



Datum van
inontvangstneming

:

13/09/2023

Zaak C-403/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

30 juni 2023

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 juni 2023

Verzoekende partij:

Luxone Srl, in eigen naam en als gevolmachtigde van de samen met Iren Smart Solutions SpA op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen

Verwerende partij:

Consip SpA

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep dat is ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) door de vennootschap Luxone, in eigen naam en als gevolmachtigde van de samen met Iren Smart Solutions op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen, (hierna: „verzoekster”), tegen het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië; hierna: „TAR Lazio”) waarbij de TAR Lazio het beroep heeft verworpen dat verzoekster had ingesteld tegen de maatregelen die Consip Spa jegens haar had vastgesteld. In die maatregelen was bepaald dat verzoekster van een aanbesteding werd uitgesloten en dat de voorlopige waarborgen die zij in het kader van de aanbestedingsprocedure had gesteld, werden verbeurd.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

De prejudiciële verwijzing krachtens artikel 267 VWEU door de Consiglio di Stato, als rechter in laatste aanleg, strekt ertoe na te gaan of de Italiaanse regeling ter zake van wijzigingen van de samenstelling van tijdelijke combinaties van ondernemingen, de uitsluiting van tijdelijke combinaties van ondernemingen van de aanbesteding indien een van de deelnemers zich uit de combinatie terugtrekt, en de verbeurte van voorlopige waarborgen die zijn gesteld in het kader van een aanbestedingsprocedure waarvan de inschrijver is uitgesloten, verenigbaar is met richtlijn 2004/18/EG en de Unierechtelijke beginselen van evenredigheid, vrijheid van ondernemerschap, vrij verkeer en vrijheid van vestiging.

Prejudiciële vragen

A) Staan richtlijn 2004/18/EG, de artikelen 16 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de beginselen van evenredigheid, mededinging, vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting bedoeld in de artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU in de weg aan nationale bepalingen [artikel 11, lid 6, artikel 37, leden 8, 9, 10, 18 en 19, en artikel 38, lid 1, onder f), van decreto legislativo nr. 163/2006] volgens welke het in geval van verstrijken van de geldigheidsduur van de oorspronkelijke inschrijving van een op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen niet mogelijk is om bij de verlenging van die inschrijving het oorspronkelijke aantal deelnemers van de combinatie te verlagen? Meer bepaald, zijn die nationale bepalingen verenigbaar met de algemene Unierechtelijke beginselen van vrijheid van economisch initiatief en nuttig effect, en met artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie?

B) Staan richtlijn 2004/18/EG, de artikelen 16, 49, 50 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM), artikel 6 VEU en de beginselen van evenredigheid, mededinging, vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting bedoeld in de artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU in de weg aan nationale bepalingen [artikel 38, lid 1, onder f), de artikelen 48 en 75 van decreto legislativo nr. 163/2006] op grond waarvan automatisch als gevolg van de uitsluiting van een ondernemer van een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor diensten, een sanctie wordt opgelegd in de vorm van verbeurte van de voorlopige waarborg, waarbij niet van belang is of de opdracht in kwestie aan die ondernemer is gegund?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2004/18/EG, met name overweging 2, artikel 2 en artikel 4, lid 2

De artikelen 16, 49, 50 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”)

De artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU

Artikel 6 VEU

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

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 (wetsbesluit nr. 163 van 2006, wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter omzetting van richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG; hierna: „wetboek overheidsopdrachten”), in de versie die gold ten tijde van de feiten:

Artikel 11, lid 6:

„Een deelnemer mag slechts één inschrijving indienen. De inschrijving is bindend gedurende de in de aankondiging of de uitnodiging vermelde termijn, en indien geen termijn is vastgesteld, gedurende honderdtachtig dagen na de uiterste datum voor indiening van de inschrijving. De aanbestedende dienst kan de inschrijvers verzoeken om deze termijn te verlengen.”

Artikel 37, leden 8, 9, 10, 18 en 19:

„8. De in artikel 34, lid 1, onder d) en e), genoemde rechtspersonen mogen een inschrijving indienen, ook indien zij nog niet zijn opgericht. In dat geval moet de inschrijving worden ondertekend door alle ondernemers die de tijdelijke combinaties of gewone consortia van ondernemingen zullen vormen, en daarin de toezegging worden opgenomen dat die ondernemers indien de opdracht aan hen wordt gegund, een bijzondere collectieve volmacht met vertegenwoordigingsbevoegdheid zullen verlenen aan één van hen (...), die de overeenkomst zal ondertekenen in naam en voor rekening van hemzelf en de volmachtgevers.

9. [...] Onverminderd het bepaalde in de leden 18 en 19 is het verboden om de samenstelling van tijdelijke combinaties of gewone consortia van ondernemingen te wijzigen ten opzichte van de samenstelling die vermeld is in de bij de inschrijving verstrekte toezegging.

10. Indien de in het vorige lid bedoelde verboden niet in acht worden genomen, wordt de gunning of de overeenkomst nietig verklaard, en worden de inschrijvers die deel uitmaakten van de combinatie van de aanbesteding uitgesloten [...].

18. In geval van faillissement van de gemachtigde of, indien de gemachtigde een individuele ondernemer is, in geval van overlijden, ondercuratelestelling, onderbewindstelling of faillissement van die ondernemer, of in de gevallen bedoeld in de antimaffiawetgeving, kan de aanbestedende dienst de aanbestedingsovereenkomst voortzetten met een andere ondernemer die

overeenkomstig de voorschriften van dit wetboek daartoe is gemachtigd, mits die ondernemer beschikt over de vereiste kwalificaties voor de nog uit te voeren werken of diensten. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, mag de aanbestedende dienst de aanbestedingsovereenkomst ontbinden.

19. In geval van faillissement van de gemachtigde of, indien de gemachtigde een individuele ondernemer is, in geval van overlijden, ondercuratelestelling, onderbewindstelling of faillissement van die ondernemer, of in de gevallen bedoeld in de antimaffiawetgeving, dient de gemachtigde, indien hij geen vervangende ondernemer aanwijst die in het bezit is van de vereiste kwalificaties, de opdracht zelf dan wel middels de andere volmachtgevers uit te voeren, mits die volmachtgevers in het bezit zijn van de vereiste kwalificaties voor de nog uit te voeren werken of diensten.”

Artikel 38, lid 1, onder f):

„1. De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaanbesteding en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten: [...] f) personen die zich naar het met redenen omklede oordeel van de aanbestedende dienst schuldig hebben gemaakt aan ernstige nalatigheid of zich te kwader trouw hebben gedragen bij de uitvoering van de opdrachten die hun zijn gegund door de aanbestedende dienst die de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt; of personen die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken.”

Artikel 48, lid 1:

„Alvorens de ingediende inschrijvingen te openen, verzoeken de aanbestedende diensten aan een aantal door openbare loting geselecteerde inschrijvers, welk aantal niet minder dan tien procent van de ingediende inschrijvingen bedraagt en naar boven wordt afgerond, om binnen tien dagen na het betreffende verzoek aan te tonen dat zij beschikken over de vereiste financieel-economische draagkracht en technisch-organisatorische bekwaamheid waarom eventueel in de aankondiging van de opdracht is verzocht, door de in die aankondiging of in de uitnodiging genoemde documentatie over te leggen. Bij de controle toetsen de aanbestedende diensten of de inschrijvers in het bezit zijn van de vereiste kwalificaties voor de uitvoering van de werken [...]. Wanneer dat bewijs niet wordt geleverd of de in het verzoek tot deelneming of in de inschrijving opgenomen verklaringen niet worden bevestigd, gaan de aanbestedende diensten over tot uitsluiting van de deelnemer van de procedure [en] tot verbeurte van de betreffende voorlopige waarborg [...].”

Artikel 75:

„1. De inschrijving gaat vergezeld van een zekerheid van twee procent van de in de aankondiging of in de uitnodiging genoemde basisprijs, in de vorm van een waarborgsom of borgstelling, zulks ter keuze van de inschrijver. [...]

6. De zekerheid dient ter dekking van het risico dat de overeenkomst niet wordt ondertekend door degene aan wie de opdracht wordt gegund, en wordt automatisch vrijgegeven op het moment dat de overeenkomst wordt ondertekend. [...]

9. De aanbestedende dienst stelt de afgewezen inschrijvers ervan in kennis dat de opdracht is gegund en zorgt er tegelijkertijd voor dat de door hen verstrekte zekerheid als bedoeld in lid 1 wordt vrijgegeven [...].”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdeding

A) Aan het geding ten grondslag liggende feiten

- 1 Bij een op 21 december 2015 bekendgemaakte aankondiging heeft Consip een aanbestedingsprocedure georganiseerd, die was onderverdeeld in 12 percelen, voor de gunning van een opdracht voor de levering van elektriciteit en daaraan verbonden diensten. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (hierna: „CSEL”), Iren Smart Solutions en Gi One hebben gezamenlijk, als op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen, een inschrijving ingediend voor de percelen 1, 8, 10 en 11 en elk een voorlopige waarborg gesteld, en daarbij de verplichting op zich genomen om indien de opdracht aan hen werd gegund een tijdelijke combinatie van ondernemingen tot stand te brengen.
- 2 De aanbestedingsprocedure moest op 18 april 2017 zijn afgerond, maar werd door Consip acht maal verlengd. Dit had tot gevolg dat de vier voornoemde deelnemers aan de aanbesteding meerdere malen bij het verstrijken van de geldigheidstermijn van de inschrijving, de oorspronkelijk ingediende inschrijvingen moesten bevestigen en de voorlopige waarborgen moesten verlengen.
- 3 In 2020, bij het zevende en het achtste verzoek van Consip om bevestiging, hebben Luxone en Iren Smart Solutions meegedeeld dat zij hun oorspronkelijke inschrijvingen wilden bevestigen. Gi One en CSEL hebben daarentegen te kennen gegeven dat zij hun inschrijvingen niet wilden bevestigen wegens het onvoorziene feit dat de procedure meerdere jaren duurde. In het bijzonder hebben Gi One en CSEL meegedeeld dat de inschrijvingen vanuit ondernemersoogpunt en qua goede en voorzichtige bedrijfsvoering niet konden worden gehandhaafd.
- 4 Volgens Consip zijn Gi One en CSEL, door de inschrijvingen niet te bevestigen, uit de tijdelijke combinatie van ondernemingen getreden, waardoor zij de oorspronkelijke samenstelling daarvan hebben gewijzigd en zich uit de tijdelijke combinatie van ondernemingen hebben teruggetrokken. In oktober 2020 heeft Consip vervolgens ten aanzien van de tijdelijke combinatie van ondernemingen als geheel een maatregel tot uitsluiting van de aanbesteding vastgesteld alsmede

een maatregel tot verbeurte van de voorlopige waarborgen, ten bedrage van in totaal 2 950 000,00 EUR. De maatregel tot uitsluiting van de aanbesteding was vastgesteld op grond dat de uittreding van Gi One en CSEL onrechtmatig was en omzeiling inhield.

- 5 Wat de onrechtmatigheid van de uittreding betreft stelt Consip dat de Italiaanse regeling de inschrijver, en dus de tijdelijke combinatie van ondernemingen als geheel, weliswaar het recht geeft om de inschrijving na een bepaalde periode na de aankondiging van de opdracht in te trekken, maar dat dit recht niet kan worden uitgeoefend door slechts enkele vennootschappen van de tijdelijke combinatie van ondernemingen.
- 6 Wat de stelling betreft dat de terugtrekking omzeiling inhield, betoogt Consip dat de uittreding van Gi One tot doel had de wettelijk voorgeschreven controles te omzeilen, aangezien een aantal met Gi One verbonden entiteiten strafbaar gedrag hadden vertoond. Wat de terugtrekking van CSEL betreft, bleek de omzeiling met name uit het feit dat zij niet voldeed aan de vereisten voor deelneming aan de aanbesteding, terwijl daaraan moet zijn voldaan vanaf het tijdstip van indiening van het verzoek tot deelneming tot aan de plaatsing van de opdracht.

B) Procedure in eerste aanleg en procedure in hoger beroep

- 7 Verzoekster heeft tegen de maatregelen van Consip beroep ingesteld bij de TAR Lazio.
- 8 Bij vonnis nr. 4505/2021 heeft de TAR Lazio dit beroep verworpen op grond: a) dat het niet mogelijk is dat de inschrijving op de vervaldatum door slechts een deel van de deelnemers van de tijdelijke combinatie van ondernemingen wordt bevestigd; b) dat het recht op terugtrekking uit een tijdelijke combinatie van ondernemingen uitsluitend kan worden uitgeoefend in de volgens de rechtspraak toegestane gevallen, waarvan in casu geen sprake is; c) dat met de terugtrekking in casu omzeiling wordt beoogd, aangezien zij tot doel heeft te voorkomen dat een maatregel tot uitsluiting van de aanbesteding wordt vastgesteld.
- 9 Voorts heeft de TAR Lazio geoordeeld dat niet is voldaan aan de voorwaarden om een vraag te stellen over de grondwettigheid of de verenigbaarheid met het Unierecht van de Italiaanse regeling. Volgens die rechter schrijft richtlijn 2004/18, in de ten tijde van de feiten geldende versie, de nationale wetgever namelijk niet voor om in een situatie als in het onderhavige geding aan de orde is, te voorzien in de mogelijkheid om het aantal ondernemingen dat aan de oorspronkelijke tijdelijke combinatie van ondernemingen deelneemt, te verlagen.
- 10 Verzoekster is tegen het vonnis van de TAR Lazio opgekomen bij de Consiglio di Stato, die de behandeling van zaak heeft geschorst in afwachting van de beslissing van de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) op vragen over de grondwettigheid, die de Consiglio di Stato heeft gesteld in het kader van een andere procedure met betrekking tot een vergelijkbaar geschil.

- 11 Bij arrest nr. 198/2022 heeft de Corte costituzionale bepaald dat de verbeurte van de voorlopige waarborg geen sanctie met een punitief karakter is, omdat zij in wezen erop gericht is te waarborgen dat de aanbestedingsregels worden nageleefd, door het herstellen van het geschonden openbaar belang dat beoogt te voorkomen dat aan de aanbesteding wordt deelgenomen door ongeschikte deelnemers of dat inschrijvingen niet aan de vereiste voorwaarden voldoen. Volgens de Corte costituzionale kan uit het lage bedrag van de voorlopige waarborg, uit de bepaling dat verschillende vormen van zekerheidstelling mogelijk zijn (borgsom of borgstelling) en uit de door de wetgever ingestelde kortingsregeling worden afgeleid dat er geen sprake is van een bijzondere ernst, waarvan wel sprake moet zijn om de nadelige maatregel te kunnen gelijkstellen met een strafrechtelijke sanctie.
- 12 De Consiglio di Stato is van oordeel dat dit arrest van de Corte costituzionale niet doorslaggevend is voor de beslechting van het voor hem aanhangige geding, mede gelet op het feit dat het totaalbedrag van de waarborgen in dat geding juist zeer hoog is.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 13 Verzoekster betwist de rechtmatigheid van de maatregel tot verbeurte van de voorlopige waarborgen na de uitsluiting van de aanbesteding. Die maatregel is indirect onrechtmatig wegens de onrechtmatigheid van de daaraan ten grondslag liggende maatregel tot uitsluiting. Diezelfde maatregel is zelf ook onrechtmatig aangezien verbeurte volgens de ten tijde van de feiten geldende regeling uitsluitend mogelijk indien is in twee gevallen: indien de inschrijver niet aantoont dat hij beschikt over de vereiste financieel-economische draagkracht en technisch-organisatorische bekwaamheid, of indien de overeenkomst niet wordt ondertekend „door degene aan wie de opdracht wordt gegund”.
- 14 In beide gevallen veronderstelt de verbeurte van de waarborg volgens verzoekster dat er sprake is van een gedraging die subjectief betrekking heeft op de ondernemer aan wie kan worden toegerekend dat de overeenkomst niet is ondertekend of dat zijn eigen deelname aan de aanbesteding niet kan worden voortgezet. Volgens haar doet geen van deze gevallen zich in casu voor.
- 15 Voor verzoekster vormt de verbeurte van de waarborgen een maatregel met een sterk bestraffend en strafrechtelijk karakter, omdat het doel waarvoor verbeurte van de waarborg doorgaans dient, te weten vergoeding van de aan de aanbestedende dienst berokkende schade, volgens haar ontbreekt. In casu heeft Consip geen enkele schade geleden, aangezien de tijdelijke combinatie van ondernemingen is uitgesloten van de aanbesteding.
- 16 De automatische verbeurte van de waarborgen, voor een enorm en buitensporig bedrag, is een volstrekt ongemotiveerde en onredelijke sanctie die niet in verhouding staat tot de gedraging van de tijdelijke combinatie van ondernemingen, en zou leiden tot een uitlegging van de artikelen 48 en 75 van het

wetboek overheidsopdrachten die in strijd is met grondwettelijke en Unierechtelijke beginselen en bepalingen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 17 Volgens de Consiglio di Stato (hierna ook: „verwijzende rechter”) moet worden beoordeeld of de Italiaanse regeling die ertoe leidt dat het niet bevestigen van de inschrijving, door een ondernemer, bij het verstrijken van de geldigheidstermijn daarvan, wordt gelijkgesteld aan terugtrekking uit een tijdelijke combinatie van ondernemingen, verenigbaar is met het Unierecht. Daarnaast moet de maatregel tot uitsluiting worden onderzocht, die ook relevant is in verband met de daarop volgende maatregel tot verbeurte van de waarborg.

Maatregel tot uitsluiting

- 18 Volgens de verwijzende rechter is de maatregel tot uitsluiting op grond van de Italiaanse regeling wettelijk verplicht, ten eerste omdat doordat Gi One de inschrijving niet heeft bevestigd, en zich dus heeft teruggetrokken, het verbod tot wijziging van de tijdelijke combinatie van ondernemingen is geschonden, en ten tweede omdat de terugtrekking in casu inhoudt dat de controle van de morele betrouwbaarheid van de ondernemer wordt omzeild.
- 19 Met betrekking tot het verbod tot wijziging van de tijdelijke combinatie van ondernemingen benadrukt de verwijzende rechter dat volgens artikel 37 van het wetboek overheidsopdrachten het recht om zich terug te trekken uit de inschrijving die bij een aanbesteding is ingediend uitsluitend kan worden uitgeoefend door de tijdelijke combinatie van ondernemingen in haar geheel, aangezien in de onderhavige zaak geen sprake is van de volgens de regeling en de rechtspraak toegestane uitzonderingen op grond waarvan de wijziging van de tijdelijke combinatie van ondernemingen is toegestaan.
- 20 De tijdelijke combinatie van ondernemingen schrijft namelijk op de aanbesteding in als een eenheid die bestaat uit alle ondernemers die indien de opdracht aan hen wordt gegund, die combinatie van ondernemingen zullen vormen. Bevestiging van de inschrijving door slechts twee (van de oorspronkelijke vier) deelnemers van de tijdelijke combinatie van ondernemingen is dus niet mogelijk, met name gezien het doel van artikel 11, lid 6, van het wetboek overheidsopdrachten en het uit artikel 37, lid 9, van dat wetboek voortvloeiende beginsel dat de tijdelijke combinatie van ondernemingen tijdens de aanbesteding niet mag worden gewijzigd, dat ook van toepassing is indien de tijdelijke combinatie van ondernemingen formeel nog niet tot stand is gekomen.
- 21 Artikel 11, lid 6, heeft tot doel ervoor te zorgen dat de inschrijving hetzelfde blijft gedurende de gehele periode die de aanbesteding wordt verwacht te duren. Dat artikel strekt tot bescherming van de inschrijver die zich, na het verstrijken van de termijn, uit de inschrijving kan terugtrekken; indien hij zich daaruit niet terugtrekt,

vervalt de inschrijving niet. Bij gebreke van een tegengestelde wilsuiving van alle deelnemers van de entiteit, moet de toezegging worden geacht nog te gelden. De bepalingen van de Italiaanse regeling bieden de aanbestedende dienst tevens een waarborg dat formeel nog niet tot stand gekomen tijdelijke combinaties van ondernemingen een serieuze inschrijving indienen, om te garanderen dat die combinatie na de gunning daadwerkelijk tot stand wordt gebracht.

- 22 Wat de omzeiling van de betrouwbaarheidscontrole betreft, benadrukt de verwijzende rechter dat, volgens de bestuursrechtspraak op dit gebied, de terugtrekking van een van de ondernemingen niet is toegestaan indien daarmee wordt beoogd de regeling te omzeilen, en met name te vermijden dat wordt gecontroleerd of is voldaan aan de vereisten voor deelname, waardoor de betrokken onderneming zich onttrekt aan de sanctie van uitsluiting van de aanbesteding wegens het niet voldoen aan die vereisten.
- 23 In het licht van die overwegingen merkt de verwijzende rechter op dat de Italiaanse regeling, zoals uitgelegd in de rechtspraak, de deelnemers aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen dwingt om voor onbepaalde tijd aan de inschrijving gebonden te blijven, ook indien de geldigheidstermijn daarvan, in complexe, langdurige aanbestedingen reeds meerdere malen is verstreken – met als enige mogelijkheid dat de inschrijving niet wordt bevestigd door alle oorspronkelijke deelnemers van de tijdelijke combinatie van ondernemingen. Volgens de verwijzende rechter is het valt te betwijfelen of deze regeling verenigbaar is met het beginsel van vrijheid van ondernemerschap dat verankerd is in artikel 16 van het Handvest, waarin de rechtspraak van het Hof is gecodificeerd en dat berust op artikel 119 VWEU, en met het evenredigheidsbeginsel bedoeld in artikel 52 van het Handvest, en met de in het VWEU neergelegde beginselen van evenredigheid, mededinging, vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting.
- 24 Het verbod voor de afzonderlijke deelnemer aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen om zich uit de inschrijving terug te trekken, met name in geval van langdurige aanbestedingen, op straffe van uitsluiting van de gehele tijdelijke combinatie van ondernemingen, lijkt de verwijzende rechter geen evenredige maatregel ten opzichte van de behoefte te garanderen dat serieuze inschrijvingen worden ingediend, indien en voor zover de ondernemers die de inschrijving hebben bevestigd op zich – ook zonder de ondernemer die zich uit de inschrijving heeft teruggetrokken – voldoen aan alle vereisten voor deelname.
- 25 Volgens het evenredigheidsbeginsel – een algemeen beginsel van Unierecht dat bij de plaatsing van overheidsopdrachten in de lidstaten in acht moet worden genomen, zoals blijkt uit richtlijn 2004/18 – mogen de door de lidstaten vastgestelde maatregelen namelijk niet verder gaan dan nodig is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, zoals ook is bevestigd in de rechtspraak van het Hof.

- 26 Tot slot merkt de verwijzende rechter op dat als het niet bevestigen van de inschrijving door de afzonderlijke ondernemer die aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen deelneemt eenmaal is gelijkgesteld aan terugtrekking uit de tijdelijke combinatie van ondernemingen, de uitsluiting in elk geval wettelijk verplicht wordt indien de controle van de morele betrouwbaarheid van de ondernemer die zich heeft teruggetrokken wordt geacht daardoor te worden omzeild. Indien daarentegen werd toegestaan dat die ondernemer de inschrijving niet bevestigt, zou geen verdere controle van de beroepsmatige betrouwbaarheid worden uitgevoerd, aangezien die ondernemer niet langer kan worden geacht deel uit te maken van de tijdelijke combinatie van ondernemingen die aan de aanbesteding deelneemt.

Maatregel tot verbeurdverklaring van de waarborg

- 27 De Consiglio di Stato merkt op dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) zich heeft uitgesproken over de aard, de omvang en de billijkheid van geldboeten met het oog op de toekenning van het strafrechtelijke karakter ervan (EHRM, 4 maart 2014, Grande Stevens e.a. tegen Italië, § 99; zie in die zin ook het arrest van het Hof van 5 juni 2012, C-489/10).
- 28 In het kader van zijn rechtspraak heeft de Consiglio di Stato opgemerkt dat het EHRM eigen en zelfstandige criteria heeft geformuleerd teneinde het al dan niet strafrechtelijke karakter van een inbreuk en van de eraan verbonden sanctie vast te stellen. Drie criteria zijn in het bijzonder vastgesteld, namelijk: I) de juridische kwalificatie van de inbreuk op grond van het nationale recht, met dien verstande dat die kwalificatie niet bindend is wanneer het „intrinsiek strafrechtelijke” karakter van de maatregel wordt vastgesteld; II) de aard van de inbreuk die wordt afgeleid van de werkingssfeer van de betreffende bepaling en van de nagestreefde doelstelling; III) de zwaarte van de sanctie.
- 29 Volgens de verwijzende rechter heeft de verbeurte van de voorlopige waarborgen, vanwege de omvang van het financiële offer dat aan verzoekster is opgelegd, de vorm aangenomen van een sanctie waaraan een strafrechtelijk karakter moet worden toegekend overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM. De automatische verbeurte van de voorlopige waarborgen in de onderhavige kwestie houdt immers in dat door de sancties het evenredigheidsbeginsel duidelijk wordt geschonden.
- 30 Van belang in dit verband is allereerst artikel 49, lid 3, van het Handvest, op grond waarvan „[d]e zwaarte van de straf [...] niet onevenredig [mag] zijn aan het strafbare feit”.
- 31 In de onderhavige zaak is duidelijk geen sprake van een goede balans tussen het openbaar belang en de grondrechten die op Europees niveau worden gewaarborgd, aangezien aan verzoekster een enorme geldboete is opgelegd op grond van een automatisme dat als zodanig per definitie niet evenredig is en zonder dat de omstandigheden van het concrete geval op passende wijze zijn beoordeeld.

- 32 Ook artikel 1 van Protocol 1 bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest zijn aldus uitgelegd dat zij tot doel hebben de naleving van de evenredigheid tussen de gedraging en de opgelegde sanctie te verzekeren.
- 33 Wat de evenredigheid van sancties betreft, is dan ook sprake van een duidelijke tegenstelling tussen enerzijds artikel 38, lid 1, onder f), en artikel 48 van het wetboek overheidsopdrachten en anderzijds de grondwettelijke en Europese bepalingen en beginselen, indien die artikelen aldus worden uitgelegd dat de voorlopige waarborg naar aanleiding van de uitsluiting van de aanbestedingsprocedure automatisch mag worden verbeurd.
- 34 Die tegenstelling komt nog duidelijker naar voren wanneer wordt aangenomen dat een maatregel zoals in casu, waaraan een bestraffend karakter moet worden toegekend, kan worden vastgesteld zonder dat rekening wordt gehouden met het subjectieve element en, in het bijzonder, met de voorzienbaarheid van de uitsluiting.