

Dr. Dumitru-Daniel ȘERBAN

Achizițiile publice

**Sinteza jurisprudenței Curții Constituționale și a
Înaltei Curți de Casație și Justiție**

Editura
Hamangiu
2022

art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 [...], competența de soluționare a litigiilor având ca obiect anularea documentului constatator care conține informații referitoare la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractantul asociat și la eventualele prejudicii aparține instanței civile, în condițiile art. 53 alin. (1¹) din Legea nr. 101/2016 [...] și ale art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 [...].^[12]

- 13. - Profesioniștii sunt obligați să dea dovadă de mare prudență în exercitarea profesiei lor, acordând atenție specială evaluării riscurilor pe care aceasta le prezintă**
- **Prevederile privind accesul părților la documentele declarate confidențiale de către ofertanți sunt constituționale**
 - **Se impune ca autoritățile contractante, Consiliul și instanțele de judecată să nu divulge informații care ar putea denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri ulterioare**
 - **Există o prezumție generală potrivit căreia accesul la oferte aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților**
 - **Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante sau jurisdicționale orice informații utile, fără a se teme că aceste autorități vor comunica informații a căror divulgare i-ar putea prejudicia pe respectivii operatori. Autoritățile sunt datorate să apere secretul care le-a fost încredințat și să garanteze securitatea datelor în fața terților interesați să profite de ele**
 - **Dosarul constituit la Consiliu (dosarul cauzei) nu este identic cu dosarul achiziției publice**
 - **Procedura din fața Consiliului nu poate fi transformată într-un mijloc care să aibă drept scop consultarea de către contestator a**

^[12] Decizia nr. 25 din 15 noiembrie 2021 [interpretarea și aplicarea art. 166 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și ale art. 97¹ din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, raportate la art. 2 alin. (1) lit. c) și la art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 180 din 23 februarie 2022.

A se vedea și Decizia nr. 602 din 30 septembrie 2021 [art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 169 din Legea nr. 98/2016], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1165 din 8 decembrie 2021, Decizia nr. 361 din 3 iunie 2021 [art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 729 din 26 iulie 2021, precum și Decizia nr. 498 din 4 iulie 2017 [art. 181 lit. c¹) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 945 din 29 noiembrie 2017.

Înscrisurilor din ofertele concurenților, întrucât ar rupe echilibrul și ar crea avantaje concurențiale incorecte

- Ține de interesul privat faptul că accesul la documentele declarate confidențiale s-ar putea dovedi necesar pentru formularea apărării în cadrul unei acțiuni și nu poate constitui un interes public superior care să justifice divulgarea informațiilor

- Instanța poate dispune efectuarea unei expertize tehnice pentru identificarea soluțiilor tehnice novatoare și care determină natura confidențială a ofertei și verificarea compatibilității ofertei cu documentația de atribuire

5. În motivarea excepției de neconstituționalitate se arată, în esență, că prevederile criticate sunt neclare în ceea ce privește condițiile care trebuie îndeplinite de un document pentru a fi declarat confidențial și nu se reglementează condițiile legale prin care adversarul procesual al deținătorului de documente confidențiale își poate exercita dreptul la apărare cu privire la aceste documente. Practic, prin condiționarea dreptului de a analiza documentele confidențiale doar de acordul părții adverse se creează pentru acest tip de documente un caracter mai restrictiv decât au documentele secrete de importanță deosebită, care pot fi studiate de anumite categorii de persoane și, în condițiile legii, și de membri ai barourilor.

[...]

18. [...] Curtea observă că textul criticat se referă, în esență, la caracterul confidențial al anumitor documente în cadrul procedurii administrativ-jurisdicționale desfășurate în fața Consiliului [...], precum și la accesul părților cauzei la astfel de documente. Referitor la critica de neconstituționalitate din perspectiva încălcării dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală, Curtea constată că aceasta nu poate fi reținută. Astfel, legiuitorul infraconstituțional a reglementat regula accesului părților cauzei la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum și excepția, care trebuie să întrunească următoarele condiții cumulative: (i) documentele operatorilor economici la care se dorește accesul să fie declarate de aceștia confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii; (ii) caracterul confidențial al respectivelor documente să fie demonstrat prin orice mijloace de probă; (iii) dezvăluirea respectivelor documente ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

19. Autoarea excepției de neconstituționalitate invocă nerespectarea prevederilor Constituției din perspectiva inexistenței condițiilor care trebuie îndeplinite de un document pentru a fi declarat confidențial. Curtea observă că art. 1 alin. (5) din Constituție consacră principiul respectării obligatorii a legilor, iar, pentru a fi respectată de destinatarii săi, legea trebuie să îndeplinească anumite cerințe de precizie, claritate și previzibilitate, astfel încât acești destinatari să își poată adapta în mod corespunzător conduita. În acest

sens, Curtea Constituțională a statuat în jurisprudența sa (de exemplu, Decizia nr. 1 din 11 ianuarie 2012 [...]) că, de principiu, orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de precis și clar pentru a putea fi aplicat; astfel, formularea cu o precizie suficientă a actului normativ permite persoanelor interesate – care pot apela, la nevoie, la sfatul unui specialist – să prevadă într-o măsură rezonabilă, în circumstanțele speței, consecințele care pot rezulta dintr-un act determinat. Desigur, poate să fie dificil să se redacteze legi de o precizie totală și o anumită suplețe poate chiar să se dovedească de dorit, suplețe care nu trebuie să afecteze însă previzibilitatea legii (a se vedea Decizia nr. 903 din 6 iulie 2010 [...], Decizia nr. 743 din 2 iunie 2011 [...] sau Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014 [...]).

20. Sub aspectul calității reglementării, Curtea reține că o normă juridică trebuie să reglementeze în mod unitar, uniform, să stabilească cerințe minime, aplicabile tuturor destinatarilor săi (a se vedea Decizia nr. 17 din 21 ianuarie 2015 [...]). Totodată, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, constant invocată de Curtea Constituțională în contextul examinării standardelor de calitate a legii, s-a constatat că semnificația noțiunii de previzibilitate depinde într-o mare măsură de conținutul textului despre care este vorba și de domeniul pe care îl acoperă, precum și de numărul și de calitatea destinatarilor săi. Principiul previzibilității legii nu se opune ideii ca persoana în cauză să fie determinată să recurgă la îndrumări clarificatoare pentru a putea evalua, într-o măsură rezonabilă în circumstanțele cauzei, consecințele ce ar putea rezulta dintr-o anumită faptă. Este în special cazul profesioniștilor, care sunt obligați să dea dovadă de o mare prudență în exercitarea profesiei lor, motiv pentru care se așteaptă din partea lor să acorde o atenție specială evaluării riscurilor pe care aceasta le prezintă (a se vedea Hotărârea din 15 noiembrie 1996, pronunțată în *Cauza Cantoni împotriva Franței*, paragraful 35, Hotărârea din 24 mai 2007, pronunțată în *Cauza Dragotoniou și Militaru-Pidhorni împotriva României*, paragraful 35, Hotărârea din 20 ianuarie 2009, pronunțată în *Cauza Sud Fondi SRL și alții împotriva Italiei*, paragraful 109). Având în vedere principiul aplicabilității generale a legilor, Curtea de la Strasbourg a reținut că formularea acestora nu poate prezenta o precizie absolută. Una dintre tehnicile standard de reglementare constă în recurgerea mai degrabă la categorii generale decât la liste exhaustive. Astfel, numeroase legi folosesc, prin forța lucrurilor, formule mai mult sau mai puțin vagi, ale căror interpretare și aplicare depind de practică. Oricât de clar ar fi redactată o normă juridică, în orice sistem de drept, există un element inevitabil de interpretare judiciară. Nevoia de elucidare a punctelor neclare și de adaptare la circumstanțele schimbătoare va exista întotdeauna. Din nou, deși certitudinea este extrem de dezirabilă, aceasta ar putea antrena o rigiditate excesivă, or, legea trebuie să fie capabilă să se adapteze schimbărilor de situație. Rolul decizional conferit instanțelor urmărește tocmai înlăturarea dubiilor ce persistă cu ocazia interpretării

normelor, dezvoltarea progresivă a dreptului prin intermediul jurisprudenței ca izvor de drept fiind o componentă necesară și bine înrădăcinată în tradiția legală a statelor membre (Hotărârea din 22 noiembrie 1995, pronunțată în Cauza *S.W. împotriva Regatului Unit*, paragraful 36, Hotărârea din 24 mai 2007, pronunțată în Cauza *Dragotoniou și Militaru-Pidhorni împotriva României*, paragrafele 36 și 37, Hotărârea din 12 februarie 2008, pronunțată în Cauza *Kafkaris împotriva Ciprului*, paragraful 141, Hotărârea din 21 octombrie 2013, pronunțată în Cauza *Del Río Prada împotriva Spaniei*, paragrafele 92 și 93).

21. Or, în cazul de față, prin raportare la jurisprudența invocată, această cerință minimală, aplicabilă tuturor destinatarilor legii, este îndeplinită prin exemplificarea domeniilor în care documente ale ofertanților economici pot fi declarate drept confidențiale, ele referindu-se la secrete tehnice și/sau comerciale ori la proprietatea intelectuală. Astfel, textul criticat utilizează noțiuni generale, dar într-un context care face ușor de interpretat și de aplicat aceste noțiuni. Este evident că o enumerare a situațiilor care impun confidențialitatea documentelor ofertanților nu poate fi una exhaustivă, precum și că legiuitorul a avut în vedere acest aspect, prin folosirea sintagmei „fără a se limita la acestea”. Totodată, Curtea observă că, având în vedere conținutul tehnic al textului despre care este vorba, domeniul specializat pe care îl acoperă, numărul mare și calitatea de profesionist a destinatarilor săi, textul criticat apare ca fiind previzibil sub aspectul aplicării sale.

22. De altfel, Curtea constată că se impune ca autoritățile contractante, Consiliul [...] și instanțele de judecată să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor publice al căror conținut ar putea denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. Este necesar ca operatorii economici să poată comunica autorităților contractante sau jurisdicționale orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire sau de control jurisdicțional al acesteia, fără a se teme că aceste autorități vor comunica informații a căror divulgare i-ar putea prejudicia pe respectivii operatori. Secretul tehnic, comercial, profesional, bancar, fiscal și de orice natură trasează o linie de demarcație între drepturile deținătorului și cele ale concurenților săi, iar autoritatea contractantă și instanțele de judecată sunt datoare să apere secretul care le-a fost încredințat și să garanteze securitatea datelor în fața terților interesați să profite de ele. Mai mult, pe cale jurisprudențială, instanțele de la nivelul Uniunii Europene au stabilit că, în ceea ce privește achizițiile publice, există o prezumție generală potrivit căreia accesul la oferte aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților economici, prezumție care poate fi răsturnată dacă există un interes public superior care să justifice divulgarea [a se vedea Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 29 ianuarie 2013, pronunțată în cauzele conexe T-339/10 și T-532/10, *Cosepuri Soc. Coop. pA împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentelor (EFSA)*, paragraful 101, și Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 28 iunie 2012, pronunțată în Cauza

C-404/10 P, *Comisia Europeană împotriva Éditions Odile Jacob SAS*, paragrafele 123 și 126]. Aceasta este și rațiunea pentru care actuala legislație în materie [...] conține dispoziții privind confidențialitatea informațiilor ofertanților economici, indicate ca atare de aceștia, caracter reglementat distinct în cadrul atribuirii contractului public.

23. Ca atare, Curtea reține că textul criticat se coroborează cu dispozițiile similare din legile speciale privind procedurile de atribuire a contractelor publice. În acest context, Curtea subliniază că dosarul constituit la Consiliu (dosarul cauzei) nu poate fi identic cu dosarul achiziției publice, chiar dacă multe dintre documentele achiziției se regăsesc în ambele dosare, iar accesul la dosarul cauzei nu este echivalent cu accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă. Totodată, Curtea reține că procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii prevede obligația autorității contractante de a păstra confidențialitatea asupra informațiilor declarate de participanții la procedura de atribuire ca fiind confidențiale, în fiecare dintre diferitele tipuri de proceduri de atribuire. În consecință, procedura din fața Consiliului [...] nu poate fi transformată într-un mijloc care să aibă drept scop consultarea de către ofertantul contestator, la sediul Consiliului, a înscrisurilor din ofertele concurenților, întrucât o atare practică ar rupe echilibrul dintre participanții la procedura de atribuire și ar crea avantaje concurențiale incorecte în favoarea ofertanților care contestă procedura de atribuire în fața Consiliului.

[...]

28. Distinct de cele de mai sus, Curtea reține că procedurile administrativ-jurisdicționale au și rolul de a asigura o eventuală soluționare cu celeritate a unor litigii specifice de către o jurisdicție administrativă specială, care, prin natura competențelor sale, modul de numire și mai ales calificarea membrilor săi, este în măsură să cunoască mai bine problemele specifice și speciale ale unui domeniu de activitate care vizează administrația publică. Din această perspectivă, astfel de proceduri administrativ-jurisdicționale pot constitui, în măsura în care justițiabilul interesat face apel la ele, un real mijloc de protecție a drepturilor și intereselor sale legitime, protecție ce se presupune că este conferită prin analizarea litigiului de către o jurisdicție specializată.

29. De altfel, dispozițiile Legii nr. 101/2016 nu fixează imperativ urmarea căii de atac administrativ-jurisdicționale, ci o prevăd ca o facultate de care beneficiază persoana care se consideră vătămată. Rațiunea pentru care legiuitorul a prevăzut această cale a fost aceea de a institui o modalitate eficientă de prevenire și limitare a abuzului de drept, având în vedere faptul că soluționarea contestațiilor în materia achizițiilor publice este necesar să se desfășoare și să se judece după o procedură caracterizată prin celeritate. Existența acestei căi nu împiedică respectiva persoană să apeleze direct la calea de atac judiciară, în măsura în care apreciază că aceasta îi servește mai bine interesele. Totodată, nicio dispoziție din cuprinsul Legii nr. 101/2016 nu prevede că actele autorităților contractante pot fi atacate numai la [Consiliu], așa

cum nicio dispoziție din același act normativ nu împiedică persoana care se consideră vătămată să se adreseze instanțelor de judecată.

[...]

33. Referitor la pretinsa încălcare a dreptului la apărare, Curtea observă că interesul părților din dosarul cauzei din fața Consiliului [...] nu este unul public, în sensul că ține de interesul privat faptul că accesul la documentele declarate drept confidențiale de către ofertanții economici s-ar putea dovedi necesar pentru formularea apărării în cadrul unei acțiuni și nu poate constitui un interes public superior care să justifice divulgarea informațiilor. De altfel, aceasta este și abordarea constantă a instanțelor de la Luxemburg (a se vedea, în acest sens, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 28 iunie 2012, pronunțată în Cauza C-404/10 P, *Comisia Europeană împotriva Éditions Odile Jacob SAS*, paragrafele 145 și 146, sau Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2014, pronunțată în Cauza T-181/10, *Reagens SpA împotriva Comisiei Europene*, paragraful 142). Mai mult, instanțele de judecată au la dispoziție suficiente pârghii pentru concilierea interesului ofertantului economic de a păstra caracterul confidențial al documentelor în cadrul litigiului derulat pe rolul lor și a interesului adversarului procesual al ofertantului economic de a se asigura dreptul la apărare. În acest sens, Curtea reține că se poate pune în discuția părților necesitatea efectuării unei expertize tehnice judiciare având ca obiectiv identificarea soluțiilor tehnice prezentate a fi cu caracter novator de către ofertantul economic și care determină natura confidențială a ofertei și verificarea compatibilității ofertei cu documentația de atribuire, în condițiile în care expertul urmează să aibă acces la toate documentele procedurii de achiziție, și, dacă expertul desemnat de instanță va menține caracterul confidențial al actelor declarate astfel, acesta va fi obligat să țină seama de acest caracter în modul de redactare a lucrării (a se vedea Hotărârea nr. 119 din 29 mai 2019, definitivă, pronunțată de către Curtea de Apel Constanța – Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal în Dosarul nr. 81/36/2019).^[13]

^[13] Decizia de respingere nr. 610 din 30 septembrie 2021 [art. 19 din Legea nr. 101/2016], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1184 din 14 decembrie 2021.

Dispozițiile supuse controlului de constituționalitate aveau următorul conținut:

„Art. 19. – (1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit

- 14. - Instanța de judecată verifică în ce măsură operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică și dacă încălcarea a dus la încetarea anticipată a contractului, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**
- **Instanța este în măsură să aprecieze/evalueze legalitatea și proporționalitatea măsurilor înscrise în documentul constatator care conține informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către operatorul economic**
 - **Este constituțională excluderea de la procedurile de atribuire a operatorului economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile contractuale principale, încălcarea care a dus la încetarea anticipată a contractului, la plata de daune-interese sau la alte sancțiuni comparabile. Principiul libertății economice nu**

legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.”

A se vedea și referințele indicate de Curte: Decizia nr. 766 din 10 noiembrie 2015 [art. 271¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 17 din 11 ianuarie 2016, Decizia nr. 476 din 18 iunie 2015 [art. 271¹ și 271² din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 591 din 6 august 2015, Decizia nr. 271 din 23 aprilie 2015 [art. 271¹ alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 502 din 8 iulie 2015, Decizia nr. 17 din 21 ianuarie 2015 [Legea privind securitatea cibernetică a României], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 79 din 30 ianuarie 2015, Decizia nr. 5 din 15 ianuarie 2015 [art. 271¹ și 271² din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 188 din 19 martie 2015, Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014 [art. 77¹ alin. (6) teza finală din Legea nr. 571/2003], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 47 din 20 ianuarie 2015, Decizia nr. 1 din 11 ianuarie 2012 [Legea pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 155/2001, astfel cum a fost aprobată prin Legea nr. 227/2002, precum și, în special, art. I pct. 5 [referitor la art. 4 alin. (1)], pct. 6 [referitor la art. 5 alin. (1) și (2)], pct. 8, pct. 9 [referitor la art. 8 alin. (3) lit. a)-d)], pct. 14 [referitor la art. 13¹ și 13⁴], pct. 15 [referitor la art. 14 alin. (1) lit. b)] din lege], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 53 din 23 ianuarie 2012, Decizia nr. 743 din 2 iunie 2011 [art. 252 alin. (1) din Legea nr. 53/2003], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 579 din 16 august 2011, Decizia nr. 903 din 6 iulie 2010 [art. 11 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 55/2002], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 584 din 17 august 2010, Decizia nr. 71 din 15 ianuarie 2009 [art. 317, 318, 17 și 159 C. proc. civ.], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 49 din 27 ianuarie 2009, Decizia Plenumului nr. 1 din 8 februarie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 69 din 16 martie 1994.

este un drept absolut al persoanei, ci este condiționat de respectarea limitelor stabilite de lege, limite ce urmăresc asigurarea unei anumite discipline economice ori protejarea unor interese

5. În motivarea excepției de neconstituționalitate se susține, în esență, că prevederile criticate nu sunt suficient de clare, precise și previzibile, deoarece nu oferă niciun indiciu sau criteriu determinat cu privire la încălcările în mod grav și repetat ale obligațiilor principale ce îi reveneau operatorului economic în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior participării la o nouă licitație publică, ce sunt de natură să ducă la excluderea ulterioară de la orice licitație. Or, un astfel de criteriu trebuie raportat la situația contractului, la gradul de îndeplinire a obligațiilor în funcție de obiectul contractului etc. Prin urmare, legea ar trebui să prevadă un criteriu cuantificabil obiectiv pentru a se putea înlătura arbitrarul în aplicarea unei sancțiuni extrem de grave care este de natură să afecteze activitatea ulterioară a operatorului economic pe termen lung. De asemenea, se învederează faptul că executarea defectuoasă a unei mici părți dintr-un contract/acord-cadru – spre exemplu, diferența de la 97,23% până la 100% – este invocată de autoritatea contractantă ca motiv de reziliere unilaterală a contractului și este considerată o încălcare gravă și repetată a obligațiilor principale, în condițiile în care autoarea excepției s-a oferit de mai multe ori să remedieze eroarea produsă în derularea contractului/acordului-cadru în discuție. Această chestiune este lăsată exclusiv la aprecierea autorității contractante, care este parte interesată în cauză și, prin urmare, nu poate avea o poziție obiectivă. Așadar, rezilierea unilaterală a unui contract, care este urmată de încasarea garanției de bună execuție și perceperea unor daune-interese (care este realizată fără indicarea cuantumului și a semnificației acestora), este în sine o sancțiune aplicată pentru neîndeplinirea unor obligații. În aceste condiții, dispozițiile criticate, cu privire la eliminarea operatorului economic de la orice procedură de licitație publică, instituie încă o sancțiune, fiind, astfel, contrare principiului *non bis in idem*. Or, având în vedere criteriile aferente principiului proporționalității, dubla sancțiune aplicată unui operator economic nu este proporțională cu atingerea adusă drepturilor unei autorități contractante, ci este mult mai gravă, afectând drepturile acestuia pe termen lung.

6. Se susține că neclaritatea normelor criticate poate conduce la situații de aplicare neunitară și arbitrară a acestora, utilizându-se criterii diferite de apreciere a aspectelor ce constituie o „încălcare gravă”. Prin urmare, se poate ajunge la eliminarea unui operator economic de la orice altă procedură, cu nerespectarea principiului securității juridice, având în vedere că un operator economic, pentru a putea participa la o licitație publică, trebuie să angajeze anterior cheltuieli ce presupun investiții (mijloace tehnice performante, personal etc.) pentru a demonstra că are capacitatea tehnică pentru realizarea contractului preconizat. Față de acestea, se consideră că, prin

aplicarea diferită de către autoritățile publice a dreptului de apreciere asupra situațiilor de încălcare în mod grav sau repetat a obligațiilor principale, nu sunt respectate principiul egalității în drepturi și principiul legalității.

7. Se mai arată că, în contextul rezilierii unui contract sau al perceperii de daune-interese de către autoritatea contractantă, intervenția instanțelor judecătorești se poate realiza în cadrul soluționării unei contestații cu privire la motivele de reziliere, însă hotărârea instanței survine ulterior afectării drepturilor operatorului economic îndepărtat deja de la participarea la procedura de licitație publică. Or, Constituția recunoaște numai judecătorului puterea de a spune dreptul și de a pronunța hotărâri obligatorii, instanța de judecată fiind cea care poate aduce limitări drepturilor civile ale persoanelor juridice, iar nu autoritatea publică în sarcina căreia este prevăzut dreptul de a emite actul (documentul constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale) ce poate declanșa eliminarea din alte proceduri de licitație publică, act ce are caracter extrajudiciar, fiind emis de o autoritate care nu dispune de atributele de imparțialitate și independență specifice numai instanțelor judecătorești. Prin urmare, numai prin verificarea obiectivă de către instanțele judecătorești se pot aduce limitări drepturilor civile ale persoanelor juridice; în sens contrar se aduce atingere principiului egalității cetățenilor în fața legii și a autorităților publice, precum și dreptului la apărare.

[...]

14. Examinând excepția de neconstituționalitate, Curtea constată că Legea nr. 98/2016 transpune în legislația internă normele europene în materia achizițiilor publice [...]. În mod concret, prevederile criticate în prezenta cauză transpun dispozițiile art. 57 alin. (4) lit. g) și alin. (5) teza a doua din Directiva 2014/24/UE. Aceste dispoziții europene statuează că autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic dacă acesta a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, iar în orice moment în cursul procedurii autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alin. (4).

15. Față de această împrejurare, Curtea observă că, în virtutea art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24/UE, orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alin. (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție. Aceste nor-

me europene se regăsesc în Legea nr. 98/2016 la art. 171, potrivit căruia orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 din acest act normativ ce atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

16. Cu titlu general, Curtea reține că soluția legislativă criticată a format și obiectul unei cereri de decizie preliminară formulate de Curtea de Apel București (România) în Cauza C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 – S.A. împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere – S.A.*, prin care Curtea de Justiție a Uniunii Europene a arătat că: (i) o autoritate contractantă are dreptul, în principiu, să excludă de la o procedură de achiziție de lucrări publice un operator economic cu privire la care s-a dispus încetarea anticipată a unui contract de achiziții publice anterior; (ii) revine instanței naționale sarcina de a determina, având în vedere împrejurările specifice ale litigiului și cu aplicarea principiului proporționalității, dacă încetarea anticipată a unui (prim) contract de achiziții publice a fost cauzată de o deficiență semnificativă la îndeplinirea unei cerințe esențiale impuse în cadrul contractului menționat, suficientă pentru a exclude operatorul economic de la un (al doilea) contract; (iii) este de competența instanței naționale să aprecieze, în lumina principiului proporționalității, gravitatea acestor fapte.

17. Raportat la cauza de față, Curtea constată că excepția de neconstituționalitate este formulată într-un litigiu ce are ca obiect soluționarea unei cereri prin care se solicită anularea Documentului constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale, document care, ulterior întocmirii, poate produce efecte asupra participării operatorului economic la anumite proceduri de atribuire a unor contracte de achiziție publică/acorduri-cadru viitoare, în sensul excluderii operatorului economic în discuție din aceste proceduri. În acest context, Curtea observă că Documentul constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale în discuție își are temeiul juridic în Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 [...]. Acesta este parte a dosarului de achiziție și conține informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant.

18. La finalizarea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația să elibereze contractantului un exemplar al documentului constatator. Aceste documente constatatoare pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 [...]. Prin urmare, dacă partea interesată recurge la serviciile justiției, instanța de judecată este cea care verifică conținutul documentelor constatatoare și stabilește în ce măsură cele înscrise în acestea se circumscriu dispozițiilor legale, în sensul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) și la art. 169 din Legea nr. 98/2016, respectiv în ce măsură operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune

încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

19. În acest context, dispozițiile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 prevăd faptul că, în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g)[,] se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări ce prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract.

20. Prin urmare, aceste norme, coroborate, sunt conforme cu prevederile art. 1 alin. (5) din Constituție în componenta privind calitatea legii, fiind suficient de clare, precise și previzibile. De altfel, cu privire la sfera de cuprindere a unor situații ipotetice într-o lege, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat în mod constant, statuând că, din cauza principiului generalității legilor, conținutul acestora nu poate prezenta o precizie absolută. Una dintre tehnicile-tip de reglementare constă în recurgerea mai degrabă la categorii generale decât la liste exhaustive. De asemenea, numeroase legi se folosesc de eficacitatea formulelor mai mult sau mai puțin vagi pentru a evita o rigiditate excesivă și a se putea adapta la schimbările de situație (de exemplu, Hotărârea din 15 noiembrie 1996, pronunțată în Cauza *Cantoni împotriva Franței*, paragraful 31). De altfel, interpretarea legilor este o operațiune rațională utilizată de orice subiect de drept în vederea aplicării și respectării legii, având ca scop clarificarea înțeleșului unei norme juridice sau a câmpului său de aplicare. Instanțele judecătorești interpretează legea în mod necesar în procesul soluționării cauzelor cu care au fost învestite. În acest sens, interpretarea este faza indispensabilă a procesului de aplicare a legii. Mai mult, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că, „oricât de clar ar fi textul unei dispoziții legale, în orice sistem juridic există, în mod inevitabil, un element de interpretare juridică” (Hotărârea din 22 noiembrie 1995, pronunțată în Cauza *C.R. împotriva Regatului Unit*).

21. Totodată, având în vedere considerentele mai sus prezentate, Curtea constată că sunt respectate și principiul separației și echilibrului puterilor în stat, principiul egalității, accesului liber la justiție și dreptului la apărare, coroborate cu normele privitoare la instanțele de judecată, întrucât verificarea documentului constatator care conține informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant este supusă controlului de legalitate, context în care părțile își pot realiza apărările necesare.

22. În ceea ce privește dispozițiile art. 45 și 135 din Constituție, Curtea a reținut că principiul libertății economice nu este un drept absolut al persoanei, ci este condiționat de respectarea limitelor stabilite de lege, limite ce urmăresc asigurarea unei anumite discipline economice ori protejarea unor interese generale, precum și asigurarea respectării drepturilor și intereselor legitime ale tuturor (Decizia nr. 162 din 8 februarie 2011 [...]), considerente care sunt aplicabile *mutatis mutandis* și în prezenta cauză.

23. Față de această împrejurare, Curtea constată că prevederile criticate nu sunt contrare dispozițiilor constituționale invocate în susținerea excepției

de neconstituționalitate, întrucât partea interesată are posibilitatea de a se adresa instanței judecătorești, aceasta fiind cea care, pe baza criteriilor prevăzute exemplificativ de lege, este în măsură să aprecieze/evalueze legalitatea și proporționalitatea măsurilor înscrise în documentul constatator care conține informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către operatorul economic.^[14]

15. Excepție de neconstituționalitate în care se invocă neacceptarea de către instanțe a contestației în anulare specială împotriva deciziilor de soluționare a plângerilor, decizii care nu sunt considerate a fi pronunțate în recurs, spre deosebire de acceptarea ei în cazul în care contestatorul a ales calea de atac judiciară, în care hotărârea în primă instanță este atacabilă cu recurs. Excepție inadmisibilă

3. Cauza fiind în stare de judecată, președintele acordă cuvântul apărătorului ales prezent, care, în esență, învederează faptul că: este necesar a se asigura și legislația necesară pentru a nu fi îngrădite drepturile și libertățile fundamentale prevăzute de Constituție, context în care face trimitere la

^[14] Decizia de respingere nr. 602 din 30 septembrie 2021 [art. 167 alin. (1) lit. g) și art. 169 din Legea nr. 98/2016], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1165 din 8 decembrie 2021.

Dispozițiile supuse examinării constituționalității aveau următorul cuprins:

- art. 167 alin. (1) lit. g): „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;”

- art. 169: „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”

A se consulta și Decizia nr. 25 din 15 noiembrie 2021 [interpretarea și aplicarea art. 166 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și ale art. 97¹ din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, raportate la art. 2 alin. (1) lit. c) și la art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 180 din 23 februarie 2022, Decizia nr. 361 din 3 iunie 2021 [art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 729 din 26 iulie 2021, Decizia nr. 498 din 4 iulie 2017 [art. 181 lit. c¹] din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 945 din 29 noiembrie 2017, precum și Decizia nr. 162 din 8 februarie 2011 [art. 136 din Legea nr. 31/1990], publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 272 din 19 aprilie 2011.