

Byla C-403/23

Prašymo priimti prejudicinį sprendimą santrauka pagal Teisingumo Teismo procedūros reglamento 98 straipsnio 1 dalį

Gavimo data:

2023 m. birželio 30 d.

Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas:

Consiglio di Stato (Italija)

Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą priėmimo data:

2023 m. birželio 16 d.

Apeliantė:

Luxone Srl, veikianti savo vardu ir kaip su *Iren Smart Solutions SpA* steigiamos laikinosios įmonių grupės įgaliotinė

Kita apeliacinio proceso šalis:

Consip SpA

Pagrindinės bylos dalykas

Bendrovės *Luxone*, veikiančios savo vardu ir kaip su bendrove *Iren Smart Solutions* steigiamos laikinosios įmonių grupės įgaliotinė (toliau – apeliantė), *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) pateiktas apeliacinis skundas dėl *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* (Lacijaus regiono administracinis teismas, Italija; toliau – *TAR Lazio*) sprendimo, juo pastarasis teismas atmetė šios apeliantės skundą dėl priemonių, kurias jai pritaikė *Consip S.p.a.* Šiomis priemonėmis buvo numatyta pašalinti [apeliantę] iš konkurso procedūros ir išieškoti laikinuosius užstatus, kuriuos apeliantė sumokėjo vykstant konkurso procedūrai.

Prašymo priimti prejudicinį sprendimą dalykas ir teisinis pagrindas

Consiglio di Stato, kaip aukščiausios instancijos teismo, pagal SESV 267 straipsnį pateiktu prašymu priimti prejudicinį sprendimą siekiama nustatyti, ar Italijos teisės aktai dėl laikinosios įmonių grupės sudėties pakeitimo, laikinosios įmonių

grupės pašalinimo iš konkurso procedūros pasitraukus vienam iš jos narių ir laikinųjų užstatų, sumokėtų vykstant konkurso procedūrai, iš kurios konkurso dalyvis buvo pašalintas, išieškojimo atitinka Direktyvą 2004/18/EB ir ES proporcingumo, laisvės užsiimti verslu, laisvo judėjimo ir įsisteigimo laisvės principus.

Prejudiciniai klausimai

A. Ar pagal Direktyvą 2004/18/EB, Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 16 ir 52 straipsnius, SESV 49, 50, 54 ir 56 straipsniuose įtvirtintus proporcingumo, konkurencijos, įsisteigimo laisvės ir laisvės teikti paslaugas principus draudžiamos tokios nacionalinės teisės normos (2006 m. Įstatyminio dekreto [Nr.] 163 11 straipsnio 6 dalis, 37 straipsnio 8, 9, 10, 18 ir 19 dalys ir 38 straipsnio 1 dalies f punktas), pagal kurias, pasibaigus steigiamos laikinosios įmonių grupės iš pradžių pateikto pasiūlymo galiojimo terminui, draudžiama, šio pasiūlymo galiojimo terminą pratęsus, mažinti grupės pradinę sudėtį? Visų pirma, ar šios nacionalinės nuostatos atitinka bendruosius Sąjungos teisės verslo laisvės ir veiksmingumo principus ir Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 16 straipsnį?

B. Ar pagal Direktyvą 2004/18/EB, Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 16, 49, 50 ir 52 straipsnius, Europos žmogaus teisių konvencijos (EŽTK) protokolo Nr. 7 4 straipsnį, ESS 6 straipsnį ir SESV 49, 50, 54 ir 56 straipsniuose įtvirtintus proporcingumo, konkurencijos, įsisteigimo laisvės ir laisvės teikti paslaugas principus draudžiamos tokios nacionalinės teisės normos (2006 m. Įstatyminio dekreto Nr. 163 38 straipsnio 1 dalies f punktas, 48 ir 75 straipsniai), pagal kurias numatyta taikyti sankciją – laikinojo užstato nusavinimą – kaip automatinę ekonominės veiklos vykdytojo pašalinimo iš viešojo paslaugų pirkimo sutarties sudarymo procedūros pasekmę, taip pat neatsižvelgiant į aplinkybę, ar su tuo ekonominės veiklos vykdytoju buvo sudaryta viešojo pirkimo sutartis?

Nurodytos Sąjungos teisės nuostatos

Direktyva 2004/18/EB, visų pirma jos 2 konstatuojamoji dalis, 2 straipsnis ir 4 straipsnio 2 dalis.

Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos (toliau – Nicos chartija) 16, 49, 50 ir 52 straipsniai.

SESV 49, 50, 54 ir 56 straipsniai.

ESS 6 straipsnis.

Nurodytos nacionalinės teisės nuostatos

Klostantis faktinėms aplinkybėms galiojusios redakcijos *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* (2006 m. Įstatyminis dekretas Nr. 163 dėl Viešojo darbų, paslaugų ir prekių pirkimo sutarčių sudarymo įgyvendinant direktyvas 2004/17/EB ir 2004/18/EB kodekso; toliau – Sutarčių kodeksas):

11 straipsnio 6 dalis:

„Kiekvienas konkurso dalyvis gali pateikti ne daugiau kaip vieną pasiūlymą. Pasiūlymas galioja skelbime apie pirkimą arba kvietime dalyvauti konkurse nurodytą laikotarpį, o jeigu jis nenurodytas – 180 dienų nuo jo pateikimo termino pabaigos. Perkančioji organizacija gali prašyti konkurso dalyvių šį terminą atidėti“.

37 straipsnio 8, 9, 10, 18 ir 19 dalys:

„8. Pasiūlymus gali teikti 34 straipsnio 1 dalies d ir e punktuose nurodyti subjektai, net jei jie dar nėra įsteigti. Tokiu atveju pasiūlymą turi pasirašyti visi ekonominės veiklos vykdytojai, kurie steigs laikinąsias grupes arba įprastus dalyvių konsorciumus, ir jame turi būti įsipareigojimas, kad sutarties sudarymo atveju šie ekonominės veiklos vykdytojai suteiks specialų kolektyvinį įgaliojimą atstovauti vienam iš jų <...>, kuris sudarys sutartį savo ir įgaliotojų vardu ir interesais.

9. <...> Nepažeidžiant 18 ir 19 dalių nuostatų, draudžiama keisti laikinųjų grupių ir įprastų dalyvių konsorciumų sudėtį, palyginti su ta, kuri buvo nurodyta pasiūlyme pateiktame įsipareigojime.

10. Nesilaikant pirmesnėje dalyje nurodytų draudimų, sprendimas sudaryti sutartį panaikinamas arba sutartis pripažįstama negaliojančia ir iš konkurso pašalinami į grupę susibūrę konkurso dalyviai. <...>

18. Įgaliotiniui bankrutavus arba, jei tai yra individualus verslininkas, jam mirus, tapus neveiksniam, ribotai veiksniam arba bankrutavus, taip pat kovos su mafija teisės aktuose numatytais atvejais perkančioji organizacija gali tęsti viešojo pirkimo santykius su kitu ekonominės veiklos vykdytoju, kuris buvo paskirtas įgaliotiniu šiame kodekse nustatyta tvarka, jeigu jis atitinka reikiams atlikti darbams, teikti paslaugomis ar tiekti prekėmis keliamus kvalifikacijos reikalavimus; jeigu šios sąlygos nėra įvykdytos, perkančioji organizacija gali nutraukti sutartį.

19. Vienam iš įgaliotojų bankrutavus arba, jei tai yra individualus verslininkas, jam mirus, tapus neveiksniam, ribotai veiksniam arba bankrutavus, taip pat kovos su mafija teisės aktuose numatytais atvejais įgaliotinis, jeigu jis nenurodo kito jo įsipareigojimus perimančio ekonominės veiklos vykdytojo, kuris atitinka

nustatytus tinkamumo reikalavimus, turi vykdyti sutartį tiesiogiai arba pasitelkdamas kitus įgaliotojus, jeigu jie atitinka reikiams atlikti darbams, teikti paslaugomis ar tiekti prekėmis keliamus kvalifikacijos reikalavimus.“

38 straipsnio 1 dalies f punktas:

„1. Koncesijų suteikimo ir viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo procedūrose visiškai neleidžiama dalyvauti ar dalyvauti kaip subrangovams ir sudaryti su tuo susijusias sutartis asmenims: <...> f) kurie, motyvuotu perkančiosios organizacijos vertinimu, skelbimą apie pirkimą paskelbusios perkančiosios organizacijos pagal sutartį pavestas paslaugas teikė labai aplaidžiai arba nesąžiningai; arba vykdydami profesinę veiklą padarė rimtą klaidą, kurią bet kokiomis įrodinėjimo priemonėmis nustato perkančioji organizacija.“

48 straipsnio 1 dalis:

„Prieš atplėšdamos vokus su pateiktais pasiūlymais perkančiosios organizacijos paprašo viešo burtų traukimo būdu atrinktų ne mažiau kaip 10 % pasiūlymų pateikusių konkurso dalyvių, jų skaičių suapvalinant iki kito didesnio skaičiaus, per 10 dienų nuo šio prašymo dienos įrodyti, kad jie atitinka skelbime apie pirkimą nustatytus ekonominio, finansinio ir techninio (organizacinio) pajėgumo reikalavimus, jei tokie reikalavimai nustatomi, pateikiant tame skelbime arba kvietime nurodytus dokumentus. Tikrindamos dokumentus perkančiosios organizacijos įsitikina, ar jie atitinka kvalifikacijos reikalavimus darbams atlikti <...>. Jei toks įrodymas nepateikiamas arba juo nepatvirtinami prašyme dalyvauti konkurse ar pasiūlyme pateikti pareiškimai, perkančiosios organizacijos pašalina konkurso dalyvį iš konkurso [ir] išieško atitinkamą laikinąjį užstatą <...>.“

75 straipsnis:

„1. Prie pasiūlymo pridedama garantija, lygi 2 % skelbime apie pirkimą arba kvietime dalyvauti konkurse nurodytos bazinės kainos, kuri konkurso dalyvio pasirinkimu suteikiama kaip užstatas arba laidavimas. <...>

6. Garantija apima sutarties nepasirašymo dėl rangovo kaltės atvejį ir automatiškai panaikinama šios sutarties pasirašymo momentu. <...>

9. Perkančioji organizacija dokumente, kuriuo praneša apie sutarties skyrimą konkurso nelaimėjusiems dalyviams, tuo pačiu sugrąžina jiems 1 dalyje nurodytą garantiją <...>.“

Glaustas faktinių aplinkybių ir proceso pagrindinėje byloje aprašymas

A. Ginčo aplinkybės

- 1 2015 m. gruodžio 21 d. paskelbusi skelbimą apie pirkimą, *Consip* surengė viešojo pirkimo procedūrą, kuri buvo padalinta į 12 pirkimo dalių, dėl *Servizio Luce* prekių tiekimo ir susijusių paslaugų teikimo. Susibūrusios *Luxone*, *Consorzio Stabile Energie Locali* (toliau – CSEL), *Iren Smart Solutions* ir *Gi One* kartu pateikė savo pasiūlymą dėl 1, 8, 10 ir 11 pirkimo dalių ir sumokėjo atitinkamus laikinuosius užstatus kaip steigiamą laikinoji įmonių grupė, įsipareigodamos įsteigti laikinąją įmonių grupę sutarties sudarymo atveju.
- 2 Viešojo pirkimo procedūra turėjo būti baigta iki 2017 m. balandžio 18 d., tačiau *Consip* ją aštuonis kartus pratęsė. Dėl to minėtoms keturioms konkurse dalyvavusioms bendrovėms, pasibaigus pasiūlymo galiojimo terminui, reikėjo kelis kartus iš naujo patvirtinti iš pradžių pateiktus pasiūlymus ir pratęsti laikinąsias garantijas.
- 3 2020 m., kai *Consip* pateikė septintąjį ir aštuntąjį patvirtinimo prašymus, *Luxone* ir *Iren Smart Solutions* pranešė norinčios patvirtinti pradinius pasiūlymus. *Gi One* ir CSEL, atvirkščiai, pareiškė nenorinčios patvirtinti pasiūlymų dėl nenumatytos daugiametės procedūros trukmės. Visų pirma dvi pastarosios bendrovės nurodė, kad pasiūlymai nebebuvo tvarūs verslo ir tinkamo bei apdairaus verslo valdymo požiūriais.
- 4 Pasak *Consip*, nepatvirtinusios pasiūlymų, *Gi One* ir CSEL atsiskyrė nuo laikinosios įmonių grupės, taip pakeisdamos pradinę jos sudėtį ir pasitraukdamos iš laikinosios įmonių grupės. Taigi 2020 m. spalio mėn. *Consip* visai laikinajai įmonių grupei pritaikė priemonę pašalinti ją iš konkurso ir priemonę išieškoti laikinuosius užstatus – iš viso 2 950 000 mln. EUR. Pašalinimo iš konkurso priemonė buvo grindžiama *Gi One* ir CSEL pasitraukimo neteisėtumu ir vengimu laikytis reikalavimų.
- 5 Dėl pasitraukimo neteisėtumo, pasak *Consip*, tiesa, kad Italijos teisės aktuose numatyta, jog konkurso dalyvis (taigi nagrinėjamu atveju visa laikinoji įmonių grupė) turi teisę atsisakyti pasiūlymo praėjus tam tikram laikotarpiui nuo konkurso paskelbimo, tačiau šia teise negali pasinaudoti tik kai kurios laikinajai įmonių grupei priklausančios bendrovės.
- 6 Dėl su pasitraukimu siejamo vengimu laikytis reikalavimų, pasak *Consip*, *Gi One* pasitraukimu buvo siekiama išvengti įstatyme numatyto tikrinimo, nes kai kurie su *Gi One* susiję asmenys buvo įsitraukę į nusikalstamą veiklą. Kalbant apie CSEL pasitraukimą, vengimas laikytis reikalavimų visų pirma buvo susijęs su tuo, kad ji neatitiko dalyvavimo konkurse reikalavimų, kuriuos būtina atitikti nuo paraiškos dalyvauti konkurse pateikimo momento iki sutarties sudarymo.

B. Procesas pirmojoje ir apeliacinėje instancijose

- 7 Apeliantė pateikė *TAR Lazio* skundą, juo ginčijo minėtas *Consip* pritaikytas priemonės.
- 8 Sprendimu Nr. 4505/2021 *TAR Lazio* atmetė šį skundą, remdamasis: a) tuo, kad neįmanoma, jog pasiūlymo galiojimo pabaigos dieną jį patvirtintų tik kai kurie laikinosios įmonių grupės nariai; b) teisės pasitraukti iš laikinosios įmonių grupės kitais nei jurisprudencijoje numatytais atvejais, kurie nagrinėjamu atveju netaikytini, pasinaudojimo nepriimtiniu; c) nagrinėjamu atveju pasireiškusi su pasitraukimu susijusiu vengimu laikytis reikalavimų, kuriuo siekta išvengti pašalinimo iš konkurso priemonės taikymo.
- 9 *TAR Lazio* taip pat nusprendė, kad nėra pagrindo kelti Italijos teisės aktų konstitucingumo ar atitikties Sąjungos teisei klausimo. Šio teismo nuomone, pagal klostantis faktinėms aplinkybėms galiojusią Direktyvą 2004/18 nereikalaujama, kad nacionalinės teisės aktų leidėjas tokioje situacijoje, kokia susiklostė nagrinėjamoje byloje, numatytą galimybę sumažinti įmonių, kurios priklauso pradinei laikinajai įmonių grupei, skaičių.
- 10 Apeliantė apskundė *TAR Lazio* sprendimą *Consiglio di Stato*; ji sustabdė bylos nagrinėjimą, kol *Corte costituzionale* (Konstitucinis Teismas, Italija) priims sprendimą dėl konstitucingumo klausimų, kuriuos *Consiglio di Stato* iškėlė kitoje byloje, susijusioje su panašiu ginču.
- 11 2022 m. Sprendimu Nr. 198 *Corte costituzionale* atmetė galimybę, kad laikinojo užstato išieškojimas yra baudžiamoji sankcija, motyvuodamas tuo, kad juo iš esmės siekiama užtikrinti konkurso taisyklių laikymąsi atkuriant pažeistą viešąjį interesą, t. y. išvengti netinkamų konkurso dalyvių arba reikalaujamų kriterijų neatitinkančių pasiūlymų dalyvavimo konkurse. *Corte costituzionale* teigimu, atsižvelgiant į laikinosios garantijos nedidelę sumą, alternatyvias garantijos pateikimo formas (užstatas arba laidavimas) ir teisės aktų leidėjo numatytą sumažinimų sistemą, galima daryti išvadą, kad [pažeidimas] nėra ypač sunkaus pobūdžio, kuris būtinas, kad žalą sukelianti priemonė galėtų būti prilyginta iš esmės baudžiamajai sankcijai.
- 12 *Consiglio di Stato* mano, kad šis *Corte costituzionale* sprendimas nėra lemiamas sprendimui jos nagrinėjamoje byloje priimti, taip pat atsižvelgdama į tai, kad jos nagrinėjamoje byloje bendra užstatų suma yra labai didelė.

Svarbiausi pagrindinės bylos šalių argumentai

- 13 Apeliantė ginčija priemonės išieškoti laikinuosius užstatus po pašalinimo iš konkurso teisėtumą. Ši priemonė (kaip išvestinė) yra neteisėta, nes neteisėta yra pati pašalinimo iš konkurso priemonė, kuria grindžiama išieškojimo priemonė. Be to, ji yra neteisėta ir pati savaime, nes pagal klostantis faktinėms aplinkybėms galiojusius teisės aktus išieškojimas galimas tik tuo atveju, jei tenkinamos dvi

sąlygos: jei konkurso dalyvis neįrodo, kad atitinka ekonominio, finansinio ir techninio (organizacinio) pajėgumo reikalavimus, arba jei sutartis nepasirašoma „dėl rangovo kaltės“.

- 14 Abiem atvejais, apeliančios nuomone, užstato išieškojimas suponuoja ekonominės veiklos vykdytojų, dėl kurio kaltės nepasirašoma sutartis arba kuris toliau dalyvauja konkurse, subjektyviai priskirtinų veiksmų buvimą. Jos nuomone, nagrinėjamoje byloje netaikytinas nė vienas iš šių dviejų atvejų.
- 15 Apeliančios nuomone, užstatų išieškojimas yra griežtai represinė ir baudžiamoji pobūdžio priemonė, nes nėra įprastinio užstato išieškojimo tikslo – atlyginti perkančiajai organizacijai padarytą žalą. Nagrinėjamo atveju *Consip* nepatyrė jokios žalos, nes laikinoji įmonių grupė buvo pašalinta iš konkurso.
- 16 Itin didelės sumos užstatų automatinis išieškojimas yra visiškai nemotyvuota ir nepagrįsta sankcija, kuri taip pat yra neproporcinga laikinosios įmonių grupės elgesiui, ir dėl jos Sutarčių kodekso 48 ir 75 straipsniai būtų aiškinami pažeidžiant konstitucinės ir Europos teisės principus bei nuostatas.

Glaustas prašymo priimti prejudicinį sprendimą pagrindimas

- 17 *Consiglio di Stato* (toliau taip pat – prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas) nuomone, reikia įvertinti, ar Italijos teisės aktai, pagal kuriuos ekonominės veiklos vykdytojo pasiūlymo nepatvirtinimas jo galiojimo pabaigos dieną prilyginamas pasitraukimui iš laikinosios įmonių grupės, atitinka Sąjungos teisės aktus. Taip pat reikia išnagrinėti pašalinimo iš konkurso priemonę, kuri taip pat yra susijusi su paskesne užstato išieškojimo priemone.

Dėl pašalinimo iš konkurso priemonės

- 18 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo nuomone, pagal Italijos teisės aktus pašalinimo iš konkurso priemonė yra teisiškai privalomas veiksmas, nes, pirma, *Gi One* nepatvirtinus pasiūlymo, t. y. jai pasitraukus iš konkurso, pažeidžiamas draudimas keisti laikinąją įmonių grupę ir, antra, nagrinėjamo atveju pasitraukimas reiškia veiksmą, kuriuo vengiama ekonominės veiklos vykdytojo moralinio patikimumo patikrinimo.
- 19 Dėl draudimo keisti laikinąją įmonių grupę prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pabrėžia, kad pagal Sutarčių kodekso 37 straipsnį teise atsisakyti konkurse pateikto pasiūlymo, kai pasibaigia jo galiojimas, gali pasinaudoti tik visa steigiamą laikinoji įmonių grupė, atsižvelgiant į tai, kad nagrinėjamo atveju netaikoma nė viena iš teisės aktuose ir jurisprudencijoje numatytų išimčių, dėl kurių būtų galima keisti laikinąją įmonių grupę.
- 20 Laikinoji įmonių grupė dalyvauja konkurse kaip bendra įmonė, sudaryta iš visų ekonominės veiklos vykdytojų, kurie ją įsteigs sutarties sudarymo atveju. Dėl šios priežasties pasiūlymo negali patvirtinti tik du laikinosios įmonių grupės nariai (iš

pradinių keturių), visų pirma atsižvelgiant į Sutarčių kodekso 11 straipsnio 6 dalies tikslą ir laikinosios įmonių grupės nekeičiamumo vykstant konkursui principą, kuris kyla iš minėto kodekso 37 straipsnio 9 dalies ir kuris taikomas ir tuo atveju, kai laikinoji įmonių grupė dar nėra formaliai įsteigta.

- 21 11 straipsnio 6 dalies tikslas – išlaikyti pasiūlymą nepakeistą visą numanomos konkurso trukmės laikotarpį. Šiuo straipsniu siekiama apsaugoti konkurso dalyvį, kuris pasibaigus terminui gali atsisakyti pasiūlymo, o, jeigu jis nepraneša, kad atsisako pasiūlymo, pasiūlymas nenustoja galioti. Taigi, jei visi subjektai, kurie sudaro bendrą įmonę, neišreiškia priešingos valios, turi būti laikoma, kad pasiūlymas vis dar galioja. Be to, pagal Italijos teisės aktų nuostatas perkančioji organizacija gali užtikrinti formaliai dar neįsteigtos laikinosios įmonių grupės dalyvavimo viešojo pirkimo procedūroje rimtumą, kad būtų užtikrintas veiksmingas jos įsteigimas po sutarties sudarymo.
- 22 Dėl vengimo atlikti patikimumo patikrinimą prašymą priimti prejudicinį sprendimą patekęs teismas pabrėžia, kad pagal administracinių teismų jurisprudenciją šioje srityje vienos iš įmonių pasitraukimas yra neleistinas, jei tuo siekiama apeiti teisės aktus, ypač jei tuo siekiama išvengti atitikties dalyvavimo reikalavimams patikrinimo, taip išvengiant sankcijos – pašalinimo iš konkurso dėl neatitikties šiems reikalavimams.
- 23 Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, prašymą priimti prejudicinį sprendimą patekęs teismas pažymi, kad pagal Italijos teisės aktus, kaip jie aiškinami jurisprudencijoje, pateiktas pasiūlymas laikinosios įmonių grupės nariams galioja neapibrėžtą laikotarpį net ir tuo atveju, kai jo galiojimas, vykstant sudėtingiems ir ilgai trunkantiems viešiesiems pirkimams, pasibaigia kelis kartus, išskyrus vienintelį atvejį, kai pasiūlymo nepatvirtina visi pradiniai laikinosios įmonių grupės nariai. Pasak prašymą priimti prejudicinį sprendimą patekusio teismo, abejotina, ar šie teisės aktai atitinka Nicos chartijos 16 straipsnyje įtvirtintą laisvės užsiimti verslu principą, kodifikuojantį Teisingumo Teismo jurisprudenciją ir pagrįstą SESV 119 straipsniu, taip pat Nicos chartijos 52 straipsnyje numatytą proporcingumo principą ir SESV įtvirtintus proporcingumo, konkurencijos, įsisteigimo laisvės ir laisvės teikti paslaugas principus.
- 24 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui neatrodo, kad draudimas atskiram laikinosios įmonių grupės nariui atsisakyti pasiūlymo, visų pirma, kiek tai susiję su viešaisiais pirkimais, kurie trunka ilgą laikotarpį, jei iš konkurso nepašalinta visa laikinoji įmonių grupė, yra proporcinga priemonė, atsižvelgiant į poreikį užtikrinti pateikto pasiūlymo rimtumą, nes ekonominės veiklos vykdytojai, kurie patvirtino pasiūlymą, patys turi atitikti (net jei nėra ekonominio veiklos vykdytojo, kuris atsisakė pasiūlymo) visus dalyvavimo konkurse reikalavimus.
- 25 Pagal proporcingumo principą, kuris yra bendrasis Sąjungos teisės principas ir kurio, kaip matyti iš Direktyvos 2004/18, turi būti laikomasi valstybėse narėse

sudarant sutartis, valstybių narių priimtos priemonės neturi viršyti to, kas būtina šiam tikslui pasiekti; taip nustatyta ir Teisingumo Teismo jurisprudencijoje.

- 26 Galiausiai prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad, atskiro ekonominės veiklos vykdytojo, priklausančio laikinajai įmonių grupei, pasiūlymo nepatvirtinimą prilyginus pasitraukimui iš laikinosios įmonių grupės, pašalinimas iš konkurso bet kuriuo atveju tampa privalomas pagal įstatymą, jei manoma, kad taip siekiama išvengti pasitraukusio ekonominės veiklos vykdytojo moralinio patikimumo patikrinimo; kita vertus, tokiu atveju, jei šiam ekonominės veiklos vykdytojui būtų leidžiama nepatvirtinti pasiūlymo, vėliau nereikėtų atlikti minėto profesinio patikimumo patikrinimo, nes toks ekonominės veiklos vykdytojas nebegali būti laikomas konkurse dalyvaujančios laikinosios įmonių grupės nariu.

Dėl užstato išieškojimo priemonės

- 27 *Consiglio di Stato* pažymi, kad Europos Žmogaus Teisių Teismas (toliau – EŽTT) pateikė išaiškinimą dėl piniginių sankcijų pobūdžio, apimties ir teisingumo, siekiant jas įtraukti į vadinamąją baudžiamąją teisę (2014 m. kovo 4 d. Sprendimo *Grande Stevens ir kt. prieš Italiją* 99 punktas; šiuo klausimu taip pat žr. 2012 m. birželio 5 d. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendimą byloje C-489/10).
- 28 *Consiglio di Stato* savo jurisprudencijoje yra pažymėjusi, kad EŽTT suformulavo savarankiškus kriterijus, skirtus nustatyti, ar teisės pažeidimas ir sankcija už jį yra baudžiamojo pobūdžio. Konkrečiai kalbant, buvo nustatyti trys kriterijai, t. y.: i) pažeidimo teisinis kvalifikavimas pagal nacionalinę teisę, pažymint, kad jis nėra privalomas, kai nustatoma, kad priemonė yra „iš esmės baudžiamojo“ pobūdžio; ii) pažeidimo pobūdis, nustatomas atsižvelgiant į jį numatančios teisės normos taikymo sritį ir ja siekiamą tikslą; iii) sankcijos griežtumo laipsnis.
- 29 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo teigimu, dėl apeliantei nurodyto paaukoti turto dydžio laikinųjų užstatų išieškojimas įgyja sankcijos, kuri pagal EŽTT jurisprudenciją turi būti pripažinta baudžiamąja sankcija, pobūdį. Nagrinėjamu atveju automatinis laikinųjų užstatų išieškojimas yra akivaizdus sankcijų proporcingumo principo pažeidimas.
- 30 Pirmiausia reikšminga Nicos chartijos 49 straipsnio 3 dalis; pagal ją „bausmės griežtumas turi atitikti padarytą nusikalstamą veiką“.
- 31 Nagrinėjamu atveju akivaizdžiai nėra tinkamos pusiausvyros tarp viešojo intereso ir Europos lygiu užtikrinamų pagrindinių teisių, nes didžiulė bauda apeliantei buvo skirta dėl automatinio mechanizmo, kuris savaime negali būti proporcingas, ir tinkamai neįvertinus konkrečios bylos aplinkybių.
- 32 EŽTK protokolo Nr. 1 1 straipsnis ir Nicos chartijos 17 straipsnis taip pat buvo aiškinami taip, kad jais siekiama užtikrinti elgesio ir už jį skirtos sankcijos proporcingumą.

- 33 Taigi akivaizdu, kad Sutarčių kodekso 38 straipsnio 1 dalies f punktas ir 48 straipsnis neatitinka konstitucinės ir Europos teisės normų ir principų sankcijų proporcingumo srityje, kai šie straipsniai aiškinami taip, kad pagal juos leidžiama po pašalinimo iš konkurso automatiškai išieškoti laikinąjį užstatą.
- 34 Šis neatitikimas dar akivaizdesnis dėl to, kad tokia priemonė, kaip nagrinėjama šioje byloje, kuri turi būti pripažinta baudžiamojo pobūdžio priemone, gali būti priimta neatsižvelgiant į subjektyvųjį elementą, konkrečiai – pašalinimo iš konkurso numatomumą.

DARBINIS VERTINIMAS