***Project:***

***“Asistenţă pentru consolidarea capacităţii instituţionale în domeniul formării judecătorilor şi procurorilor pentru aplicarea noilor coduri”***

**Activity:**

**“Pregătire profesională în domeniul achizițiilor publice în cadrul unor seminarii organizate de Consiliul Superior al Magistraturii şi Institutul Național al Magistraturii”**

**Raport de activitate**

**Expert: judecător …**

**Date …**

Subsemnata**, COD A1038**, judecător în cadrul Curții de Apel …, în calitate de formator (expert) în proiectul ,,*Asistenţă pentru consolidarea capacităţii instituţionale în domeniul formării judecătorilor şi procurorilor pentru aplicarea noilor coduri*” – ***Programul de cooperare elvețiano – român / Swiss Romanian Cooperation Programme***, activitatea ,,*Pregătire profesională în domeniul achizițiilor publice în cadrul unor seminarii organizate de Consiliul Superior al Magistraturii şi Institutul Național al Magistraturii*”, am desfășurat la data de **..**, începând cu orele 09.00, un seminar la … la care au participat judecători de la toate nivelurile instanțelor judecătorești din România, respectiv Înalta Curtea de Casație și Justiție, curți de apel, tribunale și judecătorii.

Tema seminarului a vizat în principal dispozițiile Legilor nr. 98/2016 privind achizițiile publice și nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, precum și interacțiunile sale procesuale cu reglementările de drept substanțial specifice Legilor nr. 98/2016, 99/2016 și 100/2016, dar și cu dreptul comun.

Activitatea de formare profesională a judecătorilor a prezentat un pronunțat caracter practic și interactiv, îmbinând dezbaterile pe marginea dispozițiilor de procedură judiciară și administrativ – jurisdicțională din Legea 98/2016 și Legea nr. 101/2016 cu aspectele de practică judiciară națională, dar și cu expunerea detaliată a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, a ICCJ în decizii RIL și HP și a jurisrudenței Curții Constituționale.

**Ziua 1**

Seminarul a debutat cu prezentarea participanților și a problemelor de interes în practica lor curentă, pentru a putea răspunde nevoilor de formare a acestora. Grupul de participanți a fost unul eterogen, nivelului participanților de experiență în materie fiind divers, mergând de la activitatea îndelungată de judecată în această materie a unora dintre judecători până la activitatea de dată mai recentă sau mai redusă a altora.

**Tema 1. Principiile achizițiilor publice**

A fost discutat art.2 alin.2 din Legea 98/2016, care, in aplicarea normelor europene, stabilește 6 principii pentru achizițiile publice:

a) nediscriminarea;

b) tratamentul egal;

c) recunoaşterea reciprocă;

d) transparenţa;

e) proporţionalitatea;

f) asumarea răspunderii.

A fost subliniată jurisprudenţa CJUE potrivit căreia faptul că valoarea unui contract nu atinge pragul prevăzut de normele UE nu înseamnă că acest contract iese complet din sfera de aplicare a dreptului Uniunii, şi în cadrul atribuirii unui astfel de contract trebuind respectate normele fundamentale ale tratatului și, în special, principiul egalității de tratament. Curtea subliniază că elementul de diferențiere în raport cu contractele a căror valoare depășește pragul stabilit prin dispozițiile Directivei nr. 18/2004 este acela că numai acestea din urmă sunt supuse procedurilor speciale și riguroase prevăzute de aceste dispoziții. Curtea a stabilit că, deşi valoarea estimată este situată sub pragurile *de minimis,* „normele fundamentale și principiile generale ale tratatului sunt aplicabile cu condiția ca respectivul contract să prezinte un interes transfrontalier cert, ținând seama în special de importanța și de locul executării sale.”

În continuare au fost analizate in extenso principiile enunșate:

**1. Principiul nediscriminării**

Au fost evidențiate urmatoarele reguli:

* Autoritățile contractante nu trebuie să discrimineze potențialii ofertanți pe baza unor motive nejustificate (de exemplu naționalitatea) și nu trebuie să includă specificații tehnice care ar putea favoriza întreprinderile naționale.
* Autoritățile contractante trebuie să evite stabilirea de cerințe de calificare care să favorizeze anumiți participanți la procedura de achiziție publică;
* Autoritățile contractante trebuie să evite practicile de favorizare a unui ofertant prin stabilirea de condiții discriminatorii în caietele de sarcini.

Au fost discutate **cauzele CJUE** care au făcut aplicarea acestui principiu:

* Cauza C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana, potrivit căreia articolul 30 din Tratatul CEE trebuie să fie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naţionale care rezervă întreprinderilor stabilite în anumite regiuni ale teritoriului
* cauza C-196/08, Acoset SpA, în care s-a arătat că: „Alături de principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, principiul egalității de tratament între ofertanți își găsește de asemenea aplicarea în cazul concesiunilor de servicii publice, și aceasta chiar și în lipsa unei discriminări pe motiv de cetățenie sau naționalitate (a se vedea în special Hotărârea ANAV, citată anterior, punctul 20).
* C-45/87, Comisia c. Irlanda: Definirea specificațiilor tehnice, prin referirea la un anumit **standard național**, este permisă doar dacă o asemenea referire este însoțită de mențiunea „sau echivalent”
* C-359/93, Comisia c. Regatul Țărilor de Jos: Definirea specificațiilor tehnice, prin referirea la o anumită marcă, este permisă doar în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului și numai dacă o asemenea referire este însoțită de mențiunea „sau echivalent”
* Cauza: C-243/89, Comisia c.Danemarca: O clauză contractuală dintr-o documentație de atribuire, care introduce o discriminare bazată pe considerente privind naționalitatea, este contrară principiilor dreptului comunitar
* C-59/00, Bent Mousten Vestergaard vs Spøttrup Boligselskab: Definirea specificațiilor tehnice, prin referirea la o anumită marcă, fără ca o asemenea referire să fie însoțită de mențiunea „sau echivalent”, reprezintă o încălcare a principiilor fundamentale ale Uniunii Europene, astfel că obligația de a adăuga respectiva mențiune revine autorităților contractante și în cazul procedurilor de achiziții publice care nu intră în domeniul de aplicare al legislației comunitare din materia achizițiilor publice

# 2.Principiul egalităţii

Au fost enunțate urmatoarele reguli:

* Eliminarea elementelor de natură subiectivă care pot influența deciziile în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică;
* Furnizarea, concomitent, către toți operatorii economici implicați într-o procedură de achiziție, a informațiilor aferente procedurii.

A fost prezentată **jurisprudenta CJUE** în materie:

* principiul tratamentului egal obligă ca situaţii comparabile să nu fie tratate în mod diferit şi ca situaţii diferite să nu fie tratate în acelaşi mod, cu excepţia cazului în care un astfel de tratatament este justificat în mod obiectiv. (Hotararea MilkMarque, C-137/00 , cauza 106/83, Sermide)
* Principiul egalității de tratament nu este încălcat numai pentru motivul că autoritățile contractante admit participarea la o procedură de atribuire a unui contract public a organismelor care beneficiază de subvenții ce le permit să facă oferte la prețuri sensibil mai mici decât cele ale ofertanților concurenți nesubvenționați și, pe de altă parte, că dacă legiuitorul comunitar ar fi avut intenția de a obliga autoritățile contractante să excludă astfel de ofertanți, ar fi enunțat acest lucru în mod expres ( cauzaC‑305/08, par.40, Hotărârea ARGE, punctele 25 și 26).
* T-437/05, Brink’s Securit Luxembourg c.Comisia : Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o achiziție publică, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți competitorii.
* Cauza: T-211/02, Tideland Signal Limited vs Comisia- Deși nu are obligația, ci dreptul de a solicita clarificări cu privire la oferta depusă, autoritatea contractantă trebuie să uzeze de acest drept în situația în care obținerea acestor clarificări este posibilă și necesară pentru evaluare ofertei respective; ar fi contrar principiului egalității să se recunoască unei comisii de evaluare o putere discreționară absolută de a solicita sau nu clarificări cu privire la o anumită ofertă, fără să țină seama de considerații obiective și fără să fie supusă unui control jurisdicțional.
* T-336/12- Principiul egalității de tratament trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca o autoritate contractantă să solicite unui candidat, după expirarea termenului acordat pentru depunerea candidaturilor la un contract de achiziții publice, comunicarea unor documente care descriu situația acestui candidat, precum bilanțul publicat, a căror existență înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv, în măsura în care documentele contractului respectiv nu au impus în mod explicit comunicarea lor sub sancțiunea excluderii candidaturii. O astfel de solicitare nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze nejustificat candidatul sau candidații cărora le‑a fost adresată.

# 3. Principiul transparenţei

A fost prezentată jurisprudența CJUE în materie:

- Cauza T-437/05, Brink’s Securit Luxembourg c.Comisia : Principiul transparenței, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat **riscul de favoritism și de arbitrar** din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate **clar, precis și univoc** în anunțul de participare sau în caietul de sarcini.

## - să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod; să permită AC să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză

## - „specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al candidaților și ofertanților și să nu aibă ca efect crearea unor obstacole nejustificate în calea ofertării competitive”.

## - impunerea în caietul de sarcini a unei experiențe profesionale minime de un an- condiţie formulată clar, precis și univoc- asigură egalitatea de tratament față de ofertanți, nu este necorespunzătore

## A fost discutată aplicarea acestor principii în ceea ce privește specificațiile tehnice:

# Cauza C-368/10, Comisia Europeană vs Regatul Țărilor de Jos: specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței în ceea ce privește lansarea procedurilor de achiziții publice, că acestea trebuie să fie suficient de exacte pentru ca ofertanții să poată determina obiectul contractului și pentru ca autoritățile contractante să poată atribui contractul și că trebuie menționate în mod clar, astfel încât toți ofertanții să știe la ce se referă criteriile stabilite de autoritatea contractantă.

# –  criterii de atribuire incompatibile prevăzând că, în situația în care anumite produse care urmează să fie furnizate poartă anumite etichete, se va acorda un anumit număr de puncte în cadrul alegerii ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, fără să fi enumerat criteriile pe baza cărora se acordă aceste etichete și fără să fi autorizat posibilitatea de a demonstra prin orice mijloc de probă că un produs îndeplinește aceste criterii;

## –  o clauză care nu respectă obligația de transparență impunând condiția potrivit căreia ofertanții trebuie să respecte „criteriil[e] cu privire la achizițiile constante și la comportamentul responsabil din punct de vedere social al întreprinderilor” și să arate care este modalitatea prin care îndeplinesc aceste criterii și cum „contribuie la îmbunătățirea durabilității pieței cafelei și la producția responsabilă din punct de vedere ecologic, social și economic”,

## Principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că nu se opun excluderii unui operator economic de la o procedură de atribuire pentru motivul că acest operator nu a respectat obligația, prevăzută în documentele achiziției, de a anexa la oferta sa, sub sancțiunea excluderii, o declarație potrivit căreia persoana desemnată în această ofertă drept director tehnic al operatorului menționat nu face obiectul unei proceduri sau al unei condamnări penale, chiar dacă, la o dată ulterioară expirării termenului acordat pentru depunerea ofertelor, o astfel de declarație a fost comunicată autorității contractante sau se demonstrează că acestei persoane i s‑a atribuit din eroare calitatea de director tehnic.

## Cauza C‑27/15, Pippo Pizzo: Principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr‑o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate.

## Cauza: T‑232/06, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Comisia: Operatorii economici au dreptul de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de nu îngrădi acest drept

## Cauza: C‑147/06, SECAP SpA vs Comune di Torino, respectiv C‑148/06, Santorso Soc. coop. arl vs Comune di Torino: Respingerea unei oferte, pentru că are prețul aparent neobișnuit de scăzut, fără a solicita, în prealabil, clarificări cu privire la acest aspect, în cazul procedurilor de atribuire care prezintă un interes transfrontalier cert, reprezintă o încălcare a principiilor fundamentale ale Uniunii Europene, astfel că obligația de a solicita astfel de clarificări revine autorităților contractante și în cazul procedurilor de achiziții publice care nu intră în domeniul de aplicare al legislației comunitare din materia achizițiilor publice

## Cauza: T-195/05, Deloitte Business Advisory NV vs Comisia: Autoritatea contractantă are dreptul, nu obligația, de a solicita clarificări cu privire la ofertele depuse. Autoritatea contractantă poate decide să solicite clarificări doar unor ofertanți, în condițiile în care doar în cazul acestora se justifică o astfel de solicitare și dacă se asigură respectarea principiilor tratamentului egal și al nediscriminării. crit.de atrib.

## C-226/09, Comisia Europeană vs Irlanda: prin modificarea ponderii criteriilor de atribuire a contractului în litigiu, în urma unei prime examinări a ofertelor depuse, Irlanda nu și-a îndeplinit obligațiile care îi revin în temeiul principiului egalității de tratament și al obligației de transparență care decurge din acesta, astfel cum sunt acestea interpretate de către Curte.

## Cauza: C-448/01, EVN AG și Wienstrom GmbH vs Republica Austria: În cazul în care o decizie a autorității contractante privind un criteriu de atribuire este declarată ilegală și este, prin urmare, anulată de către organismul competent, autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de achiziție publică

## C‑324/14, Partner Apelski Dariusz: O comunicare prin care un operator economic indică autorității contractante, după deschiderea ofertelor, ordinea de prioritate a părților din contractul în cauză potrivit căreia ar trebui evaluată oferta sa constituie, în realitate, o modificare substanțială care se aseamănă mai degrabă cu prezentarea unei noi oferte.   Rezultă că autoritatea contractantă nu poate permite unui operator economic să precizeze astfel oferta sa inițială, în caz contrar încălcându‑se principiile egalității de tratament și nediscriminării operatorilor economici.

## Participanții au menționat dificultățile pe care le au în practică în ceea ce privește aplicarea principiului transparenței atunci când se solicită divulgarea componenței comisiei de evaluare.

## În acest sens, formatorul a arătat că, în jurisprudența CJUE, într-o situație în care reclamanta a solicitat accesul la componența (nume, grad, vechime în muncă și repartizarea membrilor) a comisiei de evaluare, Curtea a apreciat că membrii comisiei de evaluare au fost numiți în calitate de reprezentanți ai serviciilor interesate și nu cu titlu personal. În aceste împrejurări, divulgarea componenței comisiei de evaluare nu pune în pericol viața privată a respectivelor persoane. (Regulamentul nr. 1049/2001) și a fost anulată decizia Comisiei prin care aceasta a refuzat să comunice reclamantei componența comisiei de evaluare.

## Au fost discutate posibilele situații de just echilibru care trebuie stabilit în aplicarea principiului transparenței în concurs cu cel al egalităţii de tratament și al proporţionalităţii. În acest sens au fost discutate următoarele cauze:

## Cauza C-213/07, Michaniki AE c. Ethniko șa: Ofertanții trebuie să se afle pe poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de autoritatea contractantă; Să excludă riscul de a li se acorda preferință ofertanților naționali, dar și riscul ca o autoritate contractantă să se lase ghidată de considerente străine contractului în cauză

## C‑171/15, Connexxion Taxi Services BV: Examinarea excluderii în cauză în lumina principiului proporționalității, deși condițiile prevăzute în cererea de ofertă aferentă contractului în discuție prevăd respingerea fără examinarea în lumina acestui principiu a ofertelor pentru care există un asemenea motiv de excludere, este susceptibilă să genereze incertitudine pentru operatorii economici interesați și să aducă atingere principiului egalității de tratament și respectării obligației de transparență.

## C-213/07, Michaniki AE c. Ethniko. Nediscriminare- se opune ca statele membre sau autoritățile contractante să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională (Hotărârea La Cascina s.a., pct. 22).

## Principiului proporționalității - Enumerarea exhaustivă nu exclude totuși posibilitatea statelor membre de a menține sau de a adopta reguli materiale destinate în special să asigure, în domeniul achizițiilor publice, respectarea principiului egalității de tratament, precum și a principiului transparenței pe care îl implică acesta din urmă, care sunt impuse autorităților contractante în orice procedură de atribuire a unui astfel de contract

# Cauza C-223/16, Casertana Costruzioni Srl: Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului; decizia de autorizare a modificării componenței grupării câștigătoare implică o modificare în raport cu decizia de atribuire care poate fi considerată substanțială

# 4.Principiul proporţionalităţii

# A fost analizată jurisprudența CJUE în materie:

# - Cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisiei: Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite. În cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite. Acest principiu impune AC, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia

# Au fost date numeroase exemple de aplicare a principiul proporţionalităţii:

## Impunerea pentru calificare a unei cifre de afaceri anuale în cuantum excesiv în raport cu complexitatea şi valoarea estimată a contractului

## Solicitarea unui nr. excesiv de documente sau informaţii ref. la demonstrarea capacităţii tehnice şi/sau profesionale

## Solicitarea de resurse umane, utilaje sau echipamente fără relevanţă pentru buna execuţie a contractului de achiziţie publică sau într-un nr. excesiv

## Condiţia de prezentare în original sau f. autentică a unui nr. mare de documente, deşi ar fi suficientă copia certificată

## Stabilirea unui termen pentru depunerea ofertelor insuficient pentru elaborarea acestora, în raport de complexitatea obiectului contractului

## Descrierea unor specificaţii tehnice proprii unor produse ce depăşesc necesităţile AC

## Alocarea unui punctaj f. mare unui factor de evaluare, raportat la importanţa factorului în îndeplinirea contractului

## Cererea de prezentare a unor garanţii inadecvate riscului implicat de atribuirea şi executarea corespunzătoare a contractului.

## dreptul comunitar se opune unei dispoziții naționale care, deși urmărește obiectivele legitime ale egalității de tratament a ofertanților și transparenței în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, instituie o prezumție absolută de incompatibilitate între calitatea de proprietar, de asociat, de acționar principal sau de membru al conducerii unei întreprinderi care desfășoară o activitate în sectorul mijloacelor de informare în masă și cea de proprietar, de asociat, de acționar principal sau de membru al conducerii unei întreprinderi căreia i se încredințează de către stat sau de către o persoană juridică din sectorul public în sens larg executarea unor contracte de lucrări, de furnizare sau de servicii.

## *fără să li se lase nicio posibilitate de a demonstra, în prezența unor eventuale indicii furnizate, de exemplu, de un concurent, că în cazul lor nu există un astfel de risc real*

## S-a discutat aplicarea în concurs a principiilor transparenței şi egalităţii de tratament, respectiv a principiului proporţionalităţii în cauza C-376/08, Serrantoni.

În finalul prezentării, au fost discutate cu participanții 4 studii de caz care au făcut aplicarea principiilor discutate. ( a se vedea material atașat, Spețe principii)

* **Concluzii**

În cursul seminarului, participanții s-au implicat activ, fiind analizate argumentat textele legale aplicabile și au contribuit cu exemple concrete din activitatea de judecată care au pus în discuție și alte aspecte decât cele evidențiate mai sus.

O problemă subliniată de majoritatea participanților a fost imposibilitatea respectării termenelor prevăzute de Legea 101/2016.

Au fost semnalate deficiențele de interpretare a noii legislații, derivând, spre exemplu, din includerea în partea generală a unor norme (cele referitoare la notificare, spre exemplu), deși ele se aplică doar litigiilor referitoare la procedura de atribuire, nu și în privința contractelor.

De asemenea, dificultatea de a stabili în ce măsură se completează dispozițiile Legii 101/2016 cu CPC, existând situații (spre exemplu transmiterea prin fax a actelor de procedură) în care este dificil de stabilit dacă acestea sunt sau nu incompatibile.

**Expert**

**Judecător COD A1038**