

Vec C-403/23

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

30. jún 2023

Vnútroštátny súd:

Consiglio di Stato

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

16. jún 2023

St'ážovateľka:

Luxone Srl, vo vlastnom mene a ako zástupca budúceho dočasného združenia podnikov [v taliančine skratene] „RTI“, ktoré má vytvoriť so spoločnosťou Iren Smart Solutions SpA

Odporkyňa:

Consip SpA

Predmet konania vo veci samej

Kasačná sťažnosť podaná na Consiglio di Stato (Štátna Rada, Taliansko) spoločnosťou Luxone, a to vo vlastnom mene a ako zástupca budúceho dočasného združenia podnikov „RTI“ so spoločnosťou Iren Smart Solutions (ďalej len „sťažovateľka“) proti rozsudku Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionálny správny súd Lazio, Taliansko, ďalej len „TAR Lazio“), ktorým uvedený súd zamietol žalobu sťažovateľky v prejednávanej veci proti opatreniam, ktoré voči nej prijala spoločnosť Consip S.p.a. Tieto opatrenia zahŕňali vylúčenie z verejného obstarávania a prepadnutie predbežných zábezpek, ktoré sťažovateľka zložila v rámci predmetného verejného obstarávania.

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Cieľom návrhu na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podala Consiglio di Stato (Štátna rada) ako súd posledného stupňa v zmysle článku 267 ZFEÚ, je overiť zlučiteľnosť talianskej právnej úpravy v oblasti zmeny zloženia „RTI“, vylúčenia „RTI“ z verejného obstarávania v prípade odstúpenia jedného z členov takéhoto združenia a prepadnutia predbežných zábezpek zložených v rámci verejného obstarávania, z ktorého bol uchádzač vylúčený, so smernicou 2004/18/ES a so zásadami Únie týkajúcimi sa proporcionality, slobody podnikania, voľného pohybu a slobody usadiť sa.

Prejudiciálne otázky

A) Bránia smernica 2004/18/ES, články 16 a 52 Charty základných práv Európskej únie, zásady proporcionality, hospodárskej súťaže, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby podľa článkov 49, 50, 54 a 56 ZFEÚ ustanoveniam vnútroštátneho práva (článok 11 ods. 6, článok 37 ods. 8, 9, 10, 18 a 19, článok 38 ods. 1 písm. f) legislatívneho dekrétu 163/2006), ktoré v prípade uplynutia lehoty viazanosti ponuky pôvodne predloženej budúcim dočasným združením podnikov „RTI“ vylučujú možnosť zúžiť pri predĺžení časovej viazanosti takejto ponuky pôvodné zloženie predmetného združenia; sú uvedené ustanovenia vnútroštátneho práva konkrétne zlučiteľné so všeobecnými zásadami práva Európskej únie týkajúcimi sa slobody podnikania a potrebného účinku a tiež s článkom 16 Charty základných práv Európskej únie?

B) Bránia smernica 2004/18/ES, články 16, 49, 50 a 52 Charty základných práv Európskej únie, článok 4 Protokolu č. 7 k Európskemu dohovoru o ľudských právach – EDLP, článok 6 ZEÚ, zásady proporcionality, slobodnej hospodárskej súťaže, slobody usadiť sa a slobodného poskytovania služieb uvedené v článkoch 49, 50, 54 a 56 ZFEÚ vnútroštátnym pravidlám (článok 38 ods. 1 písm. f) a články 48 a 75 legislatívneho dekrétu č. 163/2006), ktoré stanovujú

uplatnenie sankcie prepadnutia predbežnej zábezpeky ako automatického dôsledku vylúčenia hospodárskeho subjektu z postupu zadávania verejnej zákazky na služby, bez ohľadu na skutočnosť, či bola resp. nebola tomuto hospodárskemu subjektu uvedená zákazka zadaná?

Uvedené ustanovenia práva Únie

Smernica 2004/18/ES, najmä odôvodnenie 2, článok 2 a článok 4 ods. 2

Články 16, 49, 50 a 52 Charty základných práv Európskej únie (ďalej len „Charta“)

Články 49, 50, 54 a 56 ZFEÚ

Článok 6 ZEÚ

Uvedené vnútroštátne predpisy

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 (legislatívy dekrét č. 163/2006, zákonník verejného obstarávania na práce, služby a dodanie tovaru, ktorým sa preberajú smernice 2004/17/ES a 2004/18/ES, ďalej len „zákonník verejného obstarávania“) v znení účinnom v čase skutkových okolností:

Článok 11 ods. 6:

„Každý uchádzač môže predložiť len jednu ponuku. Ponuka je záväzná po dobu uvedenú v oznámení alebo vo výzve a v prípade jej neuvedenia stoosemdesiat dní od dátumu jej predloženia. Verejný obstarávateľ môže požiadať uchádzačov o predĺženie tejto lehoty“.

Článok 37 ods. 8, 9, 10, 18 a 19:

„8. Subjekty uvedené v článku 34 ods. 1 písm. d) a f) môžu predložiť ponuky aj v prípade, že ešte nedošlo k ich založeniu. V takom prípade ponuku podpisujú všetky hospodárske subjekty, ktoré vytvoria dočasné združenia alebo bežné konzorciá súťažiacich, a musí obsahovať záväzok, že v prípade zadania zákazky tieto hospodárske subjekty udelia jednému z nich osobitnú kolektívnu plnomocenstvo na zastupovanie... pričom takto splnomocnený subjekt uzatvorí zákazku vo svojom mene a na svoj účet a v mene a na účet zastúpených.

9. ... S výnimkou ustanovení odsekov 18 a 19 sa zakazuje akákoľvek zmena zloženia dočasných združení a bežných konzorcií uchádzačov v porovnaní so zložením vyplývajúcim zo záväzku predloženého v rámci ponuky.

10. Porušenie zákazov uvedených v predchádzajúcom odseku má za následok zrušenie zadania zákazky alebo neplatnosť zmluvy a tiež vylúčenie uchádzačov zoskupených v združení...

18. V prípade konkurzu splnomocneného zástupcu alebo, ak ide o podnikateľa – fyzickú osobu, v prípade smrti, zákazu činnosti, straty spôsobilosti alebo osobného bankrotu tohto subjektu alebo v prípadoch stanovených právnymi predpismi v oblasti boja proti mafii môže verejný obstarávateľ pokračovať v zmluvnom vzťahu s iným hospodárskym subjektom, ustanoveného za splnomocneného zástupcu v súlade s týmto zákonníkom, za predpokladu, že spĺňa kvalifikačné predpoklady primerané pre práce, služby alebo dodávky, ktoré sa ešte majú vykonať; v opačnom prípade môže verejný obstarávateľ od zákazky odstúpiť.

19. V prípade konkurzu jedného zo zastupovaných subjektov alebo, ak ide o podnikateľa – fyzickú osobu, v prípade smrti, zákazu činnosti, straty spôsobilosti alebo osobného bankrotu tohto subjektu alebo v prípadoch stanovených právnymi predpismi v oblasti boja proti mafii je splnomocnený zástupca, pokiaľ neznačí iný, náhradný hospodársky subjekt spĺňajúci požadované predpoklady spôsobilosti, povinný danú časť zákazky vykonať priamo alebo prostredníctvom ostatných zastupovaných subjektov, ak spĺňajú kvalifikačné predpoklady primerané pre práce, služby alebo dodávky, ktoré sa ešte majú vykonať“.

Článok 38 ods. 1 písm. f):

„1. Z účasti na postupoch udeľovania koncesíí a zadávania zákaziek na práce, dodanie tovaru a služby, a rovnako z možnosti stať sa subdodávateľom a uzatvárať príslušné zmluvy, sa vylučujú osoby:... f) ktoré sa podľa odôvodneného posúdenia verejného obstarávateľa dopustili závažnej nedbanlivosti alebo konania v rozpore s dobrými mravmi pri plnení záväzkov, ktoré im zveril verejný obstarávateľ povinný zverejňovať oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, alebo ktoré sa pri svojej činnosti dopustili závažného odborného pochybenia, ktoré verejný obstarávateľ preukáže akýmkoľvek prostriedkami“.

Článok 48 ods. 1:

„Verejní obstarávatelia pred otvorením obálok s predloženými ponukami požiadajú od takého počtu uchádzačov, ktorý predstavuje aspoň 10 % z počtu predložených ponúk, so zaokrúhlením nahor na najbližšie prirodzené číslo, vybratých verejným žrebovaním, aby v lehote desiatich dní odo dňa uvedenej žiadosti preukázali, že spĺňajú požiadavky týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a technicko-organizačnej spôsobilosti prípadne požadované v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, a to predložením dokumentov uvedených v tomto oznámení alebo vo výzve na predloženie ponúk. Verejní obstarávatelia pri kontrole overia, či sú splnené kvalifikačné požiadavky

na vykonanie prác... Ak takýto dôkaz nie je predložený alebo sa ním nepotvrdia vyhlásenia uvedené v žiadosti o účasť alebo v ponuke, verejní obstarávatelia vylúčia uchádzača z verejného obstarávania [a] dôjde k prepadnutiu príslušnej predbežnej zábezpeky...“.

Článok 75:

„1. Článok 75:

„1. K ponuke sa priloží záruka vo výške dvoch percent základnej ceny uvedenej vo výzve na predkladanie ponúk alebo vo výzve vo forme zábezpeky alebo záruky [tretej osoby] podľa voľby uchádzača...“

6. Záruka sa vzťahuje na prípad nepodpísania zmluvy z dôvodu na strane úspešného uchádzača a v okamihu podpísania zmluvy sa automaticky uvoľní...“

9. Verejný obstarávateľ aktom, ktorým oznámi neúspešným uchádzačom zadanie zákazky, im súčasne uvoľní záruku uvedenú v odseku 1...“.

Zhrnutie skutkového stavu a konania

A) Skutkový základ sporu

- 1 Consip oznámením uverejneným 21. decembra 2015 vyhlásila verejné obstarávanie, rozdelené na 12 častí, na zadanie zákazky na dodanie služieb osvetlenia a súvisiacich služieb. Spoločnosti Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (ďalej len „CSEL“), Iren Smart Solutions A Gi One sa spojili a spoločne predložili svoju ponuku týkajúcu sa častí 1, 8, 10 a 11, pričom ako budúce „RTI“, ktoré sa zaviazali založiť v prípade získania zákazky, zložili príslušné predbežné zábezpeky.
- 2 Verejné obstarávanie sa malo skončiť do 18. apríla 2017, Consip ho však osemkrát predĺžila. V súvislosti s vyššie uvedenými štyrmi spoločnosťami, ktoré sa zúčastnili verejného obstarávania, to znamenalo potrebu po uplynutí lehoty záväznosti ponuky niekoľkokrát opätovne potvrdiť pôvodne predložené ponuky, ako aj predĺžiť dočasné záruky.
- 3 V roku 2020, pri príležitosti siedmej a ôsmej žiadosti Consip o potvrdenie ponuky, spoločnosti Luxone a Iren Smart oznámili svoju ochotu potvrdiť pôvodné ponuky. Spoločnosti Gi One a CSEL naopak vyjadrili svoju vôľu nepotvrdiť predmetné ponuky, a to z dôvodu neočakávaného niekoľkoročného trvania verejného obstarávania. Uvedené dve spoločnosti konkrétne uviedli, že ponuky už nie sú viac udržateľné z podnikateľského hľadiska, ani z hľadiska riadneho a obozretného riadenia spoločnosti.
- 4 Podľa názoru Consip nepotvrdením ponúk Gi One a CSEL vystúpili z „RTI“, čím zmenili jeho pôvodné zloženie a došlo tak k zúženiu „RTI“. V októbri 2020 preto

Consign rozhodla vo vzťahu k dotknutému „RTI“ ako celku o vylúčení z verejného obstarávania, pričom si ponechala predbežné zábezpeky v celkovej výške 2 950 000,00 eur. Rozhodnutie o vylúčení z verejného obstarávania vychádzalo z nezákonného a nečestného charakteru odstúpenia spoločností Gi One a CSEL.

- 5 Pokiaľ ide o nezákonnosť odstúpenia, podľa názoru Consip je pravda, že talianske právne predpisy stanovujú právo uchádzača, čiže v danom prípade „RTI“ ako celku, odstúpiť od ponuky po uplynutí určitého času od vyhlásenia verejného obstarávania, toto právo však nemôžu uplatniť len niektoré spoločnosti združené v „RTI“.
- 6 Pokiaľ ide o nečestný charakter odstúpenia, cieľom odstúpenia Gi One bolo podľa názoru Consip vyhnúť sa zákonom stanoveným kontrolám, keďže niektoré subjekty spojené s Gi One sa dopustili trestnoprávne postihnutelného konania. V súvislosti s odstúpením CSEL nečestný charakter vyplýval najmä z nesplnenia náležitostí vyžadovaných na účely účasti vo verejnom obstarávaní, ktoré však treba spĺňať po celý čas od podania žiadosti o účasť až po zadanie zákazky.

B) Prvostupňové konanie a konanie o opravnom prostriedku

- 7 Sťažovateľka napadla vyššie uvedené rozhodnutia Consip žalobou podanou na TAR Lazio (Tribunale amministrativo regionale Lazio – Regionálny správny súd Lazio, Taliansko).
- 8 Rozsudkom č. 4505/2021 TAR Lazio (Regionálny správny súd Lazio) uvedenú žalobu zamietol, pričom vychádzal z týchto skutočností: a) nemožnosť, aby ponuku v čase uplynutia lehoty viazanosti potvrdili len niektorí členovia „RTI“; b) neprípustnosť výkonu práva na odstúpenie z „RTI“, okrem prípadov uznaných judikatúrou, ktoré nie sú predmetom prejednávanej veci; c) nečestný charakter odstúpenia uplatneného v prejednávanej veci, keďže jeho cieľom je vyhnúť sa vylúčeniu z verejného obstarávania.
- 9 TAR Lazio (Regionálny správny súd Lazio) dospel tiež k záveru, že v danej veci nie sú splnené predpoklady pre nastolenie otázky súladu predmetných talianskych právnych predpisov s Ústavou alebo zlučiteľnosti týchto predpisov s právom Európskej únie. Uvedený súd totiž zastáva názor, že smernica 2004/18, účinná v čase skutkových okolností prejednávanej veci, nestanovuje povinnosť vnútroštátneho zákonodarcu zaviesť v situácii, aká nastala v tomto prípade, možnosť znížiť počet spoločností, ktoré sú súčasťou pôvodného „RTI“.
- 10 Proti rozsudku TAR Lazio (Regionálny správny súd Lazio) podala sťažovateľka opravný prostriedok na Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko), ktorá príslušné konanie prerušila až do rozhodnutia Corte costituzionale (Ústavný súd, Taliansko) vo veci návrhov týkajúcich sa súladu predmetných právnych predpisov s Ústavou, ktoré podala Consiglio di Stato (Štátna rada) v rámci iného konania týkajúceho sa podobného sporu.

- 11 Nálezom č. 198/2022 Corte costituzionale (Ústavný súd) vylúčil, že výber predbežnej zábezpeky má povahu trestnej sankcie, keďže jeho cieľom je hlavne zabezpečiť dodržiavanie pravidiel verejného obstarávania a obnoviť narušený verejný záujem, ktorým je zamedzenie účasti nespôsobilých uchádzačov na verejnom obstarávaní alebo ponúk nesplňujúcich požadované kritéria. Podľa názoru Corte costituzionale (Ústavný súd) možno z obmedzenej výšky predbežnej záruky, zo stanovenia alternatívnych foriem zloženia záruky (zábezpeka alebo záruka) a z režimu zníženia stanoveného zákonodarcom vyvodit' neexistenciu mimoriadne závažného charakteru nevyhnutného na to, aby sa opatrenie spôsobujúce ujmu mohlo považovať za sankciu, ktorá je z vecného hľadiska trestná.
- 12 Consiglio di Stato (Štátna rada) zastáva názor, že uvedený nález Corte costituzionale (Ústavný súd) nie je rozhodujúci na účely vydania rozhodnutia v konaní, ktoré na nej prebieha, a to aj vzhľadom na skutočnosť, že v prípade, o ktorom rozhoduje, je naopak celková výška zábezpek veľmi vysoká.

Základné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

- 13 Sťažovateľka spochybňuje oprávnenosť rozhodnutia o prepadnutí predbežných zábezpek v dôsledku vylúčenia z verejného obstarávania. Odvodená nezákonnosť predmetného opatrenia je podľa jej názoru dôsledkom nezákonnosti rozhodnutia o vylúčení, z ktorého rozhodnutie ponechať si predbežnú zábezpeku vychádza. Uvedené opatrenie je však nezákonné aj samo osebe, pretože podľa právnej úpravy účinnej v čase príslušných skutkových okolností môže k prepadnutiu dôjsť len pri splnení dvoch podmienok: v prípade, že uchádzač nepreukáže splnenie požiadaviek týkajúcich sa ekonomického a finančného postavenia a technicko-organizačnej spôsobilosti, alebo v prípade nepodpísania zmluvy z dôvodu na strane úspešného uchádzača.
- 14 V oboch prípadoch je predpokladom prepadnutia zábezpeky podľa sťažovateľky existencia subjektívneho konania hospodárskeho subjektu, voči ktorému možno vyvodit' zodpovednosť za nepodpísanie zmluvy alebo za jeho ďalšiu účasť vo verejnom obstarávaní. Sťažovateľka sa domnieva, že nijaká z uvedených dvoch situácií v prejednávanej veci nenastala.
- 15 Pre sťažovateľku predstavuje prepadnutie zábezpeky veľmi represívne opatrenie trestnej povahy, a to vzhľadom na neexistenciu typického cieľa výberu zábezpeky, ktorým je náhrada škody spôsobenej verejnému obstarávateľovi. V prejednávanej veci nevznikla spoločnosť Consip nijaká škoda, keďže dotknuté „RTI“ bolo z verejného obstarávania vylúčené.
- 16 Automatické prepadnutie zábezpeky vo vysokej a zaťažujúcej výške predstavuje vzhľadom na konanie „RTI“ úplne neodôvodnenú a neprimeranú sankciu, pričom vedie k takému výkladu článkov 48 a 75 zákonníka verejného obstarávania, ktorý je v rozpore so zásadami a ustanoveniami Ústavy a práva Únie.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 17 Podľa názoru Consiglio di Stato (Štátna rada, ďalej aj „vnútroštátny súd“) je potrebné posúdiť zlučiteľnosť talianskych právnych predpisov, na základe ktorých sa nepotvrdenie ponuky hospodárskym subjektom po uplynutí lehoty jej záväznosti považuje za odstúpenie z „RTI“, s právom Európskej únie. Ďalej sa treba zaoberať rozhodnutím o vylúčení z verejného obstarávania, ktoré je významné aj vo vzťahu k následnému prepadnutiu zábezpeky.

O vylúčení z verejného obstarávania

- 18 Rozhodnutie o vylúčení predstavuje podľa vnútroštátneho súdu v súlade s talianskymi právnymi predpismi zákonom vyžadovaný úkon, a to jednak z dôvodu, že nepotvrdenie ponuky spoločnosťou Gi One, čiže jej späťvzatie, je v rozpore so zákazom meniť zloženie „RTI“, jednak z dôvodu, že cieľom tohto odstúpenia je v prejednávanej veci obísť skúmanie bezúhonnosti hospodárskeho subjektu. .
- 19 V súvislosti so zákazom zmeny zloženia „RTI“ vnútroštátny súd zdôrazňuje, že podľa článku 37 zákonníka verejného obstarávania môže právo odstúpiť od ponuky predloženej vo verejnom obstarávaní po uplynutí lehoty jej záväznosti uplatniť len budúce „RTI“ ako celok, keďže na prejednanú vec sa nevzťahuje nijaká z výnimiek uznaných legislatívou a judikatúrou, ktoré by zmenu „RTI“ umožnili.
- 20 „RTI“ sa totiž zúčastňuje verejného obstarávania ako účastník pozostávajúci z viacerých subjektov. t.j. zo všetkých hospodárskych subjektov, ktoré dané združenie vytvoria v prípade získania zákazky. Z tohto dôvodu nie je možné potvrdenie ponuky len dvoma členmi „RTI“ (z pôvodných štyroch), a to najmä vzhľadom na účel článku 11 ods. 6 zákonníka verejného obstarávania a zásadu nemennosti „RTI“ v priebehu verejného obstarávania, ktorá vyplýva z článku 37 ods. 9 uvedeného zákonníka a vzťahuje sa aj na prípad, keď k založeniu „RTI“ ešte z formálneho hľadiska nedošlo.
- 21 Účelom článku 11 ods. 6 je zachovanie ponuky v nezmennej podobe počas celého obdobia predpokladaného trvania verejného obstarávania. Cieľom tohto článku je chrániť uchádzača, ktorý môže po uplynutí príslušnej lehoty od ponuky odstúpiť, pričom ak nevyhlási, že sám seba nepovažuje za viazaného danou ponukou, táto ponuka nezaniká. Pri neexistencii opačnej vôle vyjadrenej všetkými členmi, ktorí tvoria účastníka pozostávajúceho z viacerých subjektov, treba preto predmetný záväzok považovať za stále existujúci. Ustanovenia talianskych právnych predpisov tiež umožňujú zaručiť verejnému obstarávateľovi vážny charakter účasti na verejnom obstarávaní, aj pokiaľ ide o „RTI“, ku ktorých založeniu zatiaľ formálne nedošlo, tak, aby sa zabezpečila ich reálna existencia po zadaní zákazky.
- 22 Pokiaľ ide o obídanie skúmania spoľahlivosti, vnútroštátny súd zdôrazňuje, že v súlade s judikatúrou správnych súdov v danej oblasti nie je odstúpenie jednej z

zainteresovaných spoločností povolené, pokiaľ je jeho cieľom obísť právne predpisy, najmä v prípade, že sa ním má predísť kontrolám splnenia podmienok účasti a vyhnúť sa tak sankcii vylúčenia z verejného obstarávania z dôvodu nesplnenia týchto podmienok.

- 23 S ohľadom na uvedené úvahy vnútroštátny súd poznamenáva, že talianska právna úprava núti v súlade s výkladom vyplývajúcim z judikatúry členov „RTI“, aby zostali viazaní predloženou ponukou po neurčitú dobu aj v prípade opakovaného uplynutia záväznosti ponuky pri zložitých a dlho trvajúcich verejných obstarávaníach – s jedinou možnosťou nepotvrdenia ponuky všetkými pôvodnými členmi „RTI“. Podľa názoru vnútroštátneho súdu je sporné, či je takáto právna úprava zlučiteľná so zásadou slobody podnikania zakotvenou v článku 16 Charty, ktorou sa kodifikuje judikatúra Súdneho dvora a ktorá vychádza z článku 119 ZFEÚ, ako aj so zásadou proporcionality podľa článku 52 Charty a so zásadami proporcionality, slobodnej hospodárskej súťaže, slobody usadiť sa a slobodného poskytovania služieb, uvedenými v ZFEÚ.
- 24 Zákaz odstúpiť od ponuky, uložený jednotlivým členom „RTI“ pod hrozbou vylúčenia „RTI“ ako celku, sa najmä vo vzťahu k verejným obstarávaniam trvajúcim dlhšie časové obdobie vnútroštátnemu súdu nezdá byť primeraným opatrením v súvislosti s potrebou zaručiť vážnosť predloženej ponuky, a to pokiaľ a v rozsahu, v akom hospodárske subjekty, ktoré potvrdili ponuku, samé – aj bez subjektu, ktorý od ponuky odstúpil – spĺňajú všetky podmienky účasti.
- 25 V súlade so zásadou proporcionality, ktorá predstavuje všeobecnú zásadu práva Únie a ktorej, ako vyplýva zo smernice 2004/18, musí zodpovedať zadávanie zákaziek uzatvorených v členských štátoch, totiž opatrenia prijaté členskými štátmi nesmú ísť nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie daného cieľa, čo potvrdzuje aj judikatúra Súdneho dvora.
- 26 Vnútroštátny súd napokon uvádza, že pokiaľ sa nepotvrdenie ponuky jednotlivým hospodárskym subjektom, ktorý je súčasťou „RTI“, považuje za vystúpenie z „RTI“, vylúčenie je v každom prípade zo zákona povinným opatrením v prípade, že ho možno považovať za obídienie skúmania bezúhonnosti subjektu, ktorý vystúpil; naproti tomu, ak by takýto subjekt mal možnosť nepotvrdiť ponuku, jeho odbornú spoľahlivosť by nebolo potrebné ďalej overovať, keďže tento subjekt by nebolo možné ďalej považovať za súčasť „RTI“ zúčastňujúceho sa verejného obstarávania.

O prepadnutí zábezpeky

- 27 Consiglio di Stato (Štátna rada) poznamenáva, že Európsky súd pre ľudské práva (ďalej len „ESLP“) sa vyjadril k povahe, rozsahu a spravodlivosti peňažných sankcií na účely ich zahrnutia do tzv. trestnej oblasti (rozsudok zo 4. marca 2014, Grande Stevens a i. v. Taliansko, bod 99; pozri v tomto zmysle aj rozsudok Súdneho dvora Európskej únie z 5. júna 2012, [Łukasz Marcin Bonda,] C-489/10).

- 28 Consiglio di Stato (Štátna rada) v rámci svojej judikatúry uviedla, že ESLP vypracoval vlastné a samostatné kritériá na určenie, či porušenie a zodpovedajúca sankcia majú alebo nemajú trestnoprávnu povahu. Určili sa najmä tri kritériá: I) právna kvalifikácia porušenia vo vnútroštátnom práve so spresnením, že nie je záväzná, ak sa preukáže, že opatrenie je „vo svojej podstate trestným“ opatrením; II) povaha porušenia vyplývajúca z rozsahu pôsobnosti ustanovenia, ktoré ho stanovuje, a zo sledovaného cieľa; III) stupeň prísnosti sankcie.
- 29 Prepadnutie predbežných zábezpek nadobúda podľa vnútroštátneho súdu z dôvodu významnej finančnej záťaže uloženej sťažovateľke podobu sankcie, ktorej treba v súlade s judikatúrou ESLP priznať trestnoprávnu povahu. V prejednáwanej veci totiž automatické prepadnutie predbežných záruk predstavuje zjavné porušenie zásady proporcionality sankcií.
- 30 V prvom rade je relevantný článok 49 ods. 3 Charty, podľa ktorého „prísnosť trestov nesmie byť neprimeraná trestnému činu“.
- 31 V prejednáwanej veci zjavne neexistuje spravodlivá rovnováha medzi verejným záujmom a základnými právami zaručenými na európskej úrovni, keďže sťažovateľke bola na základe automatického postupu, ktorý je ako taký vo svojej podstate neprimeraný, uložená veľmi vysoká peňažná sankcia, a to bez akéhokoľvek náležitého posúdenia konkrétnych okolností prípadu.
- 32 Taktiež článok 1 protokolu č. 1 k EDLP, rovnako ako článok 17 Charty, bol predmetom takého výkladu, že jeho cieľom je zabezpečiť dodržanie proporcionality medzi konaním a uloženou sankciou.
- 33 Je preto zrejmé, že článok 38 ods. 1 písm. f) a článok 48 zákonníka verejného obstarávania sú v rozpore s ústavnými pravidlami a zásadami a tiež pravidlami a zásadami Únie v oblasti proporcionality sankcií, ak sa tieto články vykladajú v tom zmysle, že umožňujú, aby v dôsledku vylúčenia z verejného obstarávania automaticky prepadla predbežná zábezpeka.
- 34 Tento rozpor by bol o to zjavnejší, ak by sa rozhodlo, že opatrenie, o aké ide v prejednáwanej veci, ktorému treba priznať sankčnú povahu, možno prijať bez zohľadnenia subjektívneho prvku a najmä predvídateľnosti vylúčenia.