

**Predmet C-403/23****Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.  
stavka 1. Poslovnika Suda****Datum podnošenja:**

30. lipnja 2023.

**Sud koji je uputio zahtjev:**

Consiglio di Stato (Italija)

**Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:**

16. lipnja 2023.

**Žalitelj:**

Luxone Srl, u vlastito ime i u svojstvu opunomoćenika privremenog udruženja poduzetnika koje se obvezao osnovati zajedno s društvom Iren Smart Solutions SpA

**Druga stranka u žalbenom postupku:**

Consip SpA

**Predmet glavnog postupka**

Žalba koju je društvo Luxone, u vlastito ime i u svojstvu opunomoćenika privremenog udruženja poduzetnika koje se obvezalo osnovati zajedno s društvom Iren Smart Solutions (u daljnjem tekstu: žalitelj), podnijelo Consigliu di Stato (Državno vijeće, Italija) protiv presude Tribunalea amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija), kojom je potonji sud odbio tužbu žalitelja iz ovog postupka podnesenu protiv odluka koje je u odnosu na njega donijelo društvo Consip SpA. Tim se odlukama predviđalo isključenje iz postupka javne nabave i naplata privremenih jamstava koje je žalitelj uplatio u okviru postupka javne nabave.

**Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku**

Cilj je zahtjeva za prethodnu odluku, koji je u skladu s člankom 267. UFEU-a uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće) kao sud koji odlučuje u posljednjem

stupnju, utvrditi jesu li talijanski propisi koji uređuju promjenu sastava privremenog udruženja poduzetnika, isključenje privremenog udruženja poduzetnika iz postupka javne nabave u slučaju povlačenja jednog od njegovih članova i naplatu privremenih jamstava uplaćenih u okviru postupka javne nabave iz kojeg je ponuditelj isključen, u skladu s Direktivom 2004/18/EZ i načelima prava Unije u pogledu proporcionalnosti, slobode poduzetništva, slobodnog kretanja [usluga] i slobode poslovnog nastana.

### **Prethodna pitanja**

(A) „Protive li se Direktivi 2004/18/EZ, člancima 16. i 52. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, načelima proporcionalnosti, tržišnog natjecanja, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga iz članaka 49., 50., 54. i 56. UFEU-a, nacionalna pravna pravila (članak 11. stavak 6., članak 37. stavci 8., 9., 10., 18. i 19., članak 38. stavak 1. točka (f) Decreta legislativo [n.] 163 del 2006 (Zakonodavna uredba br. 163 iz 2006.)) kojima se u slučaju isteka roka valjanosti ponude koju je izvorno podnijelo privremeno udruženje poduzetnika u osnivanju, isključuje mogućnost da se prilikom produljenja roka valjanosti te ponude smanji broj članova izvornog sastava udruženja i, konkretno, jesu li te nacionalne odredbe u skladu s općim načelima prava Europske unije u pogledu slobode poduzetništva i korisnog učinka, te s člankom 16. Povelje Europske unije o temeljnim pravima?“

(B) „Protive li se Direktivi 2004/18/EZ, člancima 16., 49., 50. i 52. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, članku 4. Protokola br. 7 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP), članku 6. UEU-a, načelima proporcionalnosti, tržišnog natjecanja, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga iz članaka 49., 50., 54. i 56. UFEU-a, nacionalna pravna pravila (članak 38. stavak 1. točka (f) te članci 48. i 75. Zakonodavne uredbe br. 163 iz 2006.) kojima se predviđa primjena sankcije zadržavanja privremenog jamstva kao automatska posljedica isključenja određenog gospodarskog subjekta iz postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi usluga, čak i neovisno o okolnosti je li taj gospodarski subjekt bio uspješan ponuditelj u navedenoj dodjeli ugovora?“

### **Navedene odredbe prava Unije**

Direktiva 2004/18/EZ, konkretno uvodna izjava 2., članak 2. i članak 4. stavak 2.

Članci 16., 49., 50. i 52. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja)

Članci 49., 50., 54. i 56. UFEU-a

Članak 6. UEU-a

## Navedene nacionalne odredbe

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 (Zakonodavna uredba br. 163 iz 2006., Zakonik o ugovorima o javnoj nabavi radova, usluga i robe kojim se prenose direktive 2004/17/EZ i 2004/18/EZ, u daljnjem tekstu: Zakonik o ugovorima), u verziji koja se primjenjivala u trenutku nastanka činjenica:

Članak 11. stavak 6.:

„Svaki sudionik može podnijeti samo jednu ponudu. Ponuda je obvezujuća u razdoblju navedenom u pozivu na nadmetanje ili pozivu na dostavu ponuda, a u slučaju da to razdoblje nije navedeno, u razdoblju od 180 dana od isteka roka za njezino podnošenje. Javni naručitelj može od ponuditelja zatražiti odgodu navedenog roka”.

Članak 37. stavci 8., 9., 10., 18. i 19.:

„8. Subjektima iz članka 34. stavka 1. točaka (d) i (e) dopušta se podnošenje ponuda i u slučajevima kad oni još nisu osnovani. U tom slučaju ponudu moraju potpisati svi gospodarski subjekti koji će činiti privremena udruženja ili obične konzorcije sudionika te ona treba sadržavati obvezu da će u slučaju dodjele ugovora navedeni subjekti dodijeliti posebnu zajedničku punomoć za zastupanje jednom od njih [...] i taj će taj subjekt sklopiti ugovor u svoje ime i za svoj račun te u ime i za račun opunomoćitelja.

9. [...] Ne dovodeći u pitanje odredbe predviđene stavcima 18. i 19., zabranjuje se svaka promjena sastava privremenih udruženja i običnih konzorcija sudionika u odnosu na sastav koji proizlazi iz obveze navedene u ponudi.

10. Nepoštovanje zabrana iz prethodnog stavka dovodi do poništenja dodjele ili ništavosti ugovora te do isključenja sudionika koji su se udružili u udruženje [...]

18. U slučaju stečaja opunomoćenika odnosno, kad je riječ o trgovcu pojedincu, u slučaju njegove smrti, zabrane obavljanja djelatnosti, nesposobnosti za obavljanje djelatnosti ili njegova stečaja ili u slučajevima predviđenima propisima donesenim radi suzbijanja organiziranog kriminala, javni naručitelj može održati na snazi odnos iz dodijeljenog ugovora s drugim gospodarskim subjektom koji je opunomoćen na način predviđen ovim zakonikom, ako ispunjava uvjete u pogledu kvalifikacije koji su odgovarajući s obzirom na radove, isporuke robe ili usluga koje još treba izvršiti, a ako ti uvjeti nisu ispunjeni, javni naručitelj može odustati od ugovora.

19. U slučaju stečaja jednog od opunomoćitelja odnosno, kad je riječ o trgovcu pojedincu, u slučaju njegove smrti, zabrane obavljanja djelatnosti, nesposobnosti za obavljanje djelatnosti ili njegova stečaja ili u slučajevima predviđenima propisima donesenim radi suzbijanja organiziranog kriminala, opunomoćenik je

dužan, ako ne navede drugog gospodarskog subjekta koji stupa u položaj potonjeg opunomoćitelja i koji ispunjava propisane uvjete prihvatljivosti, izvršiti ugovor izravno ili uz pomoć drugih opunomoćitelja koji ispunjavaju uvjete u pogledu kvalifikacije koji su odgovarajući s obzirom na radove ili isporuke robe ili usluga koje još treba izvršiti”.

Članak 38. stavak 1. točka (f):

„1. Isključene su iz sudjelovanja u postupcima sklapanja ugovora o koncesijama i ugovora o javnoj nabavi radova, robe i usluga, ne mogu im se dodijeliti ugovori o podizvođenju niti mogu sklapati odgovarajuće ugovore sve osobe: [...] (f) koje su u skladu s obrazloženom ocjenom javnog naručitelja krive za grubu nepažnju ili zlu namjeru u obavljanju poslova koje im je povjerio javni naručitelj koji je objavio poziv na nadmetanje; ili koje su počinile težak propust u obavljanju svoje profesionalne djelatnosti, a koji je javni naručitelj dokazano utvrdio”.

Članak 48. stavak 1.:

„Prije otvaranja omotnica u kojima se nalaze dostavljene ponude, javni naručitelji dužni su od određenog broja ponuditelja odabranih javnim izvlačenjem koji ne može predstavljati manje od 10 % dostavljenih ponuda, pri čemu se postotak zaokružuje na viši broj, zatražiti da u roku od deset dana od podnošenja zahtjeva dokažu da ispunjavaju uvjete ekonomsko-financijske i tehničko-organizacijske sposobnosti ako se ti uvjeti eventualno zahtijevaju u pozivu na nadmetanje, za što ponuditelji trebaju dostaviti dokumentaciju navedenu u tom pozivu ili dopisu s pozivom na dostavu ponuda. Javni naručitelji u okviru nadzora provjeravaju ispunjavanje uvjeta u pogledu kvalifikacija za izvođenje radova [...]. Ako ponuditelj ne dostavi taj dokaz odnosno ako ne potvrdi izjave koje je naveo u zahtjevu za sudjelovanje ili u ponudi, javni naručitelji isključit će natjecatelja iz postupka javne nabave [i] naplatiti odgovarajuće privremeno jamstvo [...]”.

Članak 75.

„1. Uz ponudu se daje jamstvo u iznosu od 2 % osnovne cijene navedene u pozivu na nadmetanje ili pozivu na dostavu ponuda, koje se daje, po izboru ponuditelja, bilo kao novčani polog ili u obliku ugovora o jamstvu. [...]

6. Jamstvo se daje ako se ugovor ne sklopi zbog krivnje davatelja jamstva i ono automatski prestaje važiti u trenutku sklapanja samog ugovora. [...]

9. U aktu u kojem obavještava neuspješne ponuditelje o provedenoj dodjeli javni naručitelj istodobno određuje prestanak važenja jamstva iz stavka 1. [...]”.

## Sažeti prikaz činjenica i postupka

### *(A) Činjenice iz kojih proizlazi spor*

- 1 Na temelju poziva na nadmetanje koji je objavljen 21. prosinca 2015. društvo Consip organiziralo je postupak javne nabave, podijeljen u 12 grupa, radi povjeravanja obavljanja usluge javne rasvjete i povezanih usluga. Udružena društva Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (u daljnjem tekstu: CSEL), Iren Smart Solutions i Gi One zajedno su podnijela ponudu za grupe 1, 8, 10 i 11 te su uplatila odgovarajuća privremena jamstva u svojstvu privremenog udruženja poduzetnika u osnivanju, pri čemu su se obvezala da će u slučaju dodjele ugovora osnovati privremeno udruženje poduzetnika.
- 2 Postupak javne nabave trebalo je dovršiti do 18. travnja 2017., ali ga je društvo Consip produljilo u osam navrata. To je u odnosu na navedena četiri društva koja su sudjelovala u postupku javne nabave dovelo do potrebe da se u trenutku isteka roka obvezatnosti ponude više puta usklade izvorno podnesene ponude, kao i do produljenja privremenih jamstava.
- 3 Slijedom sedmog i osmog zahtjeva za potvrdu koje je dostavilo društvo Consip, društva Luxone i Iren Smart Solutions priopćila su 2020. da žele potvrditi izvorne ponude. Međutim, društva Gi One i CSEL izjavila su da ne žele potvrditi ponude zbog nepredviđenog višegodišnjeg trajanja postupka. Konkretno, ta dva potonja društva navela su da ponude više nisu održive sa stajališta poduzetništva i s aspekta pravilnog i pažljivog upravljanja poduzećem.
- 4 Consip smatra da to što društva Gi One i CSEL nisu potvrdila ponude znači da su se povukla iz privremenog udruženja poduzetnika, pri čemu su na taj način promijenila njegov izvorni sastav i prouzročila povlačenje iz privremenog udruženja poduzetnika. Stoga je društvo Consip u listopadu 2020. za privremeno udruženje poduzetnika kao cjelinu donijelo odluku o isključenju iz postupka javne nabave i odluku o naplati privremenih jamstava u ukupnom iznosu od 2 950 000,00 eura. Odluka o isključenju iz postupka javne nabave temeljila se na činjenici da je povlačenje društava Gi One i CSEL bilo nezakonito i da je njegov cilj bilo izbjegavanje nadzora.
- 5 Kad je riječ o nezakonitosti povlačenja, društvo Consip smatra da je točno da se talijanskim propisima u odnosu na sudionika, a time u ovom slučaju i u odnosu na privremeno udruženje poduzetnika kao cjelinu, predviđa pravo da odustane od ponude nakon što je proteklo određeno vrijeme od pokretanja postupka javne nabave, ali to pravo ne mogu koristiti samo neka društva koja čine privremeno udruženje poduzetnika.
- 6 Što se tiče činjenice da je cilj povlačenja bilo izbjegavanje nadzora, društvo Consip smatra da je svrha povlačenja društva Gi One bila izbjegavanje nadzora predviđenih zakonom, s obzirom na to da su određeni subjekti koji su povezani s društvom Gi One postupali na načine koji predstavljaju kaznena djela. Što se tiče

povlačenja društva CSEL, izbjegavanje je osobito proizlazilo iz činjenice da nisu ispunjeni uvjeti koji se zahtijevaju za sudjelovanje u postupku javne nabave i koji pak trebaju biti ispunjeni od trenutka podnošenja zahtjeva za sudjelovanje pa sve do dodjele ugovora.

**(B) Prvostupanjski i žalbeni postupak**

- 7 Žalitelj je podnio tužbu Tribunaleu amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) kojom je pobijao navedene odluke koje je donijelo društvo Consip.
- 8 Presudom br. 4505/2021 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) odbio je tu tužbu zbog: (a) toga što ponudu u trenutku isteka roka ne mogu potvrditi samo neki članovi privremenog udruženja poduzetnika; (b) nedopuštenosti korištenja prava na povlačenje iz privremenog udruženja poduzetnika osim u slučajevima predviđenima sudskom praksom, što nisu slučajevi u ovom predmetu; (c) toga što je u ovom slučaju cilj povlačenja bilo izbjegavanje nadzora jer se njime nastojalo izbjeći donošenje odluke o isključenju iz postupka javne nabave.
- 9 Osim toga, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) smatrao je da nisu ispunjene pretpostavke za ocjenu ustavnosti talijanskih propisa ili za ocjenu usklađenosti tih propisa s pravom Europske unije. Naime, prema mišljenju tog suda, Direktivom 2004/18, koja je bila na snazi u vrijeme nastanka činjenica, ne predviđa se obveza nacionalnog zakonodavca da u situaciji kao što je ona u predmetnom slučaju mora uvesti mogućnost smanjivanja broja poduzeća koja su dio izvornog privremenog udruženja poduzetnika.
- 10 Žalitelj je podnio žalbu protiv presude Tribunalea amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) Consigliu di Stato (Državno vijeće) koji je prekinuo postupak do donošenja odluke Cortea costituzionale (Ustavni sud, Italija) o zahtjevu za ocjenu ustavnosti koji je Consiglio di Stato (Državno vijeće) podnio u okviru jednog drugog postupka koji se odnosio na sličan spor.
- 11 Presudom br. 198 iz 2022. Corte costituzionale (Ustavni sud) isključio je mogućnost da naplata privremenog jamstva ima prirodu punitivne sankcije jer se njome u biti osigurava poštovanje pravila javne nabave i ponovno uspostavljanje povrijeđenog javnog interesa, a to je da se spriječi da u postupku javne nabave sudjeluju natjecatelji koji ne zadovoljavaju uvjete ili da se dostavljaju ponude koje ne ispunjavaju zahtijevane uvjete. Corte costituzionale (Ustavni sud) smatra da se iz iznosa privremenog jamstva koji nije visok, predviđanja alternativnih oblika davanja jamstva (u obliku novčanog pologa ili ugovora o jamstvu) te sustava olakšica koje predviđa zakonodavac može zaključiti da ne postoji neka osobita ozbiljnost koje se zahtijeva kako bi se štetna mjera mogla izjednačiti sa sankcijom koja je u biti kaznenopravne prirode.

- 12 Consiglio di Stato (Državno vijeće) smatra da ta presuda Cortea costituzionale (Ustavni sud) nije odlučujuća za rješavanje spora koji je pred njim u tijeku, među ostalim i s obzirom na činjenicu da je u predmetu u kojem odlučuje ukupan iznos novčanih jamstava ipak vrlo visok.

### **Glavni argumenti stranaka iz glavnog postupka**

- 13 Žalitelj osporava zakonitost odluke o naplati privremenih jamstava nakon isključenja iz postupka javne nabave. Ta je odluka nezakonita kao posljedica nezakonitosti odluke o isključenju na kojoj se temelji odluka o naplati. Navedena odluka nezakonita je i sama po sebi jer, u skladu s propisima koji su bili na snazi u vrijeme nastanka činjenica, do naplate može doći samo ako su ispunjena dva uvjeta, odnosno: ako sudionik ne dokaže da ispunjava uvjete ekonomsko-financijske i tehničko-organizacijske sposobnosti ili ako do potpisivanja ugovora ne dođe „zbog krivnje javnog naručitelja”.
- 14 Žalitelj smatra da naplata jamstva u oba slučaja pretpostavlja postojanje postupanja koje se u subjektivnom smislu može pripisati gospodarskom subjektu koji je odgovoran za to što nije došlo do potpisivanja ugovora ili do toga da ne može nastaviti sudjelovati u postupku javne nabave. Prema žaliteljevu mišljenju, nijedna od tih pretpostavki nije ispunjena u ovom slučaju.
- 15 Žalitelj tvrdi da je naplata jamstva mjera koja predstavlja ozbiljnu sankciju i koja je kaznenopravne prirode jer nedostaje cilj koji obično ima naplata jamstva, a to je da se nadoknadi šteta prouzročena javnom naručitelju. U ovom slučaju društvo Consip nije pretrpjelo nikakvu štetu zbog toga što je privremeno udruženje poduzetnika bilo isključeno iz postupka javne nabave.
- 16 Automatska naplata jamstava u obliku novčanog pologa u vrlo velikom i financijski zahtjevnom iznosu predstavlja sankciju koja je u potpunosti bezrazložna, nerazumna i neproporcionalna u odnosu na postupanje privremenog udruženja poduzetnika te dovodi do tumačenja članaka 48. i 75. Zakonika o ugovorima koje je u suprotnosti s ustavnim načelima i odredbama te načelima i odredbama prava Unije.

### **Sažeti prikaz obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku**

- 17 Consiglio di Stato (Državno vijeće) (u daljnjem tekstu također: sud koji je uputio zahtjev) smatra da treba ocijeniti usklađenost s propisima Europske unije talijanskih propisa koji dovode do toga da se činjenica da gospodarski subjekt nije potvrdio ponudu u trenutku prestanka njezine obvezatnosti izjednačuje s povlačenjem iz privremenog udruženja poduzetnika. Također valja razmotriti odluku o isključenju koja je relevantna i s obzirom na posljedičnu odluku o naplati jamstva.

***Odluka o isključenju***

- 18 Sud koji je uputio zahtjev smatra da iz talijanskih propisa proizlazi da je odluka o isključenju akt koji treba donijeti na temelju zakona jer se, s jedne strane, time što društvo Gi One nije potvrdilo ponudu, odnosno povlačenjem tog društva, povređuje zabrana promjene sastava privremenog udruženja poduzetnika i, s druge strane, jer povlačenje u ovom slučaju predstavlja radnju čiji je cilj izbjeći nadzor moralne pouzdanosti gospodarskog subjekta.
- 19 Kad je riječ o zabrani promjene sastava privremenog udruženja poduzetnika, sud koji je uputio zahtjev naglašava da u skladu s člankom 37. Zakonika o ugovorima pravo na isključivanje ponude koja je podnesena u postupku javne nabave nakon što je ta ponuda istekla može iskoristiti samo privremeno udruženje poduzetnika u osnivanju kao cjelina, s obzirom na to da u ovom slučaju nije riječ ni o jednoj od iznimaka predviđenih propisima i sudskom praksom kojima se dopušta promjena sastava privremenog udruženja poduzetnika.
- 20 Naime, privremeno udruženje poduzetnika sudjeluje u postupku javne nabave kao stranka sastavljena od više subjekata, koju čine svi gospodarski subjekti koji će osnovati to udruženje u slučaju dodjele ugovora. Stoga ponudu ne mogu potvrditi samo dva člana (u odnosu na četiri izvorna člana) koja čine privremeno udruženje poduzetnika, osobito imajući u vidu cilj članka 11. stavka 6. Zakonika o ugovorima i načelo zabrane promjene sastava privremenog udruženja poduzetnika tijekom postupka javne nabave, koje proizlazi iz članka 37. stavka 9. tog zakonika te se primjenjuje i u slučaju kad privremeno udruženje poduzetnika još nije službeno osnovano.
- 21 Cilj članka 11. stavka 6. jest da ponuda ostane neizmijenjena tijekom cijelog pretpostavljenog trajanja postupka javne nabave. Tim se člankom nastoji zaštititi ponuditelj koji nakon isteka roka može odustati od ponude, ali ako ne izjavi da je odustao, ponuda nije istekla. Stoga, budući da nisu svi subjekti koji čine stranku koja se sastoji od više subjekata izjavili drukčije, treba smatrati da još uvijek postoji obveza. Isto tako, odredbama talijanskih propisa omogućuje se javnom naručitelju da osigura ozbiljnost sudjelovanja privremenih udruženja poduzetnika koja još nisu službeno osnovana u postupku javne nabave, osiguravajući da će ona stvarno biti osnovana nakon dodjele ugovora.
- 22 Kad je riječ o izbjegavanju nadzora pouzdanosti, sud koji je uputio zahtjev naglašava da, prema sudskoj praksi upravnih sudova u tom području, povlačenje jednog poduzetnika nije dopušteno ako je cilj tog povlačenja izbjegavanje propisa i, konkretno, ako je njegov cilj izbjegavanje nadzora u pogledu ispunjavanja uvjeta za sudjelovanje, čime se izbjegava sankcija isključenja iz postupka javne nabave zbog toga što nisu ispunjeni ti uvjeti.
- 23 S obzirom na ta razmatranja, sud koji je uputio zahtjev ističe da talijanski propisi, kako se tumače u sudskoj praksi, primoravaju članove privremenog udruženja poduzetnika da i dalje budu vezani podnesenom ponudom tijekom neodređenog



vremenskog razdoblja i onda kada više puta istekne njezina obvezatnost u slučajevima dugotrajnih složenih postupaka javne nabave, pri čemu preostaje jedino mogućnost da nijedan izvorni član privremenog udruženja poduzetnika ne potvrdi ponudu. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, dvojbeno je jesu li ti propisi u skladu s načelom slobode poduzetništva predviđenim člankom 16. Povelje, kojim je kodificirana sudska praksa Suda i koji se temelji na članku 119. UFEU-a, načelom proporcionalnosti predviđenim člankom 52. Povelje i s načelima proporcionalnosti, tržišnog natjecanja, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga sadržanima u UFEU-u.

- 24 Sud koji je uputio zahtjev smatra da zabrana da samo jedan član privremenog udruženja poduzetnika odustane od ponude, osobito u kontekstu postupaka javne nabave koji traju znatno vremensko razdoblje, pod prijetnjom isključenja privremenog udruženja poduzetnika kao cjeline, očito nije mjera koja je proporcionalna u odnosu na potrebu da se osigura ozbiljnost podnesene ponude, ako i u mjeri u kojoj gospodarski subjekti koji su potvrdili ponudu sami po sebi ispunjavaju sve uvjete za sudjelovanje i bez gospodarskog subjekta koji je odustao od ponude.
- 25 Naime, u skladu s načelom proporcionalnosti, koje predstavlja opće načelo prava Unije i s kojim treba uskladiti dodjelu ugovora koji su sklopljeni u državama članicama, kao što to proizlazi iz Direktive 2004/18, mjere koje donesu države članice ne smiju prekoračiti ono što je nužno za ostvarenje tog cilja, što je također potvrđeno u sudskoj praksi Suda.
- 26 Naposljetku, sud koji je uputio zahtjev ističe da kada se činjenica da jedan gospodarski subjekt koji je član privremenog udruženja poduzetnika ne potvrdi ponudu izjednači s povlačenjem iz privremenog udruženja poduzetnika, isključenje u svakom slučaju postaje obvezujuće na temelju zakona ako se utvrdi da je gospodarski subjekt koji se povukao to učinio s ciljem izbjegavanja nadzora njegove moralne pouzdanosti, dok u slučaju da se dopusti da taj subjekt ne mora potvrditi ponudu, ne treba provesti nikakav naknadni nadzor u pogledu te profesionalne pouzdanosti s obzirom na to da se taj gospodarski subjekt više ne može smatrati članom privremenog udruženja poduzetnika koje sudjeluje u postupku javne nabave.

### ***Odluka o naplati jamstva***

- 27 Consiglio di Stato (Državno vijeće) ističe da je Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) odlučivao o prirodi, opsegu i pravičnosti novčanih kazni kada su one obuhvaćene takozvanim kaznenim stvarima (presuda od 4. ožujka 2014., Grande Stevens i dr. protiv Italije, t. 99.; vidjeti u tom smislu i presudu Suda Europske unije od 5. lipnja 2012., C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato (Državno vijeće) naveo je u okviru svoje sudske prakse da je ESLJP razvio vlastite i samostalne kriterije za utvrđivanje jesu li određena povreda i odgovarajuća sankcija kaznenopravne prirode. Konkretno, utvrđena su

tri kriterija, odnosno: I. pravna kvalifikacija povrede u nacionalnom pravu, pri čemu se precizira da ta kvalifikacija nije obvezujuća ako se utvrdi da mjera „sama po sebi ima kaznenopravna obilježja”; II. priroda povrede koja se izvodi iz područja primjene pravnog pravila kojim se predviđa ta povreda i iz cilja koji se nastoji postići; III. stupanj ozbiljnosti sankcije.

- 29 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, zbog opsega financijske obveze naložene žalitelju, naplata privremenih jamstava poprima oblik sankcije za koju, u skladu sa sudskom praksom ESLJP-a, treba smatrati da je kaznenopravne prirode. Naime, automatska naplata privremenih jamstava u ovom slučaju ima obilježja očite povrede načela proporcionalnosti sankcija.
- 30 Prije svega, relevantan je članak 49. stavak 3. Povelje u skladu s kojim „[s]trogost kazne ne smije biti nerazmjerna kaznenom djelu”.
- 31 U ovom slučaju očito je da ne postoji odgovarajuća ravnoteža između javnog interesa i temeljnih prava zajamčenih na razini Unije jer je žalitelju izrečena vrlo visoka novčana kazna na temelju automatizma koji je kao takav po definiciji neproporcionalan, te se pritom nisu na odgovarajući način ocijenjene okolnosti konkretnog slučaja.
- 32 Članak 1. Protokola br. 1 uz EKLJP, isto kao i članak 17. Povelje, također su tumačeni na način da im je cilj osigurati poštovanje proporcionalnosti između postupanja i izrečene sankcije.
- 33 Zbog toga je očito da se članak 38. stavak 1. točka (f) i članak 48. Zakonika o ugovorima protive ustavnim pravnim pravilima i načelima te pravilima i načelima prava Unije u području proporcionalnosti sankcija u okolnostima kad se ti članci tumače na način da se njima dopušta automatska naplata privremenog jamstva nakon isključenja iz postupka javne nabave.
- 34 To protuslovlje bilo bi još očitije kad bi se utvrdilo da se mjera poput one o kojoj je konkretno riječ, za koju treba smatrati da je kaznenopravne prirode, može donijeti a da pritom nije uzet u obzir subjektivni element i, konkretno, predvidljivost isključenja.