gazdasági szereplőnek tulajdonítható magatartás. Álláspontja szerint a jelen ügyben ezek egyike sem valósul meg.
- 15 A felülvizsgálatot kérelmező fél szerint a biztosítékok beszedése erősen szankcionáló és büntető jellegű intézkedésnek minősül, mivel nem áll fenn a biztosíték beszedésének tipikus célja, azaz az ajánlatkérő szervnek okozott kár megtérítése. A jelen ügyben a Consipet nem érte kár, mivel az ideiglenes vállalati társulást kizárták a közbeszerzési eljárásból.
- 16 A biztosítékoknak egy jelentős és terhes összegben történő automatikus beszedése teljesen indokolatlan és észszerőtlen szankció, és nyilvánvalóan aránytalan az ideiglenes vállalati társulás magatartásához képest, és a Codice dei contratti 48. és 75. cikkének az alkotmányos és uniós elvekkel, valamint rendelkezésekkel ellentétes értelmezéséhez vezet.

Az előzetes döntéshozatalra utalás indokainak rövid bemutatása

- 17 A Consiglio di Stato (államtanács; a továbbiakban úgy is mint: kérdést előterjesztő bíróság) szerint azt kell értékelni, hogy összeegyeztethető-e az uniós szabályozással az olyan nemzeti szabályozás, amely azt eredményezi, hogy az

ideiglenes vállalati társulásból való kilépéssel egy tekintet alá esik az, ha egy gazdasági szereplő nem erősíti meg ajánlatát érvényességének lejártakor. A kizárásra vonatkozó intézkedést is meg kell vizsgálni, amely a biztosíték kizárásból eredő beszédésére vonatkozó intézkedéssel összefüggésben is relevanciával bír.

A kizárásra vonatkozó intézkedésről

- 18 A kérdést előterjesztő bíróság szerint a kizárásra vonatkozó intézkedés az olasz szabályozás értelmében jogszabály által előírt aktusnak minősül, mivel egyrészt az ajánlat megerősítésének a Gi One általi elmulasztása vagy a Gi One kilépése sérti az ideiglenes vállalati társulás módosításának tilalmát, másrészt a jelen ügyben a kilépés a gazdasági szereplő erkölcsi megbízhatósága ellenőrzésének kijátszását szolgáló cselekménynek minősül.
- 19 A kérdést előterjesztő bíróság az ideiglenes vállalati társulás módosításának tilalmát illetően kiemeli, hogy a Codice dei contratti 37. cikke értelmében a közbeszerzési eljárásban benyújtott ajánlattól való visszalépéshez való jogot a lejártkor kizárólag a létrehozandó ideiglenes vállalati társulás egésze gyakorolhatja, mivel a jelen ügyben nem valósul meg a jogszabályok és az ítélkezési gyakorlat által elfogadott egyetlen olyan kivétel sem, amely lehetővé tenné az ideiglenes vállalati társulás módosítását.
- 20 Az ideiglenes vállalati társulás ugyanis az odaítélés esetén azt létrehozó valamennyi gazdasági szereplőből álló többszereplős félként vesz részt a közbeszerzési eljárásban. Különösen a Codice dei contratti 11. cikke 6. bekezdésének céljára és az ideiglenes vállalati társulás közbeszerzési eljárás során történő módosítása – a Codice dei contratti 37. cikkének 9. bekezdéséből következő és a még hivatalosan létre nem hozott ideiglenes vállalati társulás esetében is alkalmazandó – tilalmának elvére figyelemmel tehát az ajánlatot nem erősítheti meg az ideiglenes vállalati társulásnak (az eredeti négy taghoz képest) csak két tagja.
- 21 A 11. cikk 6. bekezdésének célja, hogy az ajánlatot változatlan tartalommal tartsa fenn a közbeszerzési eljárás feltételezhető időtartamának egésze alatt. E cikk az ajánlattevőt kívánja védeni, aki/amely az érvényességi idő lejártakor visszaléphet az ajánlattól, ha viszont kifejezetten nem lép vissza attól, az ajánlat továbbra is érvényes marad. A többszereplős felet alkotó valamennyi személy által kifejezett ellentétes szándék hiányában ezért úgy kell tekinteni, hogy az ajánlat továbbra is kötelező érvényű. Ezenkívül, az olasz szabályozásban foglalt rendelkezések a hivatalosan még létre nem hozott ideiglenes vállalati társulások közbeszerzési eljárásban való részvétele komolyságának az ajánlatkérő szerv felé történő garántálását teszik lehetővé, ezáltal annak biztosítását, hogy e társulások ténylegesen létrejöjjenek az odaítélést követően.
- 22 A kérdést előterjesztő bíróság a megbízhatósági ellenőrzés kijátszását illetően kiemeli, hogy a releváns közigazgatási ítélkezési gyakorlat alapján elfogadhatatlan

a vállalkozások egyikének kilépése, ha az a jogi szabályozás kijátszására, különösen pedig a részvételi feltételek teljesítésével kapcsolatos ellenőrzések elkerülésére, és így módon a közbeszerzési eljárásból a szóban forgó feltételek teljesítése hiányában történő kizárás szankciójának elkerülésére irányul.

- 23 A fenti megfontolások tükrében a kérdést előterjesztő bíróság rámutat arra, hogy az ítélkezési gyakorlatban értelmezett olasz szabályozás arra kényszeríti az ideiglenes vállalati társulás tagjait, hogy hosszan tartó, összetett közbeszerzési eljárásokban abban az esetben is határozatlan ideig maradjanak kötve a benyújtott ajánlathoz, ha annak érvényessége már több alkalommal lejárt, és az ideiglenes vállalati társulás eredeti tagjai kizárólag együttesen tagadhatják meg az ajánlat megerősítését. A kérdést előterjesztő bíróság szerint kétséges, hogy e szabályozás összeegyeztethető-e a vállalkozás szabadságának a Nizzai Chartának 16. cikkében meghatározott elvével, amely rendelkezés a Bíróság ítélkezési gyakorlatát kodifikálja és az EUMSZ 119. cikkben alapul, valamint az arányosságnak a Nizzai Charta 52. cikkében előírt elvével és az arányosságnak, a versenynek, a letelepedés szabadságának és a szabad szolgáltatásnyújtásnak az EUM-Szerződésben foglalt elvével.
- 24 A kérdést előterjesztő bíróság szerint az ideiglenes vállalati társulás egyetlen tagja az ajánlattól való, elsősorban a jelentős ideig elhúzódó közbeszerzési eljárások keretében történő és az ideiglenes vállalati társulás egészének kizárásával szankcionált visszalépésének tilalma nem tűnik arányos intézkedésnek a benyújtott ajánlat komolysága biztosításának igényéhez viszonyítva, ha és amennyiben az ajánlatot megerősítő gazdasági szereplők önmagukban, az ajánlattól visszalépő gazdasági szereplő nélkül is teljesítik az összes részvételi felvételt.
- 25 Az arányosság elvének megfelelően, amely elv általános uniós jogelvnek minősül, és amelynek a 2004/18 irányelvől következően a tagállamokban megkötött közbeszerzési szerződések odaítélés meg kell, hogy feleljen, a tagállamok által elfogadott intézkedések nem haladhatják meg az e cél eléréséhez szükséges mértéket, amint azt a Bíróság is megerősítette ítélkezési gyakorlatában.
- 26 A kérdést előterjesztő bíróság végül rámutat arra, hogy ha az ajánlat megerősítésének egy ideiglenes vállalati társuláshoz csatlakozó egyetlen gazdasági szereplő általi elmulasztását egy tekintet alá veszik az ideiglenes vállalati társulásból való kilépéssel, a kizárás mindenesetre a jogszabály erejénél fogva kötelezővé válik, ha úgy ítélik meg, hogy az a kilépő gazdasági szereplő erkölcsi megbízhatósága ellenőrzésének kijátszására irányul; amennyiben viszont e gazdasági szereplő mellőzheti az ajánlat megerősítését, az említett szakmai megbízhatóságot később nem kell ellenőrizni, mivel a szóban forgó gazdasági szereplő már nem tekinthető a közbeszerzési eljárásban részt vevő ideiglenes vállalati társulás tagjának.

A biztosíték beszedésére vonatkozó intézkedésről

- 27 A Consiglio di Stato (államtanács) rámutat arra, hogy az Emberi Jogok Európai Bírósága (a továbbiakban: EJEB) már nyilatkozott a pénzbírság természetéről, mértékéről és méltányosságáról, úgymond a büntetőjogba való illeszkedése szempontjából (2014. március 4-i Grande Stevens és társai kontra Olaszország ítélet, 99. §; ebben az értelemben lásd még: az Európai Unió Bíróságának 2012. június 5-i ítélete, C-489/10).
- 28 A Consiglio di Stato (államtanács) ítélkezési gyakorlata keretében rámutatott arra, hogy az EJEB saját, független kritériumokat dolgozott ki a jogsértés büntető jellegének vagy annak hiányának és az arra vonatkozó szankciónak a megállapítására. Különösen három kritériumot állapított meg: I) a jogsértés nemzeti jog szerinti minősítése, azzal, hogy az nem kötelező, ha az intézkedés „eredendően büntetőjogi” jellegét állapítják meg; II) a jogsértés jellege, amely az azt előíró rendelkezés hatályából és az elérni kívánt célból következik; III) a jogsértésre alkalmazott szankció intenzitása és súlya.
- 29 A kérdést előterjesztő bíróság szerint a felülvizsgálatot kérelmező félre kiszabott vagyoni veszteség mértéke miatt az ideiglenes biztosítékok beszedése olyan szankciónak minősül, amelyet az EJEB ítélkezési gyakorlata alapján büntető jellegűnek kell elismerni. A jelen ügyben az ideiglenes garanciák automatikus beszedése ugyanis egyértelműen sérti a szankciók arányosságának elvét.
- 30 Mindenekelőtt a Nizzai Charta 49. cikkének (3) bekezdése bír relevanciával, amelynek értelmében „a büntetések súlyossága nem lehet aránytalan a bűncselekményhez mérten”.
- 31 A jelen ügyben egyértelműen hiányzik a közérdek és az uniós szinten garantált alapvető jogok közötti megfelelő egyensúly, mivel a felülvizsgálatot kérelmező féllel szemben igen jelentős mértékű pénzbírságot szabtak ki egy olyan automatizmus alapján, amely eleve nem arányos, és az eset körülményeinek megfelelő értékelésére sem került sor.
- 32 Az EJEE 1. sz. kiegészítő jegyzőkönyvének 1. cikkét, valamint a Nizzai Charta 17. cikkét is úgy értelmezték, hogy az a tanúsított magatartás és a kiszabott szankció közötti arányosság tiszteletben tartását hivatott biztosítani.
- 33 Nyilvánvaló tehát, hogy a Codice dei contratti 38. cikke 1. bekezdésének f) pontja és 48. cikke ellentétes lenne a szankciók arányosságára vonatkozó alkotmányos és uniós szabályokkal és elvekkel, ha ezeket a cikkeket úgy értelmeznék, hogy azok lehetővé teszik az ideiglenes biztosíték automatikus beszedését a közbeszerzési eljárásból való kizárást követően.
- 34 Ez az ellentét még nyilvánvalóbb lenne, ha úgy ítélnék meg, hogy a szóban forgóhoz hasonló, szankcionáló jellegűként elismerendő intézkedés a szubjektív elem és különösen a kizárás előreláthatóságának figyelembevétele nélkül is elfogadható.