

Sprawa C-403/23**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

30 czerwca 2023 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Consiglio di Stato (Włochy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

16 czerwca 2023 r.

Strona wnosząca odwołanie:

Luxone Srl, we własnym imieniu i jako pełnomocnik będącego w trakcie tworzenia tymczasowego związku przedsiębiorstw z Iren Smart Solutions SpA

Druga strona postępowania odwoławczego:

Consip SpA

Przedmiot postępowania głównego

Odwołanie wniesione do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy) przez spółkę Luxone (zwaną dalej „wnoszącą odwołanie”), działającą w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik będącego w trakcie tworzenia tymczasowego związku przedsiębiorstw wraz ze spółką Iren Smart Solutions, od wyroku Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy, zwanego dalej „TAR Lazio”), w którym TAR Lazio oddalił skargę wniesioną przez wnoszącą odwołanie w niniejszym postępowaniu na decyzje wydane wobec niej przez spółkę Consip S.p.a. Decyzje te przewidywały wykluczenie z przetargu i zatrzymanie wadłów, które wnosząca odwołanie wpłaciła w ramach postępowania przetargowego.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Odesłanie prejudycjalne, z którym Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) wystąpiła jako sąd ostatniej instancji na podstawie art. 267 TFUE, ma na celu zbadanie zgodności włoskiego uregulowania – dotyczącego zmiany składu tymczasowego związku przedsiębiorstw, wykluczenia tymczasowego związku przedsiębiorstw z przetargu w przypadku wycofania się z tego związku jednego z jego członków oraz zatrzymania wadium wniesionych w ramach postępowania przetargowego, z którego oferent został wykluczony – z dyrektywą 2004/18/WE oraz z unijnymi zasadami proporcjonalności, wolności prowadzenia działalności gospodarczej, swobodnego przepływu i swobody przedsiębiorczości.

Pytania prejudycjalne

A) Czy dyrektywa 2004/18/WE, art. 16 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz przewidziane w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE zasady proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie przepisom krajowym [art. 11 ust. 6, art. 37 ust. 8, 9, 10, 18 i 19, art. 38 ust. 1 lit. f) decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 163 z 2006 r.], które wykluczają, w przypadku upływu terminu związania ofertą pierwotnie złożoną przez będący w trakcie tworzenia tymczasowy związek przedsiębiorstw, możliwość zmniejszenia pierwotnego składu tego związku przy przedłużaniu okresu związania tą ofertą?; w szczególności, czy takie przepisy krajowe są zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii dotyczącymi wolności prowadzenia działalności gospodarczej i skuteczności (effet utile), a także z art. 16 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej?;

B) Czy dyrektywa 2004/18/WE, art. 16, 49, 50 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, art. 4 Protokołu nr 7 do europejskiej Konwencji praw człowieka – EKPC, art. 6 TUE oraz przewidziane w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE zasady proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie przepisom krajowym [art. 38 ust. 1 lit. f), art. 48 i 75 decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 163 z 2006 r.], które przewidują zastosowanie sankcji w postaci przepadku wadium jako automatyczną konsekwencję wykluczenia podmiotu gospodarczego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, także niezależnie od tego, czy temu podmiotowi zostało udzielone zamówienie?

Powołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa 2004/18/WE, w szczególności motyw 2, art. 2 i art. 4 ust. 2

Artykuły 16, 49, 50 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”)

Artykuły 49, 50, 54 i 56 TFUE

Artykuł 6 TUE

Powołane przepisy prawa krajowego

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 (dekret ustawodawczy nr 163 z 2006 r. – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, zwany dalej „kodeksem zamówień”) w brzmieniu obowiązującym w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy:

Artykuł 11 ust. 6:

„Każdy oferent może złożyć tylko jedną ofertę. Oferta jest wiążąca przez okres wskazany w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert, a w przypadku braku takiego wskazania – przez 180 dni od upływu terminu na jej złożenie. Instytucja zamawiająca może zwrócić się do oferentów o przedłużenie tego terminu”.

Artykuł 37 ust. 8, 9, 10, 18, 19:

„8. Oferty mogą składać podmioty, o których mowa w art. 34 ust. 1 lit. d) i e), nawet jeśli podmioty te nie zostały jeszcze utworzone. W takim przypadku oferta musi być podpisana przez wszystkie podmioty gospodarcze, które będą wchodziły w skład tymczasowych związków przedsiębiorstw lub zwykłych konsorcjów oferentów, i zawierać zobowiązanie, zgodnie z którym w przypadku wygrania przetargu podmioty te udziela zbiorowego pełnomocnictwa szczególnego w zakresie reprezentacji jednemu z nich [...], który zawrze umowę we własnym imieniu i w imieniu mocodawców.

9. [...] Bez uszczerbku dla przepisów ust. 18 i 19, zabronione są wszelkie zmiany w składzie tymczasowych związków przedsiębiorstw i zwykłych konsorcjów oferentów w stosunku do składu wynikającego ze zobowiązania przedstawionego w chwili złożenia oferty.

10. Nieprzestrzeganie zakazów, o których mowa w poprzednim ustępie, pociąga za sobą unieważnienie decyzji o udzieleniu zamówienia lub nieważność zamówienia, jak również wykluczenie oferentów wchodzących w skład tymczasowego związku przedsiębiorstw [...].

18. W przypadku upadłości pełnomocnika lub, w odniesieniu do przedsiębiorcy indywidualnego, w przypadku jego śmierci, ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego lub upadłości, bądź w przypadkach przewidzianych w przepisach dotyczących walki z mafią instytucja zamawiająca może kontynuować stosunek umowny z innym podmiotem gospodarczym, któremu udzielono pełnomocnictwa

zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym kodeksie, pod warunkiem że spełnia on odpowiednie wymogi w zakresie kwalifikacji w odniesieniu do robót budowlanych, usług lub dostaw, które mają zostać wykonane; jeżeli wymogi te nie są spełnione, instytucja zamawiająca może rozwiązać umowę.

19. W przypadku upadłości jednego z pełnomocników lub, w odniesieniu do przedsiębiorcy indywidualnego, w przypadku jego śmierci, ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego lub upadłości, bądź w przypadkach przewidzianych w przepisach dotyczących walki z mafią, jeżeli pełnomocnik nie wskaże innego podmiotu gospodarczego, który wstąpi w jego prawa i obowiązki, a który spełnia wymagania dotyczące zdolności do wykonania zamówienia, jest on zobowiązany do wykonania zamówienia bezpośrednio lub za pośrednictwem innych mocodawców, pod warunkiem że ci ostatni spełniają odpowiednie wymogi w zakresie kwalifikacji w odniesieniu do robót budowlanych, usług lub dostaw, które mają zostać wykonane”.

Artykuł 38 ust. 1 lit. f):

„1. Następujące podmioty są wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji i zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie mogą występować w charakterze podwykonawców oraz nie mogą zawierać umów dotyczących tych zamówień: f) podmioty, które w uzasadnionej ocenie instytucji zamawiającej dopuściły się rażącego zaniedbania lub działały w złej wierze przy wykonywaniu usług powierzonych im przez instytucję zamawiającą, która opublikowała ogłoszenie o zamówieniu; lub podmioty, które dopuściły się poważnego uchybienia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami dowodowymi przez instytucję zamawiającą”.

Artykuł 48 ust. 1:

„Przed przystąpieniem do otwarcia kopert z ofertami instytucje zamawiające wzywają oferentów, reprezentujących liczbę nie mniejszą niż 10 % złożonych ofert, zaokrągloną w górę do najbliższej liczby całkowitej, wybranych w drodze publicznego losowania, aby w terminie dziesięciu dni od daty powyższego wezwania wykazali, że spełniają wymogi o charakterze ekonomiczno- finansowym i techniczno- organizacyjnym, ewentualnie przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu, poprzez przedstawienie dokumentacji wskazanej w tym ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert. Podczas kontroli instytucje zamawiające sprawdzają, czy oferenci spełniają wymóg posiadania kwalifikacji do wykonania robót budowlanych [...]. W przypadku gdy taki dowód nie został przedstawiony lub nie potwierdził on oświadczeń zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału lub w ofercie, instytucje zamawiające wykluczają oferenta z przetargu [i] zatrzymują odpowiednie wadium [...]”.

Artykuł 75:

„1. Do oferty dołączone jest zabezpieczenie w wysokości 2 % ceny podstawowej wskazanej w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert, wnoszone w formie wadium lub poręczenia, według wyboru oferenta. [...]

6. Zabezpieczenie pokrywa brak zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wybranego oferenta i jest automatycznie zwalniane w chwili podpisania umowy. [...]

9. Instytucja zamawiająca, w decyzji, w której powiadamia odrzuconych oferentów o udzieleniu zamówienia, dokonuje jednocześnie w stosunku do nich zwolnienia zabezpieczenia, o którym mowa w ust. 1 [...]

Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania głównego

A) Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

- 1 W drodze ogłoszenia opublikowanego w dniu 21 grudnia 2015 r. spółka Consip zorganizowała postępowanie przetargowe podzielone na 12 części w celu udzielenia zamówienia na dostawę usług oświetleniowych i usług z nimi związanych. Spółki Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (zwana dalej „CSEL”), Iren Smart Solutions i Gi One przedstawiły wspólnie ofertę w odniesieniu do części 1, 8, 10 i 11 oraz wniosły wadium jako będący w trakcie tworzenia tymczasowy związek przedsiębiorstw, zobowiązując się do utworzenia tymczasowego związku przedsiębiorstw w przypadku udzielenia im zamówienia.
- 2 Postępowanie przetargowe powinno być zostać zakończone do dnia 18 kwietnia 2017 r., lecz zostało ono ośmiokrotnie przedłużone przez spółkę Consip. W odniesieniu do wspomnianych czterech spółek, które uczestniczyły w przetargu, spowodowało to konieczność, w chwili upływu terminu związania ofertą, kilkukrotnego przeformułowania pierwotnie złożonych ofert oraz przedłużenia wadium.
- 3 W 2020 r., w związku z siódmym i ósmym wezwaniem przez spółkę Consip do potwierdzenia złożonej oferty, spółki Luxone i Iren Smart Solutions wyraziły wolę potwierdzenia swoich pierwotnych ofert. Spółki GI One i CSEL wyraziły natomiast wolę niepotwierdzenia ofert ze względu na nieprzewidziany wieloletni czas trwania postępowania. W szczególności te dwie ostatnie spółki wskazały, że oferty nie były już opłacalne z punktu widzenia przedsiębiorczości oraz z punktu widzenia prawidłowego i ostrożnego zarządzania przedsiębiorstwem.
- 4 Zdaniem spółki Consip spółki GI One i CSEL, nie potwierdzając ofert, wycofały się z tymczasowego związku przedsiębiorstw, zmieniając w ten sposób jego pierwotny skład i dokonując wycofania z tymczasowego związku przedsiębiorstw. W związku z tym w październiku 2020 r. spółka Consip przyjęła, w odniesieniu do tymczasowego związku przedsiębiorstw jako całości, decyzję o wykluczeniu z przetargu oraz decyzję o zatrzymaniu wadium na łączną kwotę 2 950 000,00 EUR. Decyzja o wykluczeniu z przetargu opierała się na tym, że

wycofanie się przez spółki Gi One i CSEL [z tymczasowego związku przedsiębiorstw] było niezgodne z prawem i miało na celu obejście prawa.

- 5 W odniesieniu do niezgodności z prawem wycofania się [z tymczasowego związku przedsiębiorstw] zdaniem spółki Consip niewątpliwie włoskie przepisy przewidują, że oferent, a zatem w niniejszej sprawie tymczasowy związek przedsiębiorstw jako całość, ma prawo uznać, iż nie jest związany ofertą po upływie określonego czasu od ogłoszenia przetargu, ale prawo to nie może być wykonywane tylko przez niektóre spółki wchodzące w skład tymczasowego związku przedsiębiorstw.
- 6 Jeśli chodzi o to, że wycofanie się [z tymczasowego związku przedsiębiorstw] miało na celu obejście prawa, zdaniem spółki Consip wycofanie się przez spółkę Gi One [z tymczasowego związku przedsiębiorstw] miało na celu obejście kontroli przewidzianych ustawą, ponieważ niektóre podmioty związane ze spółką Gi One dopuściły się czynów zabronionych. W odniesieniu do wycofania się przez spółkę CSEL [z tymczasowego związku przedsiębiorstw] okoliczność, że miało ono na celu obejście prawa, wynikała w szczególności z braku spełnienia wymogów dotyczących udziału w przetargu, które muszą jednak zostać spełnione od chwili złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu aż do chwili udzielenia zamówienia.

B) Postępowanie w pierwszej instancji i postępowanie odwoławcze

- 7 Wnosząca odwołanie wniosła do TAR Lazio skargę na wyżej wymienione decyzje wydane przez spółkę Consip.
- 8 Wyrokiem nr 4505/2021 TAR Lazio oddalił tę skargę, opierając się: a) na braku możliwości potwierdzenia oferty, w chwili upływu terminu związania nią, jedynie przez niektórych członków tymczasowego związku przedsiębiorstw; b) na niedopuszczalności wykonania prawa do wycofania się z tymczasowego związku przedsiębiorstw poza przypadkami uznanymi w orzecznictwie, które nie mają miejsca w niniejszej sprawie; c) na okoliczności, że wycofanie się [z tymczasowego związku przedsiębiorstw], które miało miejsce w niniejszej sprawie, miało na celu obejście prawa w zakresie, w jakim zmierzało ono do uniknięcia decyzji o wykluczeniu z przetargu.
- 9 TAR Lazio uznał ponadto, że przesłanki podniesienia kwestii zgodności włoskiego uregulowania z konstytucją lub z prawem Unii Europejskiej nie zostały spełnione. Zdaniem TAR Lazio dyrektywa 2004/18 obowiązująca w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych niniejszej sprawy nie nakłada bowiem na ustawodawcę krajowego obowiązku wprowadzenia, w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, możliwości zmniejszenia liczby przedsiębiorstw wchodzących w skład pierwotnego tymczasowego związku przedsiębiorstw.
- 10 Wnosząca odwołanie wniosła odwołanie od wyroku TAR Lazio do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy), która zawiesiła postępowanie do czasu wydania przez

Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny, Włochy) orzeczenia w przedmiocie kwestii dotyczących zgodności z konstytucją, które zostały podniesione przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) w ramach innego postępowania dotyczącego podobnego sporu.

- 11 Wyrokiem nr 198 z 2022 r. Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny, Włochy) wykluczył, jakoby zatrzymanie wadium miało charakter sankcji karnej ze względu na to, że ma ono zasadniczo na celu zapewnienie przestrzegania zasad przetargu poprzez przywrócenie naruszonego interesu publicznego, jakim jest uniknięcie udziału w przetargu niewiarygodnych oferentów lub ofert niespełniających niezbędnych wymagań. Zdaniem Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego, Włochy) niska kwota tymczasowego zabezpieczenia, zapewnienie alternatywnych form jego udzielenia (wadium lub poręczenie) oraz system obniżek przewidzianych przez ustawodawcę pozwalają stwierdzić brak szczególnego stopnia surowości, niezbędnego do tego, aby niekorzystny środek można było utożsamiać z sankcją posiadającą materialnie karny charakter.
- 12 Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) uważa, że ten wyrok Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego, Włochy) nie ma decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia zawisłego przed nią sporu również z uwagi na fakt, że w rozpatrywanej przez nią sprawie łączna kwota wadiów jest natomiast bardzo wysoka.

Główne argumenty stron w postępowaniu głównym

- 13 Wnosząca odwołanie kwestionuje zgodność z prawem decyzji o zatrzymaniu wadiów w następstwie wykluczenia z przetargu. Decyzja ta jest niezgodna z prawem w sposób pochodny, ponieważ decyzja o wykluczeniu z przetargu, na której opiera się decyzja o zatrzymaniu wadiów, jest niezgodna z prawem. Decyzja o zatrzymaniu wadiów jest również niezgodna z prawem sama w sobie, ponieważ zgodnie z przepisami obowiązującymi w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych niniejszej sprawy zatrzymanie wadiów może mieć miejsce tylko wtedy, gdy spełnione są dwie przesłanki: w przypadku gdy oferent nie wykaże, że spełnia wymagania w zakresie zdolności ekonomiczno-finansowej i techniczno-organizacyjnej lub w przypadku braku zawarcia umowy „z przyczyn leżących po stronie oferenta, któremu udzielono zamówienia”.
- 14 Zdaniem wnoszącej odwołanie w obu przypadkach zatrzymanie wadium zakłada istnienie zachowania, które można subiektywnie odnieść do podmiotu gospodarczego, któremu można przypisać brak zawarcia umowy lub kontynuowanie udziału w przetargu. Jej zdaniem żaden z tych dwóch przypadków nie ma miejsca w niniejszej sprawie.
- 15 W ocenie wnoszącej odwołanie zatrzymanie wadiów stanowi środek o charakterze silnie represyjnym i karnym, ponieważ brak jest celu typowego dla zatrzymania wadium, a mianowicie naprawienia szkody wyrządzonej instytucji zamawiającej.

W niniejszej sprawie spółka Consip nie poniosła żadnej szkody, ponieważ tymczasowy związek przedsiębiorstw został wykluczony z przetargu.

- 16 Automatyczne zatrzymanie wadium w znacznej i uciążliwej kwocie jest sankcją całkowicie nieuzasadnioną i nieracjonalną, a także nieproporcjonalną w stosunku do zachowania tymczasowego związku przedsiębiorstw i prowadzącą do wykładni art. 48 i 75 kodeksu zamówień, która jest sprzeczna z zasadami i regulacjami konstytucyjnymi oraz europejskimi.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 17 Zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy, zwanej dalej również „sądem odsyłającym”) konieczne jest dokonanie oceny, czy uregulowanie włoskie, które prowadzi do zrównania braku potwierdzenia oferty przez podmiot gospodarczy w chwili upływu terminu związania ofertą z wycofaniem się z tymczasowego związku przedsiębiorstw, jest zgodne z prawem Unii Europejskiej. Należy także rozważyć decyzję o wykluczeniu z przetargu, która jest również istotna w odniesieniu do wynikającej z niej decyzji o zatrzymaniu wadium.

W przedmiocie decyzji o wykluczeniu z przetargu

- 18 Zdaniem sądu odsyłającego zgodnie z ustawodawstwem włoskim decyzja o wykluczeniu z przetargu jest aktem wymaganym na mocy ustawy, po pierwsze dlatego, że brak potwierdzenia oferty przez spółkę Gi One, to znaczy jej wycofanie, narusza zakaz zmiany tymczasowego związku przedsiębiorstw, a po drugie dlatego, że wycofanie stanowi w niniejszej sprawie akt mający na celu obejście kontroli rzetelności wykonawcy.
- 19 W odniesieniu do zakazu zmiany tymczasowego związku przedsiębiorstw sąd odsyłający podkreśla, że zgodnie z art. 37 kodeksu zamówień prawo do wycofania się z oferty złożonej w przetargu, po upływie terminu związania nią, może być wykonane przez będący w trakcie tworzenia tymczasowy związek przedsiębiorstw jedynie w całości, ponieważ żaden z dopuszczalnych w przepisach i orzecznictwie wyjątków, które pozwoliłyby na zmianę tymczasowego związku przedsiębiorstw, nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.
- 20 Tymczasowy związek przedsiębiorstw uczestniczy bowiem w przetargu jako wielopodmiotowa strona, w skład której wchodzi wszystkie podmioty gospodarcze, które będą ją stanowić w przypadku udzielenia zamówienia. W związku z tym potwierdzenie oferty tylko przez dwóch członków (w porównaniu do pierwotnych czterech członków) tymczasowego związku przedsiębiorstw nie jest możliwe, biorąc pod uwagę w szczególności cel art. 11 ust. 6 kodeksu zamówień oraz zasadę, zgodnie z którą tymczasowy związek przedsiębiorstw nie może zostać zmieniony podczas przetargu, a która wynika z art. 37 ust. 9 tego samego kodeksu i która ma zastosowanie również

w przypadku, gdy tymczasowy związek przedsiębiorstw nie został jeszcze formalnie utworzony.

- 21 Celem art. 11 ust. 6 jest utrzymanie oferty w niezmienionej treści przez cały okres zakładanego czasu trwania przetargu. Przepis ten ma na celu ochronę oferenta, który po upływie terminu może wycofać się z oferty, przy czym, jeżeli oferent nie złoży oświadczenia o wycofaniu się z oferty, oferta pozostaje wiążąca. W związku z tym, w przypadku braku wyrażenia przeciwnej woli przez wszystkie podmioty wchodzące w skład wielopodmiotowej strony, należy uznać, że oferta jest nadal wiążąca. Przepisy prawa włoskiego pozwalają również instytucji zamawiającej na zagwarantowanie powagi intencji udziału w postępowaniu przetargowym tymczasowych związków przedsiębiorstw, które formalnie nie zostały jeszcze utworzone, tak aby zapewnić ich rzeczywiste utworzenie po udzieleniu zamówienia.
- 22 W odniesieniu do obejścia kontroli rzetelności sąd odsyłający wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem administracyjnym w tej dziedzinie wycofanie się jednego z przedsiębiorstw jest niedopuszczalne, jeżeli ma na celu obejście przepisów, a w szczególności jeżeli ma na celu uniknięcie kontroli spełnienia wymogów udziału w postępowaniu, a tym samym uniknięcie sankcji polegającej na wykluczeniu z przetargu z powodu niespełnienia tych wymogów.
- 23 W świetle tych rozważań sąd odsyłający zauważa, że włoskie prawo, zgodnie z jego wykładnią dokonaną w orzecznictwie, zobowiązuje członków tymczasowego związku przedsiębiorstw do pozostawiania związanymi złożoną ofertą przez czas nieokreślony, nawet w sytuacji wielokrotnego upływu terminu związania nią w przypadku złożonych przetargów o długim czasie trwania, przy czym jedyną możliwością niepotwierdzenia oferty jest uczynienie tego przez wszystkich pierwotnych członków tymczasowego związku przedsiębiorstw. Zdaniem sądu odsyłającego wątpliwe jest, czy uregulowanie to jest zgodne z ustanowioną w art. 16 karty zasadą wolności prowadzenia działalności gospodarczej, która kodyfikuje orzecznictwo Trybunału i opiera się na art. 119 TFUE, a także z przewidzianą w art. 52 karty zasadą proporcjonalności oraz z zawartymi w TFUE zasadami proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.
- 24 W ocenie sądu odsyłającego zakaz wycofania się z oferty przez poszczególnych członków tymczasowego związku przedsiębiorstw, przede wszystkim w odniesieniu do przetargów trwających przez znaczny okres, pod rygorem wykluczenia tymczasowego związku przedsiębiorstw jako całości, nie wydaje się proporcjonalny do wymogu zagwarantowania powagi złożonej oferty, jeżeli podmioty gospodarcze, które potwierdziły ofertę, same spełniają – nawet w braku podmiotu, który wycofał się z oferty – wszystkie wymogi dotyczące udziału.
- 25 Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii i w poszanowaniu której powinny być udzielane zamówienia w państwach członkowskich, jak wynika z dyrektywy 2004/18, środki przyjęte przez państwa

członkowskie nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu, co potwierdza również orzecznictwo Trybunału.

- 26 Wreszcie, sąd odsyłający zauważa, że po zrównaniu braku potwierdzenia oferty przez pojedynczy podmiot gospodarczy wchodzący w skład tymczasowego związku przedsiębiorstw z wycofaniem się z tymczasowego związku przedsiębiorstw wykluczenie staje się w każdym razie obowiązkowe z mocy prawa, jeżeli zostanie uznane, że brak potwierdzenia oferty ma na celu obejście kontroli rzetelności podmiotu, który wycofał się z tymczasowego związku przedsiębiorstw; natomiast w przypadku, gdyby brak potwierdzenia oferty przez ten podmiot był dopuszczalny, nie należy przeprowadzać żadnej późniejszej kontroli rzetelności tego podmiotu, ponieważ nie można już uznać, że ów podmiot wchodzi w skład tymczasowego związku przedsiębiorstw uczestniczącego w przetargu.

W przedmiocie decyzji o zatrzymaniu wadium

- 27 Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) zauważa, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (zwany dalej „ETPC”) wypowiedział się na temat charakteru, wysokości i słuszności kar pieniężnych pod kątem ich zaliczenia do sankcji o charakterze karnym (wyrok z dnia 4 marca 2014 r., Grande Stevens i in. przeciwko Włochom, § 99; zob. podobnie wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 czerwca 2012 r., C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) wskazała w ramach swojego orzecznictwa, że ETPC opracował własne i niezależne kryteria w celu ustalenia karnego charakteru naruszenia i odpowiadającej mu sankcji. W szczególności wyodrębnione zostały trzy kryteria, a mianowicie: I) kwalifikacja prawna naruszenia w prawie krajowym, z zaznaczeniem, że nie jest ona wiążąca w przypadku stwierdzenia „z natury rzeczy karnego” charakteru środka; II) charakter naruszenia wywodzony z zakresu stosowania przepisu, który je przewiduje, i celu, jakiemu ma służyć; III) stopień surowości sankcji.
- 29 Zdaniem sądu odsyłającego, ze względu na rozmiar obciążenia pieniężnego nałożonego na wnoszącą odwołanie zatrzymanie wadium nabiera cech sankcji, której zgodnie z orzecznictwem ETPC należy przypisać charakter karny. W niniejszej sprawie automatyczne zatrzymanie wadium stanowi bowiem oczywiste naruszenie zasady proporcjonalności sankcji.
- 30 Istotny jest przede wszystkim art. 49 ust. 3 karty, zgodnie z którym „[k]ary nie mogą być nieproporcjonalnie surowe w stosunku do czynu zabronionego pod groźbą kary”.
- 31 W niniejszej sprawie wydaje się wyłaniać wyraźny brak właściwej równowagi między interesem publicznym a prawami podstawowymi gwarantowanymi na poziomie europejskim, ponieważ wnosząca odwołanie została obciążona bardzo wysoką karą pieniężną, co nastąpiło w wyniku zastosowania automatycznego

mechanizmu, który jako taki jest z definicji nieproporcjonalny, i bez przeprowadzenia odpowiedniej oceny okoliczności konkretnego przypadku.

- 32 Również art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC, podobnie jak art. 17 karty, został zinterpretowany w ten sposób, że ma on na celu zapewnienie poszanowania proporcjonalności między zachowaniem a nałożoną sankcją.
- 33 Artykuł 38 ust. 1 lit. f) i art. 48 kodeksu zamówień stałyby zatem w jawnej sprzeczności z konstytucyjnymi i europejskimi regulacjami i zasadami w zakresie proporcjonalności sankcji, gdyby przepisy te interpretować w ten sposób, że umożliwiają one automatyczne zatrzymanie wadium w następstwie wykluczenia z przetargu.
- 34 Powyższa sprzeczność byłaby tym bardziej oczywista, gdyby uznać, że środek taki jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, któremu należy przypisać charakter karny, może zostać przyjęty bez uwzględnienia elementu subiektywnego, a w szczególności przewidywalności wykluczenia.

DOKUMENT ROBOCZY