

Cauza C-403/23**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

30 iunie 2023

Instanța de trimitere:

Consiglio di Stato (Italia)

Data deciziei de trimitere:

16 iunie 2023

Apelantă:

Luxone Srl, acționând în nume propriu și în calitate de mandatară a RTI, în curs de constituire împreună cu Iren Smart Solutions SpA

Intimată:

Consip SpA

Obiectul procedurii principale

Apel introdus la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) de Luxone, în nume propriu și în calitate de mandatară a RTI, în curs de constituire împreună cu Iren Smart Solutions (denumită în continuare „apelanta”), împotriva hotărârii Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, denumit în continuare „TAR Lazio”), prin care această instanță a respins acțiunea formulată de apelantă împotriva deciziilor adoptate în privința sa de Consip S.p.a. Aceste decizii prevedeau excluderea de la o procedură de cerere de ofertă și reținerea garanțiilor provizorii pe care apelanta le plătitise în cadrul procedurii de cerere de ofertă.

Obiectul și temeiul juridic al trimiterii preliminare

Cererea de decizie preliminară, adresată de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat), în calitate de instanță de ultim grad de jurisdicție, în temeiul articolului 267 TFUE, are ca obiect stabilirea compatibilității cu Directiva 2004/18/CE, precum și

cu principiile proporționalității, libertății de a desfășura o activitate comercială, liberei circulații și libertății de stabilire a reglementării italiene privind modificarea componentei RTI, excluderea RTI de la procedura de cerere de ofertă în cazul retragerii unuia dintre membrii săi și reținerea garanțiilor provizorii plătite în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă de la care ofertantul a fost exclus.

Întrebările preliminare

A) „Directiva 2004/18/CE, articolele 16 și 52 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, principiile proporționalității, concurenței, libertății de stabilire și liberei prestări a serviciilor prevăzute la articolele 49, 50, 54 și 56 TFUE se opun unor norme de drept intern [articolul 11 alineatul 6, articolul 37 alineatele 8, 9, 10, 18 și 19, articolul 38 alineatul 1 litera f) din Decretul legislativ nr. 163 din 2006] care exclud, în cazul expirării perioadei de valabilitate a ofertei depuse inițial de un grup temporar de întreprinderi în curs de constituire, posibilitatea de a reduce componenta inițială a grupului de întreprinderi, în cazul prelungirii valabilității acestei oferte? În special, aceste dispoziții naționale sunt compatibile cu principiile generale ale dreptului Uniunii privind libertatea de inițiativă economică și efectul util, precum și cu articolul 16 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene?”

B) „Directiva 2004/18/CE, articolele 16, 49, 50 și 52 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, articolul 4 din Protocolul nr. 7 la Convenția europeană a drepturilor omului – CEDO, articolul 6 TUE, precum și principiile proporționalității, concurenței, libertății de stabilire și liberei prestări a serviciilor prevăzute la articolele 49, 50, 54 și 56 TFUE se opun unor norme de drept intern [articolul 38 alineatul 1 litera f) și articolele 48 și 75 din Decretul legislativ nr. 163 din 2006] care prevăd aplicarea sancțiunii reținerii garanției provizorii, ca o consecință automată a excluderii unui operator economic de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice de servicii, indiferent dacă acestuia i-a fost sau nu i-a fost atribuit contractul?”

Dispozițiile dreptului Uniunii invocate

Directiva 2004/18/CE, în special considerentul (2), articolul 2 și articolul 4 alineatul (2)

Articolele 16, 49, 50 și 52 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (denumită în continuare „Carta de la Nisa”)

Articolele 49, 50, 54 și 56 TFUE

Articolul 6 TUE

Dispozițiile naționale invocate

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 (Decretul legislativ nr. 163 din 2006, Codul privind achizițiile publice de lucrări, de servicii și de bunuri de transpunere a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE, denumit în continuare „Codul privind achizițiile publice”), în versiunea aplicabilă la data faptelor:

Articolul 11 alineatul 6:

„Fiecare ofertant nu poate depune mai mult de o ofertă. Oferta este obligatorie pentru perioada menționată în anunț sau în invitația de participare și, în cazul în care nu este menționată o astfel de perioadă, timp de 180 de zile de la expirarea termenului de depunere. Autoritatea contractantă poate solicita ofertanților o prelungire a acestui termen”.

Articolul 37 alineatele 8, 9, 10, 18 și 19:

„8. Ofertele pot fi depuse de entitățile menționate la articolul 34 alineatul 1 literele d) și e), chiar dacă nu sunt încă constituite. În acest caz, oferta trebuie să fie semnată de toți operatorii economici care vor constitui grupurile temporare sau consorțiile ordinare de ofertanți și să conțină angajamentul că, în cazul atribuirii contractului, aceiași operatori vor acorda un mandat colectiv special cu reprezentare unuia dintre ei [...] care va încheia contractul în numele și în contul său și al mandanților.

9. [...] Fără a aduce atingere alineatelor 18 și 19, este interzisă orice modificare a componenței grupărilor temporare și a consorțiilor ordinare de ofertanți în raport cu cea care rezultă din angajamentul prezentat în ofertă.

10. Nerespectarea interdicțiilor prevăzute la alineatul precedent atrage după sine anularea atribuirii contractului sau nulitatea contractului, precum și excluderea ofertanților reuniți în cadrul grupului [...]

18. În caz de faliment al mandatarului sau, în cazul unui ofertant individual, în caz de deces, descalificare, incapacitate sau faliment sau în cazurile prevăzute de legislația antimafia, autoritatea contractantă poate continua relația contractuală cu un alt operator economic care desemnat drept mandatar în conformitate cu dispozițiile prezentului cod, cu condiția ca acesta să îndeplinească cerințele de calificare corespunzătoare lucrărilor sau serviciilor sau bunurilor care urmează să fie livrate; în cazul în care aceste condiții nu sunt îndeplinite, autoritatea contractantă poate denunța contractul.

19. În cazul falimentului unuia dintre mandanți sau, în cazul unui ofertant individual, în cazul decesului, al descalificării, al incapacității sau al falimentului acestuia sau în cazurile prevăzute de legislația antimafia, mandatarul, în cazul în care nu indică niciun operator economic succesor care îndeplinește cerințele de

calificare necesare, este obligat să execute contractul, fie direct, fie prin intermediul celorlalți mandatar, cu condiția ca aceștia să îndeplinească cerințele de calificare corespunzătoare lucrărilor sau serviciilor sau bunurilor care urmează să fie livrate.”

Articolul 38 alineatul 1 litera f):

„1. Sunt excluse de la participarea la procedurile de atribuire a concesiunilor și a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, nu pot fi subcontractanți și nu pot încheia contractele respective persoanele: [...] (f) care, potrivit aprecierii motivate a autorității contractante, au fost declarate vinovate de gravă neglijență sau de rea-credință în executarea prestațiilor care le-au fost atribuite de autoritatea contractantă care a publicat anunțul de participare; sau care au săvârșit o abatere profesională gravă, constatată de autoritatea contractantă prin orice mijloc de probă.”

Articolul 48 alineatul 1:

„Înainte de a deschide plicurile cu ofertele depuse, autoritățile contractante solicită unui număr de ofertanți care nu poate fi mai mic de 10 % în raport cu ofertele depuse, rotunjit la unitatea superioară, aleși prin tragere la sorți, să facă dovada, în termen de 10 zile de la data cererii, că îndeplinesc condițiile privind capacitatea economico-financiară și tehnico-organizatorică, prevăzute eventual în anunțul de participare, prezentând documentele indicate în anunțul de participare sau în scrisoarea de invitație. În cadrul controlului, autoritățile contractante verifică dacă îndeplinesc cerințele de calificare pentru executarea lucrărilor [...]. În cazul în care o astfel de dovadă nu este furnizată sau nu confirmă declarațiile făcute în cererea de participare sau în ofertă, autoritățile contractante exclud ofertantul din procedura de cerere de ofertă [și] execută garanția provizorie aferentă [...].”

Articolul 75:

„1. Oferta este însoțită de o garanție egală cu doi la sută din prețul de bază indicat în cererea de ofertă sau în invitație, sub forma unei garanții bancare sau a unei garanții de asigurare, la alegerea ofertantului. [...]

6. Garanția acoperă desemnarea contractului de către ofertantul căruia i s-a atribuit contractul și se eliberează automat în momentul semnării contractului. [...]

9. Autoritatea contractantă, în actul prin care comunică adjudecarea contractului ofertanților care nu au fost selectați, eliberează în același timp garanția menționată la alineatul 1 [...].”

Prezentare pe scurt a situației de fapt și a procedurii principale

A) Situația de fapt a litigiului

- 1 Printr-un anunț publicat la 21 decembrie 2015, Consip a organizat o procedură de cerere de ofertă, împărțită în 12 loturi, pentru atribuirea furnizării serviciului de iluminat și a serviciilor conexe. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (denumit în continuare „CSEL”), Iren Smart Solutions și Gi One, reunite, și-au depus împreună oferta pentru loturile 1, 8, 10 și 11 și au plătit garanțiile provizorii respective, în calitate de RTI în curs de constituire, angajându-se să constituie un RTI în caz de atribuire a contractului.
- 2 Procedura de cerere de ofertă ar fi trebuit încheiată înainte de 18 aprilie 2017, dar a făcut obiectul a opt prelungiri de către Consip. Acest lucru a condus, în ceea ce privește cele patru societăți care au participat la procedura de cerere de ofertă, la necesitatea, la momentul expirării termenului cu caracter obligatoriu al ofertei, de a reconfirma, în mai multe rânduri, ofertele prezentate inițial, precum și de a prelungi garanțiile provizorii.
- 3 În anul 2020, cu ocazia celei de a șaptea și a celei de a opta cereri de confirmare formulate de Consip, Luxone și Iren Smart Solutions și-au exprimat dorința de a confirma ofertele inițiale. În schimb, GI One și CSEL și-au manifestat dorința de a nu confirma ofertele ca urmare a duratei neprevăzute de mai mulți ani a procedurii. În special, aceste ultime două societăți au indicat că ofertele nu mai erau viabile din punct de vedere comercial și din punctul de vedere al administrării corecte și prudente a activității.
- 4 Potrivit Consip, prin neconfirmarea ofertelor, Gi One și CSEL s-au retras din RTI, modificând astfel componența inițială a RTI și instituind o retragere din RTI. Prin urmare, în luna octombrie 2020, Consip a adoptat, în privința RTI în ansamblul său, o decizie de excludere de la procedura de cerere de ofertă și o decizie de reținere a garanțiilor provizorii în valoare totală de 2 950 000,00 de euro. Decizia de excludere de la procedura de cerere de ofertă s-a bazat pe caracterul nelegal și evaziv al retragerii Gi One și CSEL.
- 5 În ceea ce privește nelegalitatea retragerii, potrivit Consip, este adevărat că reglementarea italiană prevede dreptul ofertantului și, prin urmare, în speță, al RTI în ansamblul său de a revoca oferta atunci când s-a scurs un anumit termen de la lansarea procedurii de cerere de ofertă, însă acest drept nu poate fi exercitat numai de unele dintre societățile care fac parte din RTI.
- 6 În ceea ce privește caracterul evaziv al retragerii, potrivit Consip, scopul retragerii Gi One a fost acela de a eluda controalele prevăzute de lege, întrucât unele dintre persoanele care aveau legătură cu Gi One săvârșiseră un comportament infracțional. În ceea ce privește retragerea CSEL, eludarea rezulta în special din faptul că nu erau îndeplinite condițiile de participare la procedura de cerere de

ofertă, care trebuiau îndeplinite de la depunerea cererii de participare până la atribuirea contractului.

B) Procedura în primă instanță și în apel

- 7 Apelanta a atacat în fața TAR Lazio deciziile menționate anterior, adoptate de Consip.
- 8 Prin hotărârea nr. 4505/2021, TAR Lazio a respins această acțiune întemeindu-se: (a) pe imposibilitatea ca oferta să fie confirmată la momentul expirării numai de anumiți membri ai RTI; (b) pe inadmisibilitatea exercitării dreptului de retragere dintr-un RTI în afara situațiilor permise de jurisprudență, care nu se regăsesc în speță; c) pe caracterul evaziv al retragerii în speță, în măsura în care urmărește evitarea unei decizii de excludere de la procedura de cerere de ofertă.
- 9 În plus, TAR Lazio a considerat că nu sunt îndeplinite condițiile pentru formularea unei sesizări în vederea exercitării controlului de constituționalitate sau de compatibilitate a reglementării italiene cu dreptul Uniunii. În opinia sa, Directiva 2004/18, care era în vigoare la data faptelor, nu impune legiuitorului național să introducă, într-o situație precum cea din speță, posibilitatea de a reduce numărul de întreprinderi care fac parte din RTI inițial.
- 10 Apelanta a declarat apel împotriva hotărârii TAR Lazio la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat), care a suspendat judecarea cauzei până la pronunțarea de către Corte costituzionale (Curtea Constituțională) a unei decizii asupra unei excepții de neconstituționalitate ridicate de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) într-o altă cauză referitoare la un litigiu similar.
- 11 Prin hotărârea nr. 198 din 2022, Corte costituzionale (Curtea Constituțională) a exclus caracterul de sancțiune punitivă al reținerii garanției provizorii, întrucât aceasta urmărea, în esență, să asigure respectarea normelor privind procedurile de cerere de ofertă, restabilind astfel interesul public lezat, care este acela de a evita participarea la procedura de cerere de ofertă a unor ofertanți necorespunzători sau unor oferte care nu îndeplinesc cerințele necesare. Potrivit Corte costituzionale (Curții Constituționale), din cuantumul garanției provizorii, din stabilirea unor forme alternative de garanție (garanție bancară sau garanție de asigurare) și din sistemul de reduceri prevăzute de legiuitor se poate deduce lipsa caracterului deosebit de grav, necesar pentru ca măsura prejudiciabilă să poată fi asimilată unei sancțiuni care este în esență de natură penală.
- 12 Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) consideră că această hotărâre a Corte costituzionale (Curții Constituționale) nu este decisivă pentru soluționarea litigiului pendinte în fața sa, în special având în vedere faptul că, în cauza cu care este sesizat, cuantumul total al garanțiilor este foarte ridicat.

Argumentele esențiale ale părților din procedura principală

- 13 Apelanta contestă legalitatea deciziei de reținere a garanțiilor provizorii ca urmare a excluderii de la procedura de cerere de ofertă. Această decizie este nelegală, pe cale de consecință, în măsura în care este nelegală decizia de excludere pe care se întemeiază decizia de reținere a garanțiilor provizorii. De asemenea, aceasta este nelegală în mod autonom, întrucât, în conformitate cu legislația în vigoare la data faptelor din litigiul principal, reținerea garanțiilor provizorii nu poate avea loc decât dacă sunt îndeplinite două condiții: în cazul în care ofertantul nu demonstrează că îndeplinește condițiile privind capacitatea economico-financiară și tehnico-organizatorică sau în cazul în care contractul nu a fost semnat „din cauza ofertantului căruia i s-a atribuit contractul”.
- 14 În ambele cazuri, potrivit apelantei, reținerea garanțiilor presupune existența unui comportament imputabil în mod subiectiv operatorului economic căruia îi este imputabilă nesemnarea contractului sau continuarea participării sale la procedura de cerere de ofertă. În opinia sa, niciuna dintre aceste două situații nu se regăsește în speță.
- 15 Potrivit apelantei, reținerea garanțiilor constituie o măsură puternic sancționatoare și de natură penală, întrucât lipsește finalitatea obișnuită a reținerii garanției, și anume repararea prejudiciului cauzat autorității contractante. În speță, Consip nu a suferit niciun prejudiciu, având în vedere că RTI a fost exclus de la procedura de cerere de ofertă.
- 16 Reținerea automată a garanțiilor, în sumă mare și oneroasă, ar constitui o sancțiune total nejustificată și nerezonabilă, precum și disproporționată în raport cu comportamentul RTI și ar conduce la o interpretare a articolelor 48 și 75 din Codul privind achizițiile publice contrară principiilor și dispozițiilor constituționale și europene.

Prezentare pe scurt a motivelor trimiterii preliminară

- 17 Potrivit Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, denumit în continuare și „instanța de trimitere”) este necesar să se aprecieze compatibilitatea cu dreptul Uniunii a reglementării italiene care conduce la asimilarea neconfirmării ofertei, la momentul expirării caracterului său obligatoriu, de către un operator economic, cu o retragere din RTI. Este necesar, de asemenea, să se analizeze decizia de excludere, relevantă și în ceea ce privește decizia ulterioară de reținere a garanțiilor.

Cu privire la decizia de excludere

- 18 Potrivit instanței de trimitere, în temeiul reglementării italiene, decizia de excludere este un act prevăzut de lege deoarece, pe de o parte, neconfirmarea ofertei de către Gi One, adică revocarea acesteia, încalcă interdicția de modificare

a RTI și, pe de altă parte, revocarea constituie, în speță, un act de eludare a controlului asupra fiabilității morale a operatorului economic.

- 19 În ceea ce privește interdicția de modificare a RTI, instanța de trimitere arată că, în temeiul articolului 37 din Codul privind achizițiile publice, dreptul de a revoca oferta prezentată în cadrul procedurii de cerere de ofertă, odată ce termenul a expirat, poate fi exercitat numai de RTI în curs de constituire în ansamblul său, întrucât niciuna dintre excepțiile, permise de legislație și de jurisprudență, care ar permite modificarea RTI, nu se regăsește în speță.
- 20 Astfel, RTI participă la procedura de cerere de ofertă în calitate de entitate formată din toți operatorii economici care o vor constitui în cazul unei atribuirii. Prin urmare, nu ar fi posibil să se confirme oferta numai prin intermediul a doi membri (față de cei patru membri inițiali) ai RTI, ținând seama în special de finalitatea articolului 11 alineatul 6 din Codul privind achizițiile publice și de principiul nemodificării RTI în cursul procedurii de cerere de ofertă, care rezultă din articolul 37 alineatul 9 din același cod și care se aplică chiar și în cazul în care RTI nu este încă constituit în mod formal.
- 21 Finalitatea articolului 11 alineatul 6 constă în menținerea neschimbată a ofertei pe întreaga durată prezumată a procedurii de cerere de ofertă. Acest articol vizează protejarea ofertanților care, după expirarea termenului, pot revoca oferta, în timp ce, în cazul în care nu o revocă, oferta nu expiră. Prin urmare, în lipsa oricărei intenții contrare exprimate de toate părțile care compun consorțiul, trebuie să se considere că legătura există în continuare. Dispozițiile reglementării italiene permit de asemenea să se garanteze autorității contractante participarea serioasă la procedura de cerere de ofertă de către RTI care nu a fost încă constituit în mod formal, astfel încât să se asigure că acesta este efectiv constituit în urma atribuirii contractului.
- 22 În ceea ce privește eludarea controlului de fiabilitate, instanța de trimitere arată că, în conformitate cu jurisprudența relevantă în materie de contencios administrativ, retragerea uneia dintre întreprinderi nu este permisă dacă aceasta are ca scop eludarea normelor și, în special, dacă are ca scop evitarea verificării îndeplinirii condițiilor de participare, evitându-se astfel o sancțiune de excludere de la procedura de cerere de ofertă pentru nerespectarea acestor condiții.
- 23 Având în vedere aceste considerații, instanța de trimitere arată că reglementarea italiană, astfel cum a fost interpretată în jurisprudență, impune membrilor RTI să își mențină cu titlu obligatoriu oferta depusă pentru o perioadă nedeterminată, chiar și în cazul unor termene obligatorii multiple, în cazul unor proceduri complexe de lungă durată, singura posibilitate fiind aceea în care oferta nu este reconfirmată de către toți membrii inițiali ai RTI. Potrivit instanței de trimitere, există îndoieli cu privire la compatibilitatea acestei reglementări cu principiul libertății de a desfășura o activitate comercială consacrat la articolul 16 din Carta de la Nisa, care codifică jurisprudența Curții de Justiție și care se întemeiază pe articolul 119 TFUE, precum și cu principiul proporționalității prevăzut la articolul

52 din Carta de la Nisa, precum și cu principiile proporționalității, concurenței, libertății de stabilire și liberei prestări a serviciilor enunțate de TFUE.

- 24 În opinia instanței de trimitere, interdicția revocării ofertei de către membrul individual al RTI, în special în ceea ce privește procedurile de cerere de ofertă care se prelungesc pentru o perioadă semnificativă, sub sancțiunea excluderii RTI în ansamblul său, nu pare a fi o măsură proporțională cu necesitatea de a asigura seriozitatea ofertei depuse dacă și în măsura în care operatorii economici care au confirmat ei înșiși oferta – chiar și în lipsa operatorului care a revocat oferta – îndeplinesc toate condițiile de participare.
- 25 În conformitate cu principiul proporționalității, care constituie un principiu general al dreptului Uniunii și care trebuie respectat în cadrul atribuirii contractelor încheiate în statele membre, astfel cum reiese din Directiva 2004/18, măsurile adoptate de statele membre nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea acestui obiectiv, aspect confirmat și de jurisprudența Curții de Justiție.
- 26 În sfârșit, instanța de trimitere arată că, odată ce neconfirmarea ofertei de către operatorul economic individual care este membru al RTI este asimilată retragerii din RTI, excluderea devine, în orice caz, obligatorie din punct de vedere juridic dacă se consideră că prin aceasta se eludează controlul fiabilității morale a operatorului care a revocat oferta; în schimb, în cazul în care ar fi admisă neconfirmarea ofertei de către acest operator, nu ar trebui să se efectueze niciun control ulterior cu privire la această fiabilitate profesională, întrucât acest operator nu mai poate fi considerat membru al RTI care participă la procedura de cerere de ofertă.

Cu privire la decizia de reținere a garanțiilor

- 27 Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) arată că Curtea Europeană a Drepturilor Omului (denumită în continuare „Curtea EDO”) s-a pronunțat cu privire la natura, amploarea și caracterul echitabil al sancțiunilor pecuniare în scopul includerii acestora în așa-numita materie penală (Hotărârea din 4 martie 2014, Grande Stevens și alții împotriva Italiei, § 99; a se vedea, de asemenea, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 iunie 2012, C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) a arătat, în cadrul jurisprudenței sale, că Curtea EDO a elaborat criterii proprii și autonome pentru a stabili natura penală sau nepenală a unei fapte ilicite și a sancțiunii aferente. În special, au fost identificate trei criterii, și anume: I) calificarea juridică a faptei ilicite în dreptul național, cu precizarea că aceasta nu este obligatorie atunci când se constată caracterul „intrinsec penal” al măsurii; II) natura faptei ilicite, dedusă din sfera de aplicare a normei care o prevede și din scopul urmărit; III) gradul de severitate a sancțiunii.

- 29 Potrivit instanței de trimitere, ca urmare a cuantumului sacrificiului pecuniar impus apelantei, reținerea garanțiilor provizorii dobândește aspectul unei sancțiuni care trebuie recunoscută ca având caracter penal, în conformitate cu jurisprudența Curții EDO. Astfel, reținerea automată a garanțiilor provizorii ar constitui, în speță, o încălcare clară a principiului proporționalității pedepselor.
- 30 În primul rând, ar prezenta relevanță articolul 49 alineatul (3) din Carta de la Nisa, potrivit căruia „pedepsele nu trebuie să fie disproporționate față de infracțiune”.
- 31 În speță, ar exista o lipsă evidentă de echilibru just între interesul public și drepturile fundamentale garantate la nivel european în măsura în care apelanta a făcut obiectul unei sancțiuni pecuniare foarte ridicate, în virtutea unui automatism care, ca atare, nu este, prin definiție, proporțional și este lipsit de o evaluare corespunzătoare a împrejurărilor speței.
- 32 Articolul 1 din Protocolul nr. 1 la CEDO, precum și articolul 17 din Carta de la Nisa au fost de asemenea interpretate în sensul că au ca scop asigurarea respectării proporționalității între comportamentul sancționat și sancțiunea aplicată.
- 33 Ar fi astfel evident că articolul 38 alineatul 1 litera (f) și articolul 48 din Codul privind achizițiile publice sunt incompatibile cu normele și principiile constituționale și europene privind proporționalitatea pedepselor în măsura în care aceste articole sunt interpretate în sensul că permit reținerea automată a garanției provizorii în urma excluderii de la procedura de cerere de ofertă.
- 34 Această incompatibilitate ar fi cu atât mai evidentă dacă s-ar considera că o măsură precum cea în cauză, căreia trebuie să i se recunoască natura punitivă, poate fi adoptată fără a se ține seama de elementul subiectiv și în special de previzibilitatea excluderii.