

## Věc C-403/23

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1  
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

30. června 2023

**Předkládající soud:**

Consiglio di Stato (Itálie)

**Datum předkládacího rozhodnutí:**

16. června 2023

**Odvolatelka:**

Luxone Srl, vlastním jménem a jako zmocněnkyně dočasného sdružení podniků, které má být založeno se společností Iren Smart Solutions SpA

**Odpůrkyně:**

Consip SpA

**Předmět původního řízení**

Odvolání, které k Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) podala společnost Luxone, vlastním jménem a jako zmocněnkyně dočasného sdružení podniků, které má být založeno se společností Iren Smart Solutions (dále jen „odvolatelka“), proti rozsudku Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie) (dále jen „TAR Lazio“), kterým tento soud zamítl žalobu odvolatelky proti rozhodnutím, které vůči ní přijala Consip s.p.a. Tato rozhodnutí stanovila vyloučení ze zadávacího řízení a vyinkasování prozatímní jistoty, kterou odvolatelka složila v rámci zadávacího řízení.

**Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Stato (Státní rada), jako soudem posledního stupně, na základě článku 267 SFEU má za cíl ověření slučitelnosti italské právní úpravy týkající se změny složení dočasného sdružení

podniků, vyloučení dočasného sdružení podniků ze zadávacího řízení v případě odstoupení jednoho z jeho členů a vyinkasování prozatímní jistoty složené v rámci zadávacího řízení, z něhož byl uchazeč vyloučen, se směrnicí 2004/18/EU a s unijními zásadami proporcionality, svobody podnikání, volného pohybu a svobody usazování.

### **Předběžné otázky**

A) „Brání směrnice 2004/18/ES, články 16 a 52 Listiny základních práv Evropské unie a zásady proporcionality, hospodářské soutěže, svobody usazování a volného pohybu služeb stanovené v člancích 49, 50, 54 a 56 SFEU takovým vnitrostátním ustanovením (čl. 11 odst. 6, čl. 37 odst. 8, 9, 10, 18 a 19 a čl. 38 odst. 1 písm. f) legislativního nařízení č. 163 z roku 2006), která v případě uplynutí doby platnosti nabídky původně předložené dočasným sdružením podniků, které má být založeno, vylučuje možnost snížit původní počet členů dočasného sdružení podniků v okamžiku prodloužení doby platnosti této nabídky? Jsou tato vnitrostátní ustanovení slučitelná s obecnými zásadami unijního práva, kterými jsou svoboda podnikání a užitečný účinek, a s článkem 16 Listiny základních práv Evropské unie?“

B) „Brání směrnice 2004/18/ES, články 16, 49, 50 a 52 Listiny základních práv Evropské unie, článek 4 protokolu č. 7 k Evropské úmluvě o lidských právech (EÚLP), článek 6 SEU a zásady proporcionality, hospodářské soutěže, svobody usazování a volného pohybu služeb stanovené v člancích 49, 50, 54 a 56 SFEU takovým vnitrostátním ustanovením (čl. 38 odst. 1 písm. f) a články 48 a 75 legislativního nařízení č. 163/2006), která stanoví uplatnění sankce spočívající v propadnutí prozatímní jistoty jako automatický důsledek vyloučení hospodářského subjektu z řízení o zadání veřejné zakázky na služby, a to bez ohledu na to, zda byla tomuto hospodářskému subjektu tato zakázka zadána či nikoli?“

### **Uplatňovaná ustanovení unijního práva**

Směrnice 2004/18/ES, zejména bod 2 odůvodnění, článek 2 a čl. 4 odst. 2

Články 16, 49, 50 a 52 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „Listina“).

Články 49, 50, 54 a 56 SFEU

Článek 6 SEU

### **Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva**

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 (legislativní nařízení č. 163 z roku 2006, zákoník o veřejných zakázkách na

stavební práce, služby a dodávky, kterým se provádí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES, dále jen „zákoník o veřejných zakázkách“), ve znění použitelném v rozhodné době:

Článek 11 odst. 6:

„Každý soutěžitel může předložit pouze jednu nabídku. Nabídka je závazná po dobu uvedenou v oznámení o veřejné zakázce nebo výzvě k podání nabídek, a není-li uvedena, po dobu sto osmdesáti dnů od uplynutí lhůty pro její podání. Veřejný zadavatel může uchazeče požádat o prodloužení této lhůty.“

Článek 37 odst. 8, 9, 10, 18 a 19:

„8. Nabídky mohou podávat subjekty uvedené v čl. 34 odst. 1 písm. d) a e), i když ještě nejsou založeny. V takovém případě musí být nabídka podepsána všemi hospodářskými subjekty, které založí dočasné sdružení podniků nebo řádná konsorcia soutěžitelů, a musí obsahovat závazek, že v případě přidělení zakázky tyto subjekty udělí zvláštní hromadné zmocnění se zastoupením jednomu z nich [...], který uzavře smlouvu svým jménem a na svůj účet a na účet svých zmocnitelů.“

9. [...] Aniž jsou dotčena ustanovení odstavců 18 a 19, je zakázána jakákoli změna složení dočasných sdružení podniků a řádných konsorcií soutěžitelů oproti složení vyplývajícímu ze závazku předloženého v zadávacím řízení.

10. Nedodržení zákazů uvedených v předchozím odstavci má za následek zrušení zadání zakázky nebo neplatnost smlouvy, jakož i vyloučení soutěžitelů sdružených ve sdružení [...].

18. V případě úpadku zmocněnce nebo, jedná-li se o samostatného podnikatele, v případě jeho úmrtí, zbavení způsobilosti k právním úkonům, částečného zbavení způsobilosti k právním úkonům, úpadku nebo v případech stanovených právními předpisy proti mafii může veřejný zadavatel pokračovat v zadávacím řízení s jiným hospodářským subjektem, který byl ustanoven zmocněncem v souladu s postupy stanovenými tímto zákoníkem, pokud má kvalifikační předpoklady odpovídající stavebním pracím nebo službám či dodávkám, které mají být ještě provedeny; pokud tyto podmínky nejsou splněny, může veřejný zadavatel od smlouvy odstoupit.

19. V případě úpadku jednoho ze zmocnitelů nebo, jedná-li se o samostatného podnikatele, v případě jeho úmrtí, zbavení způsobilosti k právním úkonům, částečného zbavení způsobilosti k právním úkonům, úpadku nebo v případech stanovených právními předpisy proti mafii je zmocněnec, pokud neoznačí jiný hospodářský subjekt, který jej nahradí a který splňuje předepsané kvalifikační požadavky, povinen plnit zakázku přímo nebo prostřednictvím ostatních zmocnitelů, pokud tito splňují kvalifikační požadavky odpovídající stavebním pracím nebo službám nebo dodávkám, které mají být ještě provedeny.“

Článek 38 odst. 1 písm. f):

„1. Z účasti na postupech udělování koncesí a zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky nebo služby a z možnosti stát se subdodavatelem a uzavírat příslušné smlouvy, je vyloučena každá osoba: [...] f) která se podle odůvodněného názoru veřejného zadavatele dopustila při plnění zakázky jí zadané veřejným zadavatelem, který zveřejnil oznámení o veřejné zakázce, vážné nedbalosti či nepostupovala v dobré víře, nebo se dopustila vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky.“

Článek 48 odst. 1:

„Před zahájením otevírání obálek s předloženými nabídkami požádají veřejní zadavatelé určitý počet uchazečů, nejméně však 10 % předložených nabídek, zaokrouhlených na nejbližší vyšší jednotku, vybraných veřejným losováním, aby do deseti dnů ode dne doručení této žádosti prokázali splnění požadavků na ekonomickou, finanční a technicko-organizační způsobilost, pokud jsou v oznámení o veřejné zakázce požadovány, a to předložením dokladů uvedených v tomto oznámení nebo ve výzvě. Veřejní zadavatelé při kontrole ověřují splnění kvalifikačních požadavků pro provádění prací [...]. Pokud takový důkaz není předložen nebo pokud nepotvrzuje prohlášení obsažená v žádosti o účast nebo v nabídce, veřejní zadavatelé vyloučí uchazeče ze zadávacího řízení [a] vyinkasují příslušnou prozatímní jistotu [...].“

Článek 75:

„1. K nabídce musí být přiložena záruka ve výši dvou procent základní ceny uvedené v oznámení nebo výzvě, a to ve formě jistoty nebo ručení podle volby uchazeče. [...]

6. Záruka se vztahuje na nepodepsání smlouvy úspěšným uchazečem a je automaticky uvolněna po podpisu smlouvy. [...]

9. Veřejný zadavatel v aktu, kterým oznámí zadání zakázky neúspěšným uchazečům, současně ve vztahu k nim uvolní záruku uvedenou v odstavci 1 [...].“

## **Stručný popis skutkového stavu a řízení**

### ***A) Skutkový základ sporu***

- 1 Oznámením zveřejněným dne 21. prosince 2015 uspořádala Consip zadávací řízení, rozdělené do 12 částí, na zadání zakázky na služby osvětlení a související služby. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (dále jen „CSEL“), Iren Smart Solutions a Gi One, které se spojily, společně podaly své nabídky na části 1, 8, 10 a 11 a složily příslušné prozatímní jistoty v postavení dočasného sdružení podniků, které má být založeno, přičemž se zavázaly založit dočasné sdružení podniků v případě, že jim bude zakázka přidělena.

- 2 Zadávací řízení mělo být ukončeno do 18. dubna 2017, ale místo toho bylo společností Consip osmkrát prodlouženo. To vedlo k tomu, že čtyři výše uvedené společnosti účastníci se zadávacího řízení musely po uplynutí lhůty pro podání závazných nabídek několikrát potvrdit původně předložené nabídky a prodloužit platnost prozatímních jistot.
- 3 V roce 2020, při příležitosti sedmé a osmé žádosti o potvrzení ze strany společnosti Consip, oznámily společnosti Luxone a Iren Smart Solutions ochotu potvrdit své původní nabídky. Gi One a CSEL naopak nabídky nepotvrdily, a to z důvodu neočekávané mnohaleté délky řízení. Tyto dvě společnosti zejména uvedly, že nabídky již nejsou udržitelné z podnikatelského hlediska a z hlediska řádného a obezřetného řízení podniku.
- 4 Podle společnosti Consip společnosti Gi One a CSEL tím, že nepotvrdily nabídky, vystoupily z dočasného sdružení podniků, čímž se změnilo jeho původní složení a dočasné sdružení podniků zaniklo. V říjnu 2020 tedy Consip přijala ve vztahu k dočasnému sdružení podniků jako celku rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení a rozhodnutí o vyinkasování prozatímních jistot v celkové výši 2 950 000,00 eur. Vyloučení ze zadávacího řízení bylo založeno na nezákonnosti a obcházející povaze vystoupení společností Gi One a CSEL.
- 5 Pokud jde o nezákonnost vystoupení, podle společnosti Consip je pravda, že italské právo přiznává soutěžitelům, a tedy v daném případě dočasnému sdružení podniků jako celku, právo vyvázat se z nabídky, pokud uplynula určitá doba od vyhlášení zadávacího řízení, ale toto právo nemohou uplatnit pouze některé společnosti dočasného sdružení podniků.
- 6 Pokud jde o obcházející povahu vystoupení, podle společnosti Consip bylo cílem vystoupení společnosti Gi One obejít zákonem stanovené kontroly, protože některé subjekty spojené se společností Gi One se dopustily trestné činnosti. Pokud jde o vystoupení společnosti CSEL, tato obcházející povaha vyplývala zejména z toho, že nesplňovala podmínky požadované k účasti v zadávacím řízení, které naopak musí existovat od okamžiku podání žádosti o účast až do zadání zakázky.

### ***B) Řízení u soudu prvního stupně a řízení o odvolání***

- 7 Odvolatelka podala žalobu k TAR Lazio, v níž napadla výše uvedená rozhodnutí přijatá společností Consip.
- 8 V rozsudku č. 4505/2021 TAR Lazio zamítl tuto žalobu z důvodu: a) nemožnosti, aby nabídku v době uplynutí její platnosti potvrdili pouze někteří členové dočasného sdružení podniků; b) nepřipustnosti uplatnění práva na vystoupení z dočasného sdružení podniků mimo situace povolené judikaturou, které v projednávané věci nenastaly; c) obcházející povaze vystoupení uplatněného v projednávané věci, neboť mělo zabránit vyloučení ze zadávacího řízení.

- 9 TAR Lazio rovněž rozhodl, že neexistují žádné důvody pro vznesení otázky ústavnosti nebo slučitelnosti italské právní úpravy s unijním právem. Podle jeho názoru směrnice 2004/18, platná v rozhodné době, nestanoví povinnost vnitrostátního zákonodárce zavést v situaci, jako je situace v projednávané věci, možnost snížit počet podniků, které jsou součástí původního dočasného sdružení podniků.
- 10 Proti rozsudku TAR Lazio podala odvolatelka odvolání k Consiglio di Stato (Státní rada), která následně řízení přerušila do doby, než Corte costituzionale (Ústavní soud, Itálie) rozhodne o otázkách ústavnosti, které Consiglio di Stato (Státní rada) vznesla v jiném řízení týkajícím se podobného sporu.
- 11 V nálezu č. 198 z roku 2022 Corte costituzionale (Ústavní soud) vyloučil represivní sankční povahu vyinkasování prozatímní jistoty, neboť její podstatou je zajištění dodržování pravidel zadávacího řízení, a to obnovením poškozeného veřejného zájmu, jímž je zamezení účasti nevhodných soutěžitelů či nabídek postrádajících potřebné náležitosti v zadávacím řízení. Podle Corte costituzionale (Ústavní soud) lze z nízké částky prozatímní jistoty, stanovení alternativních forem poskytnutí záruky (jistota nebo ručení) a zákonodárcem stanoveného systému úlev dovést nedostatek zvláštní závažnosti, která je nezbytná pro to, aby bylo možné toto zatěžující opatření přirovnat k sankci, která je ve své podstatě trestní.
- 12 Consiglio di Stato (Státní rada) uvádí, že tento nálezn Corte costituzionale (Ústavní soud) není pro rozhodnutí sporu, který projednává, rozhodující, a to i s ohledem na skutečnost, že v projednávané věci je celková částka jistoty naopak velmi vysoká.

### **Hlavní argumenty účastnic původního řízení**

- 13 Odvolatelka zpochybňuje zákonnost rozhodnutí o vyinkasování jistoty po vyloučení ze zadávacího řízení. Toto rozhodnutí je odvozeným způsobem protiprávní, protože je protiprávní rozhodnutí o vyloučení, na němž je rozhodnutí o vyinkasování prozatímní jistoty založeno. Toto rozhodnutí je protiprávní i samostatně, neboť podle právních předpisů platných v rozhodné době může k vyinkasování jistoty dojít pouze při splnění dvou podmínek: pokud soutěžitel neprokáže, že splňuje požadavky na ekonomicko-finanční a technicko-organizační způsobilost, anebo pokud nedojde k podpisu smlouvy „z důvodu na straně vítězného uchazeče“.
- 14 V obou případech podle odvolatelky vyinkasování jistoty předpokládá existenci jednání subjektivně přičitatelného hospodářskému subjektu, kterému lze přičíst nepodepsání smlouvy nebo nepokračování jeho účasti v zadávacím řízení. Podle jejího názoru není v projednávané věci splněna ani jedna z těchto dvou podmínek.
- 15 Pro odvolatelku představuje vyinkasování jistoty mimořádně represivní opatření trestní povahy, neboť postrádá typický cíl u vyinkasování jistoty, tedy náhradu

škody způsobené veřejnému zadavateli. V projednávané věci Consip neutrpěla žádnou škodu, jelikož dočasné sdružení podniků bylo ze zadávacího řízení vyloučeno.

- 16 Automatické vyinkasování jistoty ve vysoké a zatěžující částce je zcela neopodstatněnou a nepřiměřenou sankcí, jakož i zjevně nepřiměřenou ve vztahu k jednání dočasného sdružení podniků a vede k výkladu článků 48 a 75 zákoníku o veřejných zakázkách v rozporu s ústavními a unijními zásadami a ustanoveními.

### **Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

- 17 Podle Consiglio di Stato (Státní rada, dále jen „předkládající soud“) je třeba posoudit slučitelnost italské právní úpravy, která vede k postavení nepotvrzení nabídky, po uplynutí její závaznosti, hospodářským subjektem na roveň s vystoupením z dočasného sdružení podniků, s unijním právem. Je třeba se rovněž zabývat rozhodnutím o vyloučení, které je také relevantní ve vztahu k následnému rozhodnutí o vyinkasování jistoty.

### ***K rozhodnutí o vyloučení***

- 18 Podle předkládajícího soudu je podle italské právní úpravy rozhodnutí o vyloučení aktem vyžadovaným zákonem jednak proto, že nepotvrzení nabídky ze strany Gi One, tj. její stažení, porušuje zákaz změny dočasného sdružení podniků, a jednak proto, že stažení představuje v projednávané věci úkon, kterým se obchází kontrola morální spolehlivosti hospodářského subjektu.
- 19 Pokud jde o zákaz změny dočasného sdružení podniků, předkládající soud zdůrazňuje, že podle článku 37 zákoníku o veřejných zakázkách může právo vyvázat se z nabídky podané v zadávacím řízení po jejím uplynutí uplatnit pouze dočasné sdružení podniků jako celek, neboť v projednávané věci nelze uplatnit žádnou z výjimek povolených právními předpisy a judikaturou, které by umožňovaly změnu dočasného sdružení podniků.
- 20 Dočasné sdružení podniků se totiž účastní zadávacího řízení jako vícečlenný subjekt složený ze všech hospodářských subjektů, které jej budou tvořit v případě zadání zakázky. Není tedy možné, aby nabídku potvrdili pouze dva (oproti původním čtyřem) členové dočasného sdružení podniků, a to zejména s ohledem na účel čl. 11 odst. 6 zákoníku o veřejných zakázkách a zásadu, že dočasné sdružení podniků nelze v průběhu zadávacího řízení měnit, která vyplývá z čl. 37 odst. 9 tohoto zákoníku a která se uplatní i v případě, že dočasné sdružení podniků ještě není formálně založeno.
- 21 Účelem čl. 11 odst. 6 je zachovat nabídku nezměněnou po celou dobu předpokládaného trvání zadávacího řízení. Účelem tohoto článku je chránit subjekt podávající nabídku, který se po uplynutí lhůty může z nabídky vyvázat, zatímco pokud neprohlásí, že se vyvázal, nabídka nezaniká. Není-li tedy vyjádřen opačný úmysl všech subjektů tvořících vícečlenný subjekt, musí být závazek

chápan jako stále existující. Ustanovení italského práva rovněž umožňují veřejnému zadavateli zaručit serióznost účasti dočasných sdružení podniků, která dosud nebyla formálně založena, v zadávacím řízení, aby bylo zajištěno jejich účinné založení po zadání zakázky.

- 22 Pokud jde o obcházení kontroly spolehlivosti, předkládající soud zdůrazňuje, že v souladu s judikaturou správních soudů v této oblasti není odstoupení jednoho z podniků přípustné, pokud má za cíl obejít právní předpisy, a zejména pokud má za cíl vyhnout se kontrole splnění podmínek účasti, a vyhnout se tak sankci vyloučení ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění těchto podmínek.
- 23 S ohledem na tyto úvahy předkládající soud uvádí, že italská právní úprava, jak je vykládána judikaturou, nutí členy dočasného sdružení podniků, aby zůstali vázáni předloženou nabídkou po neurčitou dobu, a to i v případě vícenásobného uplynutí její závaznosti, v případě komplexních zadávacích řízení s dlouhou dobou trvání – s jedinou možností, kterou je nepotvrzení nabídky všemi původními členy dočasného sdružení podniků. Podle předkládajícího soudu lze pochybovat o slučitelnosti takové právní úpravy se zásadou svobody podnikání zakotvenou v článku 16 Listiny, která kodifikuje judikaturu Soudního dvora a vychází z článku 119 SFEU, jakož i se zásadou proporcionality zakotvenou v článku 52 Listiny a se zásadami proporcionality, hospodářské soutěže, svobody usazování a volného pohybu služeb obsaženými v SFEU.
- 24 Zákaz vyvázání se z nabídky jednotlivým členem dočasného sdružení podniků, zejména pokud jde o zadávací řízení trvající delší dobu, pod hrozbou vyloučení dočasného sdružení podniků jako celku, se předkládajícímu soudu nejeví jako opatření přiměřené potřebě zajistit serióznost předložené nabídky, jestliže hospodářské subjekty, které nabídku potvrdily, samy o sobě – i v případě absence hospodářského subjektu, který se z nabídky vyvázal – splňují všechny podmínky účasti.
- 25 V souladu se zásadou proporcionality, která je obecnou zásadou unijního práva a s níž musí být zadávání veřejných zakázek uzavřených v členských státech v souladu, jak vyplývá ze směrnice 2004/18, nesmí opatření přijatá členskými státy překročit rámec toho, co je nezbytné k dosažení tohoto cíle, jak potvrdila i judikatura Soudního dvora.
- 26 Konečně předkládající soud uvádí, že jakmile je provedeno postavení nepotvrzení nabídky jednotlivým hospodářským subjektem, který je členem dočasného sdružení podniků, na roveň s vystoupením z tohoto dočasného sdružení podniků, stává se vyloučení v každém případě ze zákona obligatorním, pokud se má za to, že se tím obchází kontrola morální spolehlivosti hospodářského subjektu, který vystoupil; naopak pokud by bylo připuštěno nepotvrzení nabídky tímto subjektem, není třeba provádět následnou kontrolu této profesní spolehlivosti, neboť tento hospodářský subjekt již nelze považovat za člena dočasného sdružení podniků, které se účastní zadávacího řízení.



***K rozhodnutí o vyinkasování jistoty***

- 27 Consiglio di Stato (Státní rada) uvádí, že Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“), rozhodl o povaze, výši a spravedlnosti peněžitých sankcí pro účely jejich zahrnutí do tzv. trestní oblasti (rozsudek ze dne 4. března 2014, Grande Stevens a další v. Itálie, bod 99; v tomto smyslu viz také rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 5. června 2012, C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato (Státní rada) v rámci své judikatury upozornila, že ESLP vypracoval vlastní a autonomní kritéria pro určení trestní povahy, či nikoli protiprávního jednání a související sankce. Konkrétně byla stanovena tato tři kritéria: I) právní kvalifikace protiprávního jednání ve vnitrostátním právu s upřesněním, že není závazná, pokud je zjištěna „z podstaty trestní“ povaha opatření; II) povaha protiprávního jednání odvozená z rozsahu působnosti normy, která jej stanoví, a sledovaného cíle; III) stupeň přísnosti sankce.
- 29 Podle předkládajícího soudu získává vyinkasování prozatímní jistoty, vzhledem k rozsahu peněžité zátěže uložené odvolatelce, podobu sankce, která musí být v souladu s judikaturou ESLP uznána jako trestní. Automatické vyinkasování prozatímních jistot v projednávané věci totiž představuje zjevné porušení zásady přiměřenosti sankcí.
- 30 Především je relevantní čl. 49 odst. 3 Listiny, podle něhož „výše trestu nesmí být nepřiměřená trestnému činu“.
- 31 V projednávané věci zjevně chybí spravedlivá rovnováha mezi veřejným zájmem a základními právy zaručenými na unijní úrovni, neboť odvolatelce byla uložena velmi vysoká peněžitá pokuta, a to na základě automatického postupu, který je jako takový z definice nepřiměřený, a bez řádného posouzení okolností konkrétního případu.
- 32 Článek 1 protokolu 1 k EÚLP, jakož i článek 17 Listiny, byly rovněž vyloženy tak, že jejich cílem je zajistit dodržování proporcionality mezi jednáním a uloženou sankcí.
- 33 Je tedy zřejmé, že čl. 38 odst. 1 písm. f) a článek 48 zákoníku o veřejných zakázkách je rozporu s ústavními a unijními pravidly a zásadami přiměřenosti sankcí, pokud jsou tyto články vykládány tak, že umožňují automatické vyinkasování prozatímní jistoty po vyloučení ze zadávacího řízení.
- 34 Tento rozpor je o to zřejmější, pokud se bude mít za to, že takové opatření, jako je předmětné opatření, u něhož musí být uznána sankční povaha, může být přijato bez zohlednění subjektivního prvku a zejména předvídatelnosti vyloučení.