

Zadeva C-403/23**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

30. junij 2023

Predložitveno sodišče:

Consiglio di Stato (Italija)

Datum predložitvene odločbe:

16. junij 2023

Tožeča stranka:

Luxone Srl, v svojem imenu in kot zastopnica začasnega združenja podjetij, ki bo ustanovljeno z družbo Iren Smart Solutions SpA

Tožena stranka:

Consip SpA

Predmet postopka v glavni stvari

Pritožba, ki jo je družba Luxone v svojem imenu in kot zastopnica začasnega združenja podjetij, ki bo ustanovljeno z družbo Iren Smart Solutions, (v nadaljevanju: tožeča stranka) pri Consiglio di Stato (državni svet, Italija) vložila zoper sodbo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija; v nadaljevanju: TAR za Lacij), s katero je navedeno sodišče zavrnilo tožbo tožeče stranke zoper odločbi, ki ju je glede nje sprejela družba Consip SpA. S tema odločbama sta bila določena izključitev iz postopka oddaje javnega naročila in zaseg začasnih varščin, ki jih je tožeča stranka položila v okviru postopka oddaje javnega naročila.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Namen predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je Consiglio di Stato (državni svet) kot sodišče, ki odloča na zadnji stopnji, vložilo na podlagi člena 267 PDEU, je preveriti skladnost italijanske zakonodaje na področju

spremembe sestave začasnega združenja podjetij, izključitve začasnega združenja podjetij iz postopka oddaje javnega naročila v primeru izstopa enega od njenih članov in zasega začasnih varščin, položenih v okviru postopka oddaje javnega naročila, iz katerega je bil ponudnik izključen, z Direktivo 2004/18/ES in načeli Unije o sorazmernosti, svobodi gospodarske pobude, prostem pretoku in svobodi ustanavljanja.

Vprašani za predhodno odločanje

A) „Ali Direktiva 2004/18/ES, člena 16 in 52 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah ter načela sorazmernosti, konkurence, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev iz členov 49, 50, 54 in 56 PDEU nasprotujejo nacionalnim pravilom (členi 11(6), 37(8), (9), (10), (18), (19) in 38(1)(f) decreto legislativo 163 del 2006 (zakonska uredba št. 163 iz leta 2006)), ki v primeru izteka veljavnosti ponudbe, ki jo je prvotno predložilo še neustanovljeno začasno združenje podjetij, ob podalšanju časovne veljavnosti te ponudbe izključujejo možnost zmanjšanja prvotne sestave združenja; natančneje, ali so te nacionalne določbe združljive s splošnimi načeli svobode gospodarske pobude in polnega učinka, ki jih določa pravo Evropske unije, ter s členom 16 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah?“

B) „Ali Direktiva 2004/18/ES, členi 16, 49, 50 in 52 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, člen 4 Protokola št. 7 k Evropski konvenciji o človekovih pravicah – EKČP, člen 6 PEU ter načela sorazmernosti, konkurence, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev iz členov 49, 50, 54 in 56 PDEU nasprotujejo nacionalnim pravilom (členi 38(1)(f), 48 in 75 zakonske uredbe št. 163 iz leta 2006), s katerimi je določena uporaba sankcije zasega začasne varščine kot samodejna posledica izključitve gospodarskega subjekta iz postopka oddaje javnega naročila za storitve, ne glede na to, ali je gospodarski subjekt izbrani ponudnik v okviru tega postopka?“

Navedene določbe prava Unije

Direktiva 2004/18/ES, zlasti uvodna izjava 2, člen 2 in člen 4(2)

Členi 16, 49, 50 in 52 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina iz Nice)

Členi 49, 50, 54 in 56 PDEU

Člen 6 PEU

Navedene določbe nacionalnega prava

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

(zakonska uredba št. 163/2006 – zakonik o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga na podlagi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES; v nadaljevanju: zakonik o javnih naročilih) v različici, ki je veljala v času dejanskega stanja:

Člen 11(6):

„Noben ponudnik ne sme oddati več kot ene ponudbe. Ponudba je zavezujoča za obdobje, navedeno v obvestilu o javnem naročilu ali povabilu, če to ni navedeno, pa za obdobje 180 dni po izteku roka za njeno oddajo. Naročnik lahko od ponudnikov zahteva podaljšanje navedenega roka.“

Člen 37(8), (9), (10), (18) in (19):

„8. Subjekti iz člena 34(1)(d) in (e) lahko predložijo ponudbe, tudi če še niso ustanovljeni. V tem primeru morajo ponudbo podpisati vsi gospodarski subjekti, ki bodo sestavljali začasna združenja ali običajne konzorcije ponudnikov, ta pa mora vsebovati zavezo, da bodo v primeru oddaje javnega naročila zadevni gospodarski subjekti podelili posebno kolektivno pooblastilo za zastopanje enemu od njih [...], ki bo sklenil pogodbo v svojem imenu in za svoj račun ter v imenu in za račun pooblastiteljev.“

9. [...] Brez poseganja v odstavka 18 in 19 je prepovedana vsaka sprememba sestave začasnih združenj in običajnih konzorcijev ponudnikov iz zaveze, vsebovane v ponudbi.

10. Nespoštovanje prepovedi iz prejšnjega odstavka povzroči razveljavitev oddaje naročila ali ničnost pogodbe ter izključitev ponudnikov, ki so povezani v združenje [...].

18. V primeru stečaja zastopnika oziroma, če je zastopnik samostojni podjetnik, v primeru njegove smrti, odvzema poslovne sposobnosti, omejene poslovne sposobnosti ali stečaja in v primerih, določenih v protimafijski zakonodaji, lahko naročnik v okviru javnega naročila nadaljuje pogodbeno razmerje z drugim gospodarskim subjektom, ki je zastopnik v skladu s pravili, določenimi v tem zakoniku, če ta subjekt izpolnjuje ustrezna merila glede usposobljenosti za izvedbo gradenj, storitev ali dobav blaga, ki jih je treba še zagotoviti; če ti pogoji niso izpolnjeni, lahko naročnik odpove naročilo.

19. V primeru stečaja enega od pooblastiteljev oziroma, če je pooblastitelj samostojni podjetnik, v primeru njegove smrti, odvzema poslovne sposobnosti, omejene poslovne sposobnosti ali stečaja in v primerih, določenih v protimafijski zakonodaji, mora zastopnik, če ne navede drugega gospodarskega subjekta naslednika, ki izpolnjuje zahtevane pogoje glede usposobljenosti, izvesti naročilo neposredno ali prek drugih pooblastiteljev, če ti izpolnjujejo ustrezna merila glede usposobljenosti za izvedbo gradenj, storitev ali dobav blaga, ki jih je treba še zagotoviti.“

Člen 38(1)(f):

„1. Iz postopkov oddaje koncesij in javnih naročil gradenj, blaga in storitev so izključene in ne smejo delovati kot podizvajalec ter ne smejo skleniti s temi naročili povezanih pogodb osebe: (f) ki so bile na podlagi utemeljene ocene naročnika spoznane za krive hude malomarnosti ali slabe vere pri opravljanju storitev, ki jim jih je oddal naročnik, ki je objavil javni razpis; ali ki so storile resno napako pri opravljanju svoje poklicne dejavnosti, kar je z vsemi dokaznimi sredstvi ugotovil naročnik.“

Člen 48(1):

„Od ponudnikov, ki po številu ustrezajo vsaj desetim odstotkom predloženih ponudb, zaokroženo navzgor, in so izbrani z javnim žrebom, naročniki pred odpiranjem ovojnic s predloženimi ponudbami zahtevajo, da v desetih dneh od poziva dokažejo, da izpolnjujejo morebitne zahteve glede ekonomsko-finančnih in tehnično-organizacijskih zmogljivosti, določenih v obvestilu o javnem naročilu, in sicer s predložitvijo dokumentov, navedenih v obvestilu ali povabilu. Javni naročniki med preverjanjem ugotavljajo, ali ponudniki izpolnjujejo zahtevo glede usposobljenosti za izvedbo javnega naročila [...]. Če to dokazilo ni predloženo ali z njim niso potrjene navedbe iz prijave za sodelovanje ali ponudbe, javni naročniki ponudnika izključijo iz postopka oddaje javnega naročanja [in] unovčijo začasno varščino [...].“

Člen 75:

„1. Ponudba vključuje jamstvo v višini dveh odstotkov osnovne cene, navedene v obvestilu o javnem naročilu ali povabilu, ki se na ponudnikovo izbiro položi v obliki varščine ali poročta. [...]

6. Jamstvo je namenjeno kritju v primeru neskenitve pogodbe zaradi ravnanja izbranega ponudnika, ob podpisu pogodbe pa se samodejno sprosti. [...]

9. Naročnik z aktom, s katerim neizbranim ponudnikom sporoči odločitev glede oddaje naročila, hkrati sprosti jamstvo iz odstavka 1 [...].“

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

A) Dejansko stanje spora

- 1 Družba Consip je z obvestilom, objavljenim 21. decembra 2015, organizirala postopek oddaje javnega naročila, razdeljen na 12 sklopov, za dodelitev dobave storitev javne razsvetljave in povezanih storitev. Družba Luxone, konzorcijska družba Consorzio Stabile Energie Locali (v nadaljevanju: CSEL) ter družbi Iren Smart Solutions in Gi One so skupaj predložile ponudbo za sklope 1, 8, 10 in 11 ter kot še neustanovljeno začasno združenje podjetij položile ustreznečasne varščine, pri čemer so se zavezale, da bodo v primeru oddaje naročila ustanovile začasno združenje podjetij.

- 2 Postopek oddaje javnega naročila bi se moral končati do 18. aprila 2017, vendar ga je družba Consip osemkrat podaljšala. To je za zgoraj navedene štiri družbe, ki so sodelovale v postopku oddaje javnega naročila, pomenilo, da so morale ob izteku roka zavezujočnosti ponudbe večkrat uskladiti prvotno predložene ponudbe in podaljšati začasna jamstva.
- 3 Leta 2020 sta družbi Luxone in Iren Smart Solutions ob sedmi in osmi zahtevi družbe Consip po potrditvi izrazili pripravljenost, da potrdita prvotne ponudbe. Nasprotno pa sta družbi Gi One in CSEL izrazili namero, da zaradi nepredvidenega večletnega trajanja postopka ponudb ne potrdita. Natančneje, družbi sta navedli, da ponudbe niso več vzdržne s poslovnega vidika ter s stališča pravnega in skrbnega poslovanja.
- 4 Po mnenju družbe Consip sta se družbi Gi One in CSEL z nepotrditvijo ponudb umaknili iz začasnega združenja podjetij, s čimer sta spremenili njegovo prvotno sestavo in izstopili iz njega. V zvezi z začasnim združenjem podjetij kot celoto je družba Consip zato oktobra 2020 sprejela odločbo o izključitvi iz postopka oddaje javnega naročila in odredila zaseg začasnih varščin v skupnem znesku 2.950.000,00 EUR. Odločba o izključitvi iz postopka oddaje javnega naročila je temeljila na nezakonnosti in izogibajoči se naravi izstopa družb Gi One in CSEL.
- 5 Kar zadeva nezakonnost izstopa, po mnenju družbe Consip drži, da italijanska zakonodaja za ponudnika in torej v obravnavanem primeru za celotno začasno združenje podjetij določa pravico do odstopa od ponudbe, če je od objave javnega naročila preteklo določeno obdobje, vendar te pravice ne morejo uveljavljati samo nekatere družbe iz začasnega združenja podjetij.
- 6 V zvezi z izogibajočo se naravo izstopa družba Consip meni, da je družba Gi One iz začasnega združenja podjetij izstopila, da bi se izognila zakonsko določenim preverjanjem, saj so nekateri subjekti, povezani z njo, storili kazniva dejanja. Kar zadeva izstop družbe CSEL, je izogibanje med drugim izhajalo iz tega, da ni izpolnjevala zahtev za sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, ki pa morajo biti izpolnjene od vložitve prijave za sodelovanje do oddaje naročila.

B) Sodni postopek na prvi stopnji in pritožbeni postopek

- 7 Tožeča stranka je pri TAR za Lacij vložila tožbo zoper zgoraj navedeni odločbi, ki ju je sprejela družba Consip.
- 8 TAR za Lacij je s sodbo št. 4505/2021 to tožbo zavrnilo na podlagi: a) nemožnosti, da bi ponudbo ob njenem izteku potrdili samo nekateri člani začasnega združenja podjetij; b) nedopustnosti uveljavljanja pravice do izstopa iz začasnega združenja podjetij razen v primerih, ko je to dovoljeno s sodno prakso, pri čemer v obravnavani zadevi ta pogoj ni izpolnjen; c) izogibajoče se narave izstopa v obravnavani zadevi, ker je njegov namen preprečiti ukrep izključitve iz postopka oddaje javnega naročila.

- 9 TAR za Lacij je poleg tega tudi trdilo, da ni razlogov za postavitev vprašanja o ustavnosti ali združljivosti italijanske zakonodaje s pravom Unije. Menilo je namreč, da z Direktivo 2004/18, ki je veljala v času dejanskega stanja, ni določena obveznost nacionalnega zakonodajalca, da v položaju, kakršen je v obravnavani zadevi, uvede možnost zmanjšanja števila podjetij, ki so bila del prvotnega začasnega združenja podjetij.
- 10 Tožeča stranka je zoper sodbo, ki jo je izreklo TAR za Lacij, vložila pritožbo pri Consiglio di Stato (državni svet), ki je nato odločanje prekinilo do sprejetja odločbe Corte costituzionale (ustavno sodišče, Italija) o vprašanih ustavnosti, ki jih je Consiglio di Stato (državni svet) postavilo v okviru drugega postopka v zvezi s podobnim sporom.
- 11 Corte costituzionale (ustavno sodišče) je s sodbo št. 198 iz leta 2022 izključilo, da je zaseg začasne varščine sankcija kaznovalne narave, saj je njen bistveni namen zagotoviti spoštovanje pravil javnega naročila in sanacijo prizadetega javnega interesa, ki je v preprečitvi sodelovanja neprimernih ponudnikov ali oddajo ponudb, ki niso skladne z zahtevanimi pogoji. Corte costituzionale (ustavno sodišče) meni, da je na podlagi zneska začasnega jamstva, ki ni visok, predvidenih alternativnih oblik zagotovitve jamstva (varščina ali poroštvo) in sheme znižanj, ki jo je določil zakonodajalec, mogoče sklepati na neobstoj posebno strogih sredstev, kar je bistven element, da bi se škodljiv ukrep lahko izenačil s sankcijo, ki je po vsebini kazenske narave.
- 12 Consiglio di Stato (državni svet) meni, da ta sodba Corte costituzionale (ustavno sodišče) ni odločilna za rešitev spora, o katerem odloča, tudi ob upoštevanju dejstva, da je v zadevi, ki mu je bila predložena, skupni znesek varščin zelo visok.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 13 Tožeča stranka izpodbija zakonitost ukrepa, s katerim so bile po izključitvi iz postopka oddaje javnega naročila zasežene začasne varščine. Ta ukrep je posredno nezakonit, ker je nezakonita odločba o izključitvi, na kateri temelji ukrep zasega varščin. Prav tako je nezakonit sam po sebi, saj je v skladu s predpisi, ki so veljali v času dejanskega stanja, zaseg mogoč le v primeru dveh pogojev: če ponudnik ne dokaže, da izpolnjuje zahteve glede ekonomsko-finančnih in tehnično-organizacijskih zmogljivosti, ali če pogodba ni podpisana „zaradi ravnanja izbranega ponudnika“.
- 14 Tožeča stranka trdi, da je v obeh primerih pogoj za izterjavo varščine obstoj ravnanja, ki ga je mogoče subjektivno pripisati gospodarskemu subjektu, ki ni podpisal pogodbe ali nadaljeval sodelovanja pri javnem naročilu. Po njenem mnenju v obravnavani zadevi ni podan nobeden od teh dveh primerov.
- 15 Za tožečo stranko je zaseg varščin kot ukrep izrazito usmerjen v sankcioniranje in je kazenske narave, saj ni namenjen doseganju značilnega cilja, ki ga ima zaseg varščine, to je povračilu škode, povzročene naročniku. V obravnavani zadevi

družba Consip ni utrpela nobene škode, saj je bilo začasno združenje podjetij izključeno iz postopka oddaje javnega naročila.

- 16 Samodejni zaseg tako visokih varščin naj bi bil popolnoma neutemeljena in nerazumna sankcija, poleg tega pa tudi nesorazmerna glede na ravnanje začasnega združenja podjetij, kar bi vodilo v razlago členov 48 in 75 zakonika o javnih naročilih, ki bi bila v nasprotju z ustavnimi in evropskimi načeli ter določbami.

Kratka obrazložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 17 Po mnenju Consiglio di Stato (državni svet; v nadaljevanju: predložitveno sodišče) je treba presoditi, ali je italijanska zakonodaja, na podlagi katere je to, da gospodarski subjekt ne potrdi ponudbe ob izteku njene zavezujočnosti, izenačeno z izstopom iz začasnega združenja podjetij, v skladu z zakonodajo Evropske unije. Poleg tega je treba preučiti ukrep izključitve, ki je pomemben tudi v povezavi s posledičnim ukrepom zasega varščine.

O ukrepu izključitve

- 18 Predložitveno sodišče meni, da je v skladu z italijansko zakonodajo ukrep izključitve zakonsko predpisan ukrep, ker, prvič, dejstvo, da družba Gi One ni potrdila ponudbe oziroma je izstopila, krši prepoved glede spremembe sestave začasnega združenja podjetij, in drugič, ker izstop v obravnavani zadevi pomeni dejanje, s katerim se zaobide preverjanje moralne zanesljivosti gospodarskega subjekta.
- 19 V zvezi s prepovedjo spremembe sestave začasnega združenja podjetij predložitveno sodišče poudarja, da lahko v skladu s členom 37 zakonika o javnih naročilih pravico do odstopa od ponudbe, predložene v postopku oddaje javnega naročila, po njenem poteku uveljavlja začasno združenje podjetij le kot celota, saj v obravnavani zadevi ni podana nobena od izjem, ki so dopuščene z zakonodajo in sodno prakso ter bi omogočale spremembo sestave začasnega združenja podjetij.
- 20 Začasno združenje podjetij namreč pri javnem naročilu sodeluje kot večosebni udeleženec in je sestavljeno iz vseh gospodarskih subjektov, ki bodo njegovi ustanovitelji v primeru oddaje naročila. Ponudbe torej ne bi mogla potrditi samo dva člana (namesto prvotnih štirih) začasnega združenja podjetij, zlasti ob upoštevanju namena člena 11(6) zakonika o javnih naročilih in načela nespremenljivosti sestave začasnega združenja podjetij med postopkom oddaje javnega naročila, ki izhaja iz člena 37(9) navedenega zakonika in se uporablja tudi, če začasno združenje podjetij še ni formalno ustanovljeno.
- 21 Namen člena 11(6) je, da ponudba ostane nespremenjena v celotnem predvidenem obdobju trajanja javnega naročila. Ta člen naj bi zagotovil zaščito ponudniku, ki lahko po izteku roka odstopi od ponudbe, ponudba pa ne preneha veljati, če ponudnik ne poda izjave o svojem odstopu. Če ni izražena drugačna volja vseh oseb, ki sestavljajo večosebne udeležence, je zato treba šteti, da zavezanost k

ponudbi še vedno obstaja. Določbe italijanske zakonodaje prav tako omogočajo, da se naročniku v postopku oddaje javnega naročila zagotovi resnost sodelovanja začasnih združenj podjetij, ki formalno še niso bila ustanovljena, s tem, da se zagotovi njihova dejanska ustanovitev po oddaji naročila.

- 22 V zvezi z izogibanjem preverjanja zanesljivosti predložitveno sodišče poudarja, da v skladu z upravno sodno prakso na tem področju izstop podjetja ni dopusten, če je namenjen izogibanju zakonodaji in zlasti kadar je namenjen preprečevanju nadzora nad izpolnjevanjem pogojev za sodelovanje, s čimer bi se podjetje izognilo sankciji izključitve iz postopka oddaje javnega naročila zaradi neizpolnjevanja teh pogojev.
- 23 Ob upoštevanju teh preudarkov predložitveno sodišče poudarja, da se z italijansko zakonodajo, kot se razlaga v sodni praksi, članom začasnega združenja podjetij nalaga, da jih ponudba, ki je bila oddana za nedoločen čas, veže še naprej tudi v primeru več iztekov roka zavezujočnosti pri izvedbi dolgotrajnih in zapletenih postopkov javnih naročil, pri čemer je predvidena samo možnost, da ponudbe ne potrdijo vsi prvotni člani začasnega združenja podjetij. Po mnenju predložitvenega sodišča je vprašljivo, ali je ta ureditev združljiva z načelom svobode gospodarske pobude iz člena 16 Listine iz Nice, ki kodificira sodno prakso Sodišča in temelji na členu 119 PDEU, in z načelom sorazmernosti iz člena 52 Listine iz Nice ter z načeli sorazmernosti, konkurence, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev iz PDEU.
- 24 Prepoved odstopa od ponudbe za posamezne člane začasnega združenja podjetij, zlasti v primeru javnih naročil, ki trajajo daljše obdobje, pri čemer je posledica kršitve izključitev začasnega združenja kot celote, po mnenju predložitvenega sodišča ni sorazmerna z zahtevo po zagotovitvi resnosti oddane ponudbe, če gospodarski subjekti, ki so potrdili ponudbo, sami – tudi brez gospodarskega subjekta, ki je odstopil od ponudbe – izpolnjujejo vse pogoje za sodelovanje.
- 25 V skladu z načelom sorazmernosti, ki je splošno načelo prava Unije in ki ga je treba upoštevati pri oddaji naročil, sklenjenih v državah članicah, kot izhaja iz Direktive 2004/18, ukrepi, ki jih sprejmejo države članice, namreč ne smejo preseči tistega, kar je potrebno za doseg tega cilja, kar je potrjeno tudi s sodno prakso Sodišča.
- 26 Predložitveno sodišče nazadnje ugotavlja, da po tem, ko je vzpostavljena enakovrednost med dejstvom, da določen gospodarski subjekt, ki je član začasnega združenja podjetij, ni potrdil ponudbe, in izstopom iz začasnega združenja podjetij, postane izključitev vsekakor zakonsko obvezna, če se šteje, da je nepotrdiva ponudba namenjena izogibanju preverjanja moralne zanesljivosti gospodarskega subjekta, ki je izstopil; če bi bila po drugi strani dopuščena možnost, da gospodarski subjekt ponudbe ne potrdi, ne bi bilo treba opraviti nobenega nadaljnjega preverjanja te poklicne zanesljivosti, saj se takšen gospodarski subjekt ne more več šteti za člana začasnega združenja podjetij, ki sodeluje v postopku oddaje javnega naročila.

O ukrepu zasega varščine

- 27 Consiglio di Stato (državni svet) ugotavlja, da se je Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) izreklo o naravi, obsegu in pravičnosti denarnih kazni za namen njihove uvrstitve na t. i. kazensko področje (sodba z dne 4. marca 2014, Grande Stevens in drugi proti Italiji, točka 99; v zvezi s tem glej tudi sodbo Sodišča Evropske unije z dne 5. junija 2012 v zadevi C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato (državni svet) je v okviru svoje sodne prakse ugotovil, da je ESČP razvilo lastna in samostojna merila za ugotavljanje, ali sta kršitev in ustrezna sankcija kazenske narave. Opredeljena so bila tri merila, in sicer: (I) pravna opredelitev kršitve v nacionalnem pravu, pri čemer je pojasnjeno, da ta ni zavezujoča, če je ugotovljena „inherentno kazenska“ narava ukrepa; (II) narava kršitve, ugotovljena na podlagi področja uporabe določbe, s katero je ta kršitev predvidena, in zasledovanega cilja; (III) stopnja strogosti sankcije.
- 29 Predložitveno sodišče meni, da ima zaradi višine plačila, ki je bilo naloženo tožeči stranki, zaseg začasnih varščin elemente sankcije, ki ji je v skladu s sodno prakso ESČP treba priznati kazensko naravo. Samodejni zaseg začasnih jamstev naj bi namreč v obravnavani zadevi pomenil očitno kršitev načela sorazmernosti sankcij.
- 30 Upošteven naj bi bil zlasti člen 49(3) Listine iz Nice, v skladu s katerim „[k]azen ne sme biti nesorazmerna s kaznivim dejanjem“.
- 31 V obravnavani zadevi je očitno, da ni pravičnega ravnovesja med javnim interesom in temeljnimi pravicami, zagotovljenimi na evropski ravni, saj je tožeča stranka prejela zelo visoko denarno kazen zaradi samodejnosti, ki je kot taka po definiciji nesorazmerna in ne vključuje ustrezne presoje okoliščin obravnavanega primera.
- 32 Tudi člen 1 Protokola št. 1 k EKČP in člen 17 Listine iz Nice sta se razlagala tako, da sta namenjena zagotavljanju spoštovanja sorazmernosti med ravnanjem in naloženo sankcijo.
- 33 Zato je jasno, da člena 38(1)(f) in 48 zakonika o javnih naročilih nasprotujeta ustavnim in evropskim pravilom in načelom o sorazmernosti kazni, če se ta člena razlagata tako, da je samodejni zaseg začasne varščine po izključitvi iz postopka oddaje javnega naročila dopusten.
- 34 To nasprotje bi bilo še toliko očitnejše, če bi se ugotovilo, da je ukrep, kakršen je obravnavani in za katerega je treba prepoznati, da ima naravo sankcije, mogoče sprejeti brez upoštevanja subjektivnega elementa in zlasti predvidljivosti izključitve.