

Dr. Dumitru-Daniel ȘERBAN

Remedii și căi de atac în domeniul achizițiilor publice

**Legea nr. 101/2016 – geneză, interpretare,
limite, perspective**

CUPRINS

PSEUDOPROLOG	1
---------------------	----------

PARTEA I. CONSIDERAȚII INTRODUCTIVE	19
--	-----------

PARTEA A II-A. LEGEA 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	87
--	-----------

Capitolul I. Dispoziții generale	87
---	-----------

Art. 1. – [Domeniul și scopul reglementării]	87
--	----

Art. 2. – [Titularii cererii și obiectul acesteia]	107
--	-----

Art. 3. – [Definiții]	125
-----------------------	-----

Art. 4. – [Contestarea pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară. Cazul utilizării ambelor căi]	189
---	-----

Art. 5. – [Calculul termenelor procedurale]	204
---	-----

Capitolul II. Notificarea prealabilă	217
---	------------

Art. 6. – [Procedura notificării prelabile]	217
---	-----

Art. 7. – [Efectul suspensiv al notificării prelabile]	238
--	-----

Capitolul III. Contestația formulată pe cale administrativ-jurisdicțională	240
---	------------

<i>Secțiunea 1. Termenul de contestare și efectele contestației</i>	240
---	-----

Art. 8. – [Termenul de contestare]	240
------------------------------------	-----

Art. 9. – [Măsurile pe care le poate adopta autoritatea în urma contestației. Interdicția semnării contractului]	273
--	-----

<i>Secțiunea a 2-a. Elementele contestației</i>	281
---	-----

Art. 10. – [Conținutul contestației]	281
--------------------------------------	-----

Art. 11. – [Regularizarea și taxarea contestației]	302
--	-----

<i>Secțiunea a 3-a. Soluționarea contestației</i>	334
---	-----

Art. 12. – [Competența Consiliului. Declinarea cauzelor]	334
--	-----

Art. 13. – [Completul de soluționare]	344
---------------------------------------	-----

Art. 14. – [Distribuirea contestațiilor. Hotărârile completului de soluționare]	357
---	-----

Art. 15. – [Principiile care guvernează soluționarea contestațiilor. Obligația părților de a expune situația de fapt]	362
---	-----

Art. 16. – [Comunicarea contestației către autoritatea contractantă. Informări. Regula confirmării de primire]	377
Art. 17. – [Repartizarea și conexarea contestațiilor. Intervenția terților]	391
Art. 18. – [Punctul de vedere asupra contestației. Comunicarea actelor necesare soluționării contestației]	424
Art. 19. – [Accesul la documentele dosarului cauzei]	441
Art. 20. – [Solicitarea de informații și documente necesare soluționării cauzei]	466
Art. 21. – [Caracterul scris al procedurii de soluționare a contestației. Reprezentarea părților. Concluziile scrise/orale]	473
<i>Secțiunea a 4-a. Suspendarea procedurii de atribuire</i>	485
Art. 22. – [Condițiile cererii de suspendare a procedurii de atribuire. Punctul de vedere asupra cererii]	485
Art. 23. – [Soluționarea cererii de suspendare. Calea de atac împotriva încheierii de soluționare]	501
<i>Secțiunea a 5-a. Termenul de soluționare a contestației</i>	506
Art. 24. – [Termenul de soluționare a contestației. Prolungire. Răspundere]	506
Art. 25. – [Suspendarea procedurii de soluționare a contestației]	516
<i>Secțiunea a 6-a. Soluțiile pe care le poate pronunța Consiliul</i>	537
Art. 26. – [Soluțiile pe care le pronunță Consiliul]	537
Art. 27. – [Hotărârile Consiliului și conținutul lor. Minuta. Comunicarea și publicarea deciziilor Consiliului]	615
Art. 28. – [Obligativitatea deciziilor Consiliului. Îndreptarea, lămurirea sau completarea acestora. Suspendarea aducerii la îndeplinire de către autoritatea contractantă]	648
Capitolul IV. Calea de atac împotriva deciziilor Consiliului	666
Art. 29. – [Titularii și termenul plângerii]	666
Art. 30. – [Conținutul și depunerea plângerii. Transmiterea dosarului de către Consiliu]	698
Art. 31. – [Comunicarea plângerii celorlalte părți. Întâmpinarea. Probatoriul]	709
Art. 32. – [Instanța competentă și termenul de soluționare a plângerii]	714
Art. 33. – [Suspendarea procedurii de atribuire sau a executării contractului]	727
Art. 34. – [Soluțiile pe care le pronunță instanța]	732
Art. 35. – [Amânarea pronunțării. Caracterul definitiv al deciziei instanței. Motivarea și comunicarea deciziei]	742
Art. 36. – [Taxarea plângerii]	748

Capitolul V. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor	750
<i>Secțiunea 1. Organizare și funcționare</i>	750
Art. 37. – [Natura și statutul juridic ale Consiliului]	750
Art. 38. – [Conducerea Consiliului]	750
Art. 39. – [Colegiul Consiliului]	750
Art. 40. – [Reprezentarea Consiliului și atribuțiile președintelui]	751
Art. 41. – [Raportul anual de activitate al Consiliului]	751
Art. 42. – [Finanțarea, sediul și dotările Consiliului]	751
Art. 43. – [Inițierea, aprobarea și opinia asupra proiectelor de acte normative]	751
<i>Secțiunea a 2-a. Statutul personalului Consiliului</i>	751
Art. 44. – [Membrii și personalul tehnico-administrativ. Cerințe și atribuții]	751
Art. 45. – [Selectarea membrilor și a personalului tehnico-administrativ]	752
Art. 46. – [Statutul și salarizarea membrilor și ale personalului tehnico-administrativ]	752
Art. 47. – [Interdicții]	752
Art. 48. – [Aspecte reglementate prin regulamentul de organizare și funcționare. Formarea profesională]	753
Capitolul VI. Sistemul de remedii judiciar	798
<i>Secțiunea 1. Contestația formulată pe cale judiciară</i>	798
Art. 49. – [Instanța competentă. Suspendarea procedurii de atribuire. Interdicția semnării contractului. Termene]	798
Art. 50. – [Conținutul contestației. Procedura și termenul de soluționare. Obligațiile părților. Soluțiile pronunțate de instanță]	799
Art. 50 ¹ . – [Comunicarea contestației și postarea ei în SEAP. Regula confirmării de primire]	800
Art. 51. – [Amânarea pronunțării. Redactarea hotărârii. Calea de atac]	800
Art. 52. – [Taxarea contestației]	801
<i>Secțiunea a 2-a. Soluționarea litigiilor în instanța de judecată</i>	816
Art. 53. – [Acțiuni privind despăgubiri și anularea/nulitatea/executarea contractului. Instanța competentă. Termene]	816
Art. 54. – [Termene și condiții. Cererea reconvențională]	817
Art. 55. – [Amânarea pronunțării. Hotărârea instanței. Calea de atac]	817
Art. 56. – [Taxarea cererilor]	818
Art. 57. – [Arbitrajul]	819

<i>Secțiunea a 3-a. Nulitatea contractelor</i>	831
Art. 58. – [Persoanele care pot solicita constatarea nulității. Cazurile de nulitate. Sancțiuni alternative]	831
Art. 58 ¹ . – [Excepții]	832
Art. 58 ² . – [Suportarea de despăgubiri]	833
Art. 59. – [Termenul de așteptare]	834
Art. 60. – [Termenele de formulare a cererilor. Înștiințarea Agenției]	835
Art. 61. – [Procedura soluționării cererilor. Calea de atac. Responsabilitatea aducerii la îndeplinire a hotărârilor]	835
Art. 61 ¹ . – [Cauțiunea]	836
Art. 61 ² . – [Scutirea de taxă a contestațiilor pe cale judiciară]	838
Capitolul VII. Dispoziții speciale	872
Art. 62. – [Discutarea problemelor de practică neunitară și a noutăților legislative]	872
Art. 63. – [Hotărârile de unificare a practicii administrativ-jurisdicționale sau de soluționare a unor probleme de drept nou-apărute]	880
Art. 64. – [Mecanisme suplimentare de asigurare a practicii unitare]	895
Art. 65. – [Informări reciproce Agenție - Consiliu]	896
Art. 66. – [Implicarea Consiliului și a Agenției în unificarea practicii judiciare]	902
Art. 67. – [Sesizarea Agenției independentă de contestație. Respectarea autorității de lucru judecat]	907
Capitolul VIII. Dispoziții tranzitorii și finale	911
Art. 68. – [Dreptul comun]	911
Art. 69. – [Aplicarea în timp a legii]	913
Art. 70. – [Trimiterile la lege. Aplicarea regulamentului de organizare și funcționare și menținerea personalului]	919
Art. 71. – [Suplimentarea numărului de posturi pentru instanțele judecătorești]	922
[Mențiuni de final]	925

PARTEA A III-A. BREȘE DE NECONSTITUȚIONALITATE A LEGII REMEDIILOR	929
--	------------

PARTEA A IV-A. CONCLUZII	965
---------------------------------	------------

EPILOG	979
---------------	------------

PARTEA A II-A. LEGEA 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

Capitolul I. Dispoziții generale

Art. 1. – [Domeniul și scopul reglementării]^[1]

(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

(2) Prezenta lege se aplică și cererilor având ca obiect acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și celor privind executarea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor.

(3) Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor.

Comentariu

1. Prin dispozițiile articolului introductiv, legea își stabilește:

– obiectul de reglementare, respectiv: remediile^[2], căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară [ordinea ar trebui inversată, prin prisma importanței și solemnității demersului^[3]], în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, cererile de acordare a despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor

^[1] Denumire marginală *brevitatis causa*, asemenea celorlalte denumiri asociate articolelor, care ne aparține și nu are nicio valoare juridică.

^[2] A se citi „contestațiile”.

^[3] În mod normal, judiciarul prevalează administrativ-jurisdicționalului, concluzie reieșită și din precizarea de la art. 4 alin. (6) din lege – „în cazul în care persoana care se consideră vătămată formulează contestație împotriva aceluiași act al autorității contractante atât la Consiliu, cât și la instanța de judecată, se prezumă că aceasta a renunțat la calea administrativ-jurisdicțională” –, dar nu întotdeauna normalul este cel care precumpănește.

cauzate în cadrul procedurii de atribuire, de executare, anulare^[1], rezoluțiune, reziliere sau de denunțare unilaterală a contractelor, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor; și

– scopul, respectiv: asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și de remediere a neregulilor^[2], care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor [antementionate].

Era necesară reglementarea la nivelul unui singur act normativ și coerent a tuturor mecanismelor și procedurilor de remedii (*level playing field*^[3]). Menținerea mecanismelor de atac prevăzute de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004^[4], lege infraconstituțională, ar fi generat în continuare serioase blocaje autorităților contractante, respectiv întârzieri în demararea investițiilor și absorbția de fonduri^[5].

2. Dat fiind că Legea nr. 101/2016 este o lege dedicată contestațiilor și căilor de atac în materia achizițiilor publice (haina procesuală a dreptului substanțial al achizițiilor publice), este eliminată posibilitatea persoanelor vătămate de a recurge la atacarea în justiție a actelor autorităților contractante în această materie în temeiul Legii nr. 554/2004, de la care legea specială a remediilor derogă^[6]. Arhitectura legală

^[1] Și cererile de constatare a nulității contractelor, omise din enumerarea de la art. 1 alin. (2), însă reglementate în corpul actului normativ.

^[2] La art. 2 lit. d) și e) din Metodologia de supervizare a modului de funcționare a sistemului achizițiilor publice/sectoriale, concesiunilor de lucrări și servicii, aprobată prin Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1760/2019, sunt prevăzute următoarele definiții:

„d) *neregulă* – orice abatere de la conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, în materia achizițiilor publice/sectoriale sau concesiunilor de lucrări și servicii;

e) *neregulă sistemică* – abatere de la conformitate identificată la nivelul unei ponderi semnificative a actorilor din sistemul achizițiilor, care nu are caracter de particularitate în funcție de un anumit context”.

^[3] În ceea ce privește conceptul *level playing field*, a se vedea, de exemplu, concluziile avocatului general Juliane Kokott prezentate la 29 aprilie 2010 în cauza *Akzo Nobel Chemicals și Akros Chemicals/Comisia*, C-550/07 P, EU:C:2010:229, punctul 169, cele prezentate la 8 septembrie 2011 în cauza *Toshiba Corporation și alții*, C-17/10, EU:C:2011:552, punctul 118, cele prezentate la 6 septembrie 2012 în cauza *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:544, punctul 37, cele prezentate la 28 februarie 2013 în cauza *Schenker & Co. și alții*, C-681/11, EU:C:2013:126, punctul 48, precum și cele prezentate la 30 ianuarie 2014 în cauza *Kone și alții*, C-557/12, EU:C:2014:45, punctul 29.

^[4] Acțiunile întemeiate pe această lege se numesc „cereri”, nu „contestații”.

^[5] În minuta reuniunii bilaterale tehnice din 10-12 decembrie 2014, Bruxelles, s-a consemnat că există prevederi disparate care au impact asupra achizițiilor publice (pagina 7).

^[6] Legea nr. 24/2000, la art. 15, dispune că:

– o reglementare din aceeași materie și de același nivel poate fi cuprinsă într-un alt act normativ, dacă are caracter special față de actul ce cuprinde reglementarea generală în materie;

– caracterul special al unei reglementări se determină în funcție de obiectul acesteia, circumstanțiat la anumite categorii de situații, și de specificul soluțiilor legislative pe care le instituie;

specifică actuală este concentrată în jurul legii remediilor, care trebuie aplicată prioritar în raport cu legea generală a contenciosului administrativ, ale cărei dispoziții sunt aplicabile doar în măsura în care nu există unele aplicabile în legea remediilor și nu sunt contrare acestei legi^[1]. În situația în care legea proprie – în cazul de față aceea a remediilor – nu cuprinde reguli de urmat, persoana vătămată este obligată să apeleze la dreptul comun, complementar.

Cu alte cuvinte, existența unei reglementări cu caracter derogatoriu, consacrată prin dispozițiile legii remediilor, obligă partea interesată să urmeze procedura reglementată prin acest act normativ, și nu procedura prevăzută de normele dreptului comun, conținute în legea contenciosului administrativ sau în Codul de procedură civilă. Prin urmare, o contestație împotriva atribuirii unui contract de achiziție publică întemeiată pe normele legii contenciosului administrativ se vădește a fi inadmisibilă (chiar dacă litigiul este, indiscutabil, în materie administrativă^[2]), câtă vreme baza *de iure* pe care trebuia să

– reglementarea este derogatorie dacă soluțiile legislative referitoare la o situație anume determinată cuprind norme diferite în raport cu reglementarea-cadru în materie, aceasta din urmă păstrându-și caracterul său general obligatoriu pentru toate celelalte cazuri.

^[1] Sens în care se remarcă art. 68 din legea remediilor: „Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare”.

Art. 49 alin. (1) din legea remediilor prescrie limpede că, pentru soluționarea contestației pe cale judiciară, persoana care se consideră vătămată se poate adresa instanței de judecată competente, potrivit prevederilor respectivei legi, nu a celei privind contenciosul administrativ.

^[2] De altminteri, legea contenciosului administrativ completează legea remediilor.

Concluziile avocatului general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer prezentate la 25 iunie 2009 în cauza *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, EU:C:2009:397, sunt interesante din perspectiva înțelegerii istoriei contenciosului administrativ, motiv pentru care redăm aici pasajele relevante:

44. Dreptul administrativ european contemporan a rezultat din procesul revoluționar francez de la sfârșitul secolului al XVIII-lea, perioadă în care controlul judiciar al autorităților administrative se întemeia pe o interpretare destul de rigidă a separației puterilor [cu privire la procesul revoluționar și la efectul acestuia asupra justiției franceze, a se vedea opera clasică a lui EDMOND SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, 1789-1792, Editura Plon, Paris, 1913]. În măsura în care faptul de a judeca autoritățile administrative putea reprezenta și un mod de administrare, în Europa s-a răspândit în paralel cu sistemul judiciar un sistem de justiție administrativă (întrucât, în caz contrar, acest pilon ar fi devenit parte a puterii executive), care însă nu s-a integrat în administrația publică pentru a respecta principiul independenței. Profesorul García de Enterría a descris perfect acest fenomen, arătând că, „peste temelia reprezentată de utilizarea inițială a principiului separării puterilor, s-a ridicat un sistem specific de justiție administrativă [...], care a fost organizat de la început ca un sistem de control exercitat de organe specializate care aparțin chiar administrației, iar nu de instanțe externe și independente [...]. Concretizarea acestui mecanism în ceea ce a devenit ulterior sistemul contenciosului administrativ a fost opera proprie a lui Napoleon, ale cărui calități de legislator le-au depășit cu mult pe acelea de comandant militar” [EDUARDO

se reazeme contestatorul este cea specială – legea remediilor. Prevalența aceasta ar fi putut fi consacrată chiar în corpul legii, pentru a preîntâmpina exercitarea de către justițiabili a unor acțiuni întemeiate pe dreptul comun, al căror efect dilatoriu afectează toate părțile și, desigur, demararea investiției la care se referă conflictul judiciar.

3. Prin întinderea sferei de aplicare a lor, normele procedurale ale Legii-cadru nr. 101/2016 sunt norme cu caracter general în materia litigiilor privind atribuirea, executarea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică/sectoriale/de concesiune (cu unele excepții), însă, în raport cu normele procedurale (inclusiv de competență jurisdicțională) ale Legii nr. 554/2004, ele devin norme speciale dedicate exclusiv litigiilor amintite. Normele particulare ale celei dintâi legi, și nu numai, reprezintă o aplicare a regulii *specialia generalibus derogant*, în sensul competenței atribuite legiuitorului de art. 126 alin. (2) din Constituție, care poate institui, pentru situații deosebite, reguli speciale în ceea ce privește stabilirea competenței instanțelor de judecată și a procedurii de judecată.

GARCÍA ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Editura Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 37 și 38].

45. Plecând de la această concepție despre justiție, s-a dezvoltat un sistem judecătoresc specific și independent, care are sarcina să garanteze că autoritățile administrative se supun dispozițiilor legale, sistem care s-a perpetuat până în zilele noastre păstrându-și intacte principalele trăsături originare [cu privire la evoluția istorică a acestui fenomen în Europa până la dezvoltarea lui actuală, a se vedea JACQUES BOUINEAU, *Traité d'histoire européenne des institutions XVI-XXe siècle*, vol. II, Editura Litec, Paris, 2009].

46. Acesta nu este singurul model de drept administrativ din Europa, însă are o manifestare importantă și este precursorul dreptului administrativ din era modernă, care a fost adoptat în mare măsură în numeroase state membre: Franța, Țările de Jos, Belgia, Italia sau Grecia au optat pentru un model de separare pură, în timp ce alte state, precum Germania, Austria, Cehia, Polonia sau Lituania au creat sisteme judecătorești autonome și separate de sistemele judecătorești de drept comun, care soluționează în mod tradițional cauze civile și penale [MICHEL FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Editura PUF, Paris, 2006, p. 120-135]. În consecință, se poate înțelege de ce, atunci când a fost sesizată cu trimiteri preliminare formulate de organe jurisdicționale administrative de această natură, Curtea le-a considerat admisibile fără nici cea mai mică obiecție.

Un alt doctrinar afirmă că, în Franța, s-a ajuns la o separare atât de dogmatică, încât a trebuit creat un alt ordin jurisdicțional, aparte de cel judiciar, respectiv ordinul administrativ, care are drept organ suprem Consiliul de Stat. O asemenea dualitate este explicabilă din punct de vedere istoric, ea constituind o reacție contra vechilor „parlamente”, denumite castă judiciară, care acaparaseră prea multă putere, deveniseră venale și detestate de toată lumea, abolirea lor constituind una dintre doleanțele Revoluției din 1789. Interzicând instanțelor orice control al administrației, s-a pus problema cine va controla, totuși, actele administrative, pentru că a suprima judecătorul nu înseamnă a suprima și litigiile. Existența unui ordin administrativ separat este considerată ca prezentând avantaje și dezavantaje, însă, în ansamblu, ideea dominantă în Franța este favorabilă existenței ordinului administrativ, care s-a dezvoltat în paralel cu ordinul judiciar și bucurându-se chiar de mai multă considerație din partea specialiștilor și a opiniei publice – DESPINA FRUTH OPRÎȘAN, *Puterea judecătorească și independența judecătorului*, Editura Scripta, București, 2003, p. 31.

„Concursul dintre legea specială și legea generală se rezolvă în favoarea legii speciale, conform regulii *specialia generalibus derogant*, chiar dacă acesta nu este prevăzut expres în legea specială” – a stabilit Înalta Curte de Casație și Justiție, Secțiunile Unite, în urma unui recurs în interesul legii, prin Decizia nr. 33 din 9 iunie 2008. Amintim aici că dezlegarea dată de instanța supremă problemei de drept a conflictului de legi este obligatorie de la data publicării deciziei sale în Monitorul Oficial al României, Partea I. Regula de soluționare a conflictului este reluată, în diferite redactări, în mai multe decizii ale aceleiași instanțe.

„Nu pot fi aplicate prevederile legii generale în condițiile existenței unei legi speciale”, a reținut și Curtea Constituțională, în Decizia nr. 136 din 10 martie 2015 și în Decizia nr. 1037 din 9 iulie 2009, invocate cu titlu de exemplu. Mai elocventă este exprimarea Curții din considerentele Deciziei nr. 206 din 15 februarie 2011:

„În acest context legislativ, Curtea constată că reglementarea generală nu a abrogat reglementarea specială anterioară, aceasta păstrându-și apartenența la dreptul pozitiv. Chiar dacă o reglementare generală este ulterioară uneia speciale, aceasta din urmă nu este implicit abrogată decât dacă există vreo dispoziție legală expresă în acest sens. Astfel, în lipsa vreunui text de abrogare expres, își găsește în continuare aplicabilitatea principiul *specialia generalibus derogant*, și nu *lex posteriori derogat priori*. De asemenea, Curtea observă că prevederile art. 196 lit. ȝ) din Legea nr. 263/2010, potrivit cărora «La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: [...] ȝ) orice alte dispoziții contrare prezentei legi», constituie o normă de abrogare expresă indirectă, care însă nu are nicio incidență cu privire la cap. IV din Legea nr. 329/2009, nefiind în intenția legiuitorului să abroge aceste dispoziții legale. O atare concluzie se desprinde din faptul că, prin articolul unic din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 11/2011 privind utilizarea indicatorului de referință câștigul salarial mediu brut în actele normative din domeniul muncii și protecției sociale, [...] a fost modificat chiar cap. IV din Legea nr. 329/2009”.

Și în doctrină s-a opinat că, în ipoteza concursului între normele procesuale generale și cele speciale, regula de urmat este că norma specială are prioritate față de aceea generală (Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 4189 din 1 iulie 2005), chiar dacă aceasta din urmă este posterioară celei speciale, dacă, bineînțeles, norma generală n-a dispus expres abrogarea celei speciale (*legi speciali per generalem non derogatur* sau *generalia specialibus non derogant*)^[1].

Teza este întâlnită și în Decizia nr. 31 din 16 noiembrie 2009, în care Înalta Curte de Casație și Justiție, Secțiunile Unite, în soluționarea unui recurs în interesul legii, a statuat că, ori de câte ori pentru o anumită materie există o reglementare specială, aceasta se aplică în locul reglementării generale. Norma specială se va aplica în mod prioritar față de aceea cu caracter general ori de câte ori se găsește în fața unui caz care intră

[1] ION DELEANU, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 116 și 117.

Faptul că legea generală are prioritate în aplicare față de cea specială, chiar dacă aceasta din urmă este ulterioară, a fost punctat și în unele dintre avizele Consiliului Legislativ, cum este cel cu nr. 1284 din 27 octombrie 2010.

în prevederile sale, chiar dacă norma generală este mai nouă, deoarece aceasta din urmă nu poate, fără o dispoziție expresă a legiuitorului, să afecteze norma specială.

4. În ceea ce privește o eventuală convenție a părților asupra competenței materiale în cauză, ea este exclusă, dat fiind caracterul său de ordine publică, de la care nu se poate deroga prin voința justițiabililor.

În decizia nr. 962 din 12 martie 2014, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a hotărât că înlăturarea de la aplicare a legii generale ori de câte ori există o dispoziție specială într-o materie dată nu trebuie să fie expresă, fiind de la sine înțeleasă, întrucât este consecința directă a „principiului” *specialia generalibus derogant*. Ca o consecință a acestui „principiu”, nu este permisă convenția părților care să impună aplicarea legii generale, înlăturând de la aplicare dispoziția specială mai restrictivă, având în vedere limitele în care se poate manifesta libertatea de a contracta a părților.

După cum s-a punctat mai sus, art. 14 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 stabilește că reglementările de același nivel și având același obiect se cuprind, de regulă, într-un singur act normativ. Curtea Constituțională a statuat în mai multe cauze asupra neconstituționalității reglementărilor disparate. De pildă, în Decizia nr. 81 din 27 februarie 2013, a menționat că, în raport cu prevederile din Legea nr. 24/2000, este necesară reglementarea unitară a incompatibilităților și conflictelor de interese, în scopul realizării unei sistematizări a materiei, cu consecința creșterii accesibilității și predictibilității legii, de natură să determine eliminarea interpretărilor divergente („principiului unicității reglementării în materie”^[1]).

5. Pe de altă parte, se impune a fi subliniat că procedurile de contestare reglementate de Legea nr. 554/2004 nu răspund rigorilor din directivele de remedii, în special celor de la art. 1, context în care România ar fi fost expusă procedurii de *infringement*^[2] în cazul în care contestatorii recurgeau la respectivele proceduri^[3]. În contextul procedurilor

[1] Decizia nr. 104 din 6 martie 2018.

[2] În cauza *The Queen/H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications* (Hotărârea din 26 martie 1996, C-392/93, EU:C:1996:131), Curtea a fost de acord că Regatul Unit implementase greșit o directivă privind achizițiile publice, dar a concluzionat că acest fapt nu se ridică la nivelul unei „încălcări suficient de serioase”, din moment ce dispoziția nu era clară și precisă, interpretarea Regatului Unit fiind cu bună-credință și cu respectarea obiectivelor și a termenilor directivei, iar hotărârile anterioare ale Curții sau ale Comisiei nu ofereau nicio orientare (PAUL CRAIG, GRÁINNE DE BÚRCA, *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 291).

Pentru detalii, a se vedea Concluziile avocatului general Michal Bobek prezentate la 6 februarie 2019 în cauza *Comisia/Regatul Țărilor de Jos*, C-395/17, EU:C:2019:98, punctele 58-60.

[3] Curții de la Luxemburg îi revine competența ca, în fiecare cauză și în funcție de împrejurările speței cu care este sesizată, precum și de nivelul de persuasiune și de disuasiune care apare necesar, să adopte sancțiunile pecuniare corespunzătoare pentru a asigura executarea cât mai repede cu putință a hotărârii prin care a constatat anterior o neîndeplinire a obligațiilor și pentru a preveni repetarea unor încălcări analoage ale dreptului Uniunii – Hotărârea din 17 noiembrie 2011, *Comisia/Italia*, C-496/09, EU:C:2011:740, punctul 36, Hotărârea din 22 iunie 2016, *Comisia/Portugalia*, C-557/14, EU:C:2016:471, punctul 67, Hotărârea din 7 iulie 2009, *Comisia/Grecia*, C-369/07, EU:C:2009:428, punctul 113.

de constatare a încălcărilor, Curtea de la Luxemburg statuează în mod constant că incompatibilitatea legislației naționale cu dispozițiile dreptului Uniunii poate fi remediată numai prin intermediul unor dispoziții interne cu caracter obligatoriu care au aceeași valoare juridică precum dispozițiile care trebuie să fie modificate. Simple practici administrative care, prin natura lor, pot fi modificate în funcție de voința administrației și care sunt lipsite de o publicitate adecvată nu pot fi considerate o executare valabilă a obligațiilor prevăzute de tratat^[1]. În cazul în care concluzia unei hotărâri, în contextul unei trimiteri preliminare, este aceea că dreptul Uniunii se opune anumitor dispoziții ale dreptului național, statul membru în cauză are obligația de a remedia această situație. Este bine stabilit în dreptul Uniunii că, atunci când apreciază compatibilitatea legislației naționale cu aceasta, instanța nu trebuie să își limiteze analiza la modul de redactare a normelor interne, ci trebuie să ia în considerare și modul în care aceste norme sunt aplicate de autoritățile naționale.

În Hotărârea din 28 ianuarie 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, la punctul 45, Curtea a subliniat că, în cadrul dispozițiilor naționale de transpunere a unei directive, instanțele naționale sunt obligate, în măsura posibilului, să interpreteze aceste dispoziții naționale în lumina textului și a finalității directivei în cauză, pentru a atinge rezultatul urmărit de aceasta^[2].

6. Concentrarea mecanismelor de contestare la nivelul legii remediilor reprezintă, fără îndoială, un progres față de „răposata” Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Nu același lucru se poate spune despre domeniul de aplicare al legii, care s-a restrâns, în comparație cu acela stabilit în ordonanță, fiind scoase în afara acestei legi posibilitățile de contestare a actelor adoptate de către persoane juridice care nu sunt autorități/entități contractante, fiind lipsit de relevanță dacă, pentru atribuirea contractului la care se referă contestația, au sau nu obligația legală de a aplica o procedură de atribuire prevăzută de legislația privind achizițiile publice^[3]. Cu toate acestea, mai degrabă inertial, dacă o astfel de organizatoare fără calitate de autoritate/entitate contractantă recurge la aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de legile nr. 98, 99 sau 100/2016, fiind obligată de acestea să aplice respectivele proceduri,

^[1] A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 9 martie 2000, *Comisia/Italia*, C-358/98, EU:C:2000:114, punctul 17.

^[2] A se vedea și Hotărârea din 10 aprilie 1984, *von Colson și Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, EU:C:1984:153, punctul 26, precum și Hotărârea din 5 octombrie 2004, *Pfeiffer și alții*, C-397-C-403/01, EU:C:2004:584, punctul 113.

^[3] În acest sens este elocvent pct. 4.3. – „Contestarea” din Procedura competitivă aplicabilă solicitanților/beneficiarilor privați pentru atribuirea contractelor de furnizare, servicii sau lucrări finanțate din fonduri europene, aprobată prin Ordinul ministrului fondurilor europene nr. 1284/2016: „În situația în care un operator economic este nemulțumit de modul în care s-a desfășurat procedura competitivă, acesta se poate adresa instanțelor de judecată competente pentru soluționarea cauzei. Atenție! Consiliul Național de Soluționare a Contestărilor nu are competențe privind soluționarea contestațiilor în contextul derulării procedurii competitive, definite în cadrul prezentei proceduri”.

În cazul în care persoana vătămată se adresează Consiliului, acesta, cel mai probabil, va declina competența către instanța de judecată competentă.

contestația va fi supusă legii remediilor, dincolo de absența calității de autoritate/entitate contractantă.

7. În discuțiile din cadrul subgrupului de lucru de elaborare a legii remediilor, Consiliul, apreciind că dispune de capacitatea și logistica necesare, a susținut extinderea competenței sale la soluționarea contestațiilor privind achizițiile finanțate din fonduri europene indiferent de prag și, dacă entitatea finanțatoare alege competența Consiliului, din orice categorii de fonduri internaționale^[1], precum și pentru contestațiile privind achizițiile directe. Pe de altă parte, discuțiile au scăpat din vedere că procedurile administrativ-jurisdicționale pot viza doar acte administrative [conform art. 2 alin. (1) lit. e) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004], nu acte de drept privat, chiar dacă finanțarea este asigurată din fonduri publice^[2]. O procedură administrativ-jurisdicțională se poate desfășura numai în fața unei jurisdicții administrative speciale, iar pentru a fi în prezența unei jurisdicții administrative speciale, Curtea Constituțională a reținut că este necesară întrunirea cumulativă a următoarelor condiții: o activitate cu caracter jurisdicțional să fie desfășurată de o autoritate publică^[3] administrativă; stările de

^[1] Inclusiv proceduri fără tangență cu legislația națională a achizițiilor publice, organizate după reguli proprii instituțiilor financiare finanțatoare, uneori într-o limbă străină.

^[2] A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 34 din 9 februarie 2016.

^[3] În privința criteriilor care trasează linia de demarcație dintre o autoritate publică și particulari, recomandăm a fi consultate Concluziile avocatului general Pedro Cruz Villalón prezentate la 14 septembrie 2010 în cauza *Comisia/Portugalia*, C-52/08, EU:C:2010:514, din care preluăm ideile principale.

„Autoritatea publică” este, în primul rând, o „putere”, și anume acea capacitate de impunere a unui comportament conform unei voințe ce nu poate fi combătută. Potrivit unei interpretări necontestate și în sensul cel mai larg, această capacitate aparține exclusiv statului, și anume instituției în care este personalizată ordinea juridică în calitate de instrument de administrare și de organizare a forței legitime. Autoritatea publică reprezintă astfel puterea suveranului, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*. În stat nu există o altă forță legitimă decât aceea administrată de autoritatea publică, fie în interesul existenței statului și al atingerii obiectivelor acestuia (interesul general), fie în serviciul așteptărilor legitime de comportament ale unor particulari în raport cu alți particulari (interesul privat), în acest din urmă caz, întotdeauna cu respectarea unor condiții stabilite în prealabil. Criteriul urmat în mod tradițional pentru identificarea autorității publice este capacitatea autorității publice de a-și impune voința în mod unilateral, mai exact, fără să fie necesar consimțământul subiectului de drept vizat. Dimpotrivă, particularul nu poate să își impună voința în fața altui particular decât în baza unui consimțământ al acestuia din urmă.

Puterea judecătorească poate fi considerată expresia cea mai caracteristică a autorității publice. Astfel, instanțele pronunță hotărâri definitive și, în acest sens, ordinea juridică se confundă cu acestea. Însă, tocmai de aceea putem afirma că autoritate publică este aceea ale cărei acte pot îndeplini această condiție fără a avea nevoie de *iurisdictio*. În primul rând, legea este executorie prin ea însăși, ca și dispoziția administrativă sau ordinul forțelor publice. Este vorba tot despre acte și dispoziții supuse controlului judecătoresc, dar în orice caz care nu au nevoie de autorizare pentru a-și produce imediat efectele.

Este clar că niciun particular nu poate produce acte juridice ce pot fi impuse unui terț decât prin intervenția unei autorități publice. Din moment ce utilizarea forței de către particulari este exclusă, realizarea drepturilor acestora necesită întotdeauna o autorizare publică. Autoritatea publică nu se limitează în astfel de ipoteze la controlul exercitat asupra

conflict cu a căror soluționare este sesizată autoritatea administrativ-jurisdicțională să izvorască (direct sau indirect) dintr-un act administrativ, iar rezolvarea lor să fie făcută în baza unei legi (organice); acele competențe de stingere a situațiilor de conflict să fie exercitate în cadrul unei proceduri guvernate de principiile contradictorialității, asigurării dreptului la apărare și independenței activității administrativ-jurisdicționale (Decizia nr. 34 din 9 februarie 2016)^[1].

unui act susceptibil de a institui prin el însuși efecte obligatorii pentru terți, precum în cazul actelor administrației, ale guvernului sau ale puterii legislative. Dimpotrivă, în asemenea ipoteze, autoritatea publică intervine întotdeauna în calitate de autoritate constitutivă față de obligația pe care un particular dorește să o impună unui terț. Este vorba în acest caz despre obligații care se pot naște dintr-un concurs de voințe (contract/principiul disponibilității), însă impunerea executării acestora nu este la latitudinea particularului, ci necesită intervenția publică. Prin urmare, printre caracteristicile ce definesc autoritatea publică în diferitele tradiții naționale trebuie să se numere aceea care se traduce prin capacitatea acesteia de a atribui voinței statului, transpusă prin intermediul ordinii juridice, un act, o dispoziție sau un comportament. Astfel, aceasta reprezintă cel mai mic numitor comun în care coincid toate aceste tradiții ce descoperă, în ideea că o voință concretă poate fi atribuită voinței generale a statului, criteriul determinant pentru trasarea graniței ce desparte sfera publică de cea privată.

Pentru dezvoltări, a se vedea Concluziile avocatului general Pedro Cruz Villalón prezentate tot la 14 septembrie 2010 în cauzele *Comisia/Belgia*, C-47/08, *Comisia/Franța*, C-50/08, *Comisia/Luxemburg*, C-51/08, *Comisia/Austria*, C-53/08, *Comisia/Germania*, C-54/08, și *Comisia/Grecia*, C-61/08, EU:C:2010:513.

^[1] Actuala lege a contenciosului administrativ reproduce o definiție a noțiunii de „jurisdicție specială administrativă” al cărei conținut evocă ideea de independență a organului chemat să înfăptuiască o astfel de jurisdicție față de părțile conflictului dedus lui spre soluționare. Însă, un semn al egalității între independența unei instanțe judecătorești și aceea a unui organ administrativ cu caracter jurisdicțional nu poate fi pus; prin maniera în care sunt gândite structura și funcționarea unui organ al administrației publice, respectiv prin statutul personalului încadrat, o atare entitate nu poate fi asimilată cu o instanță de judecată; chiar dacă o oarecare autoritate publică aparținând subsistemului instituțional al puterii executive constituite în stat se poziționează față de o stare de conflict pe care este chemată să o stingă în locul unui terț independent și imparțial – spre pildă, cazul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor –, tot nu putem pretinde că am avea de-a face cu un organ esențialmente imparțial; independent, poate, imparțial, mai greu. Punctul nostru de vedere se bazează pe faptul că percepția (subiectivă) pe care o au petenții interesați în soluționarea unei contestații adresate anterior avocatului Consiliu este aceea că nu au de-a face și că nu au sesizat o veritabilă instanță judecătorească, ci un organ al administrației publice chemat să soluționeze o cale administrativă de atac (cu caracter jurisdicțional), pe care ei au formulat-o spre a obține desființarea, modificarea ori reformarea unui act administrativ emis de o altă autoritate aparținând aceluiași subsistem instituțional al puterii executive constituite în stat; pe scurt și în mai puține cuvinte, Consiliul se înfățișează celor care l-au sesizat în forma unui soi de administrator-judecător, rolul său fiind acela de a se pronunța, de pe poziția unei autorități publice administrative, asupra unui act administrativ; o atare realitate este suficientă spre a sădi în mintea și în sufletul petenților care s-au adresat Consiliului îndoiala în ceea ce privește totala imparțialitate a acestei autorități în soluționarea litigiilor cu a căror existență este sesizată (CRISTIAN CLIPA, *Organe ...*, p. 9 și 10).

Legiuitorul ordinar nu poate depăși, prin suplimentare, concepția legislativă a legiuitorului constituant^[1].

Extinderea competenței nu numai că nu a fost agreată, dar forma finală a legii a operat o restrângere a acestei competențe, după cum se declară și în expunerea sa de motive: „Sunt excluse din domeniul de aplicare al legii achizițiile directe și achizițiile efectuate de oricare alte entități decât autoritățile contractante/entitățile contractante, astfel cum sunt acestea definite de legislația în materie. Astfel, pentru aceste tipuri de achiziții nu este disponibil sistemul de remedii/căi de atac prevăzut de lege, fiind incidente regulile dreptului comun^[2]”. Așadar, aparținătorii legii au recurs la adagiul *de minimis non curat praetor*^[3], unde rolul pretorului care nu se ocupă de lucruri mărunte este jucat de Consiliu. Practic, excluderea înseamnă că demersurile persoanelor vătămate vor fi numai de natură judiciară, mai dificile, mai costisitoare și mai de durată^[4]. Apelarea la

^[1] A se vedea opinia separată la Decizia Curții Constituționale nr. 22 din 17 ianuarie 2012.

^[2] Din nefericire, noțiunea de drept comun în cazul respectivelor proceduri nu este clară – drept civil (comercial) sau drept administrativ? Vor exista, în continuare, divergențe legate de competența și procedurile de contestare potrivit dreptului comun, de natură a crea întârzieri/sincope în încheierea contractelor sau chiar imposibilitatea încheierii din cauza pierderii finanțării între timp.

În doctrină s-a afirmat că litigiile aferente achizițiilor directe sunt reglementate de Legea nr. 554/2004, dacă autoritatea contractantă este o autoritate publică sau asimilată acesteia, sau de dreptul comun, dacă achizitorul este un alt tip de persoană juridică [FLORIN IRIMIA, *Privire critică asupra legislației privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice*, în DANIEL-MIHAIL ȘANDRU, IRINA ALEXE, RAUL-FELIX HODOȘ (coord.), *op. cit.*, p. 99].

^[3] Ceea ce ne duce cu gândul la Hotărârea Curții de la Strasbourg din 7 februarie 2012, *Diacenco împotriva României*, nr. 124/04, din care redăm:

„41. Curtea observă că elementul principal al criteriului prevăzut de art. 35 paragraful 3 litera b) din Convenție este dacă reclamantul a suferit vreun prejudiciu important [a se vedea Decizia din 1 iunie 2010, *(Adrian Mihai) Ionescu împotriva României*, nr. 36659/04, și Decizia din 1 iulie 2010, *Korolev împotriva Rusiei*, nr. 25551/05].

42. Inspirat de principiul general *de minimis non curat praetor*, acest criteriu de admisibilitate depinde de ideea că încălcarea unui drept, oricât de reală din perspectivă pur juridică, ar trebui să atingă un nivel minim de gravitate pentru a garanta luarea în considerare de către o instanță internațională. Aprecierea acestui nivel minim este, în mod normal, relativă și depinde de toate circumstanțele cauzei. Gravitatea încălcării ar trebui apreciată ținând seama atât de percepțiile subiective ale reclamantului, cât și de miza obiectivă a unei anumite cauze (a se vedea *Korolev*, citată anterior). Cu alte cuvinte, absența unui prejudiciu important se poate baza pe criterii precum impactul financiar al chestiunii în litigiu sau importanța cauzei pentru reclamant (a se vedea *Adrian Mihai Ionescu*, citată anterior).

43. În această privință, Curtea reamintește că în cauze anterioare a considerat a fi nesemnificativă o pierdere financiară de 90 EUR, pe care reclamantul din cauza *Adrian Mihai Ionescu* (citată anterior) pretindea că a suferit-o, și a constatat a fi neglijabilă o pierdere financiară de 0,50 EUR, pe care reclamantul din cauza *Korolev* (citată anterior) pretindea că a suferit-o”.

^[4] Pentru exemple de cauze care demonstrează că reclamantii pot, în principiu, să întenteze cu succes o acțiune împotriva Uniunii Europene pentru prejudiciile cauzate de

dreptul comun (calea judiciară) tergiversează atribuirea contractelor și afectează rata de absorbție a fondurilor europene. Paradoxal, contestarea unui act privind o achiziție directă va fi mai complicată și mai consumatoare de timp și resurse decât contestarea unui act într-o licitație internațională^[1]. Dacă o contestație privind o achiziție costisitoare și complexă se rezolvă operativ la Consiliu, cum este posibil ca o contestație privind o achiziție necostisitoare și simplă să fie supusă procedurii greoaie în fața instanțelor și soluționată într-o perioadă de timp mult mai mare? Ordinea ar fi trebuit să fie inversă, dacă ne raportăm la faptul că hotărârilor instanțelor le este recunoscută o autoritate mai ridicată decât aceea a deciziilor unui organ administrativ-jurisdicțional^[2].

durata excesivă a unei acțiuni în anulare, în pofida faptului că acțiunile în anulare ale acestora fuseseră respinse anterior, a se vedea Hotărârea din 1 februarie 2017, *Kendrion/Uniunea Europeană*, T-479/14, EU:T:2017:48; Hotărârea din 10 ianuarie 2017, *Gascogne Sack Deutschland și Gascogne/Uniunea Europeană*, T-577/14, EU:T:2017:1, și Hotărârea din 7 iunie 2017, *Guardian Europe/Uniunea Europeană*, T-673/15, EU:T:2017:377.

^[1] Consiliul Concurenței, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție directă în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Realizarea unui sondaj referitor la percepția persoanelor fizice, persoanelor autorizate și IMM-urilor în ceea ce privește serviciile bancare de retail, respectiv identificarea factorilor relevanți pe care aceștia îi iau în considerare în relația cu banca”, cod CPV 79310000-0 – Servicii de studii de piață (Rev. 2), prin publicarea în SEAP, la secțiunea „Anunț Publicitate”, a anunțului nr. 87473 din 18 aprilie 2017, având ca dată-limită de depunere a ofertelor 25 aprilie 2017, criteriul de adjudecare fiind: a) prețul ofertei (40 de puncte), b) gestionarea proiectului (60 de puncte), iar valoarea estimată, fără TVA, este de 131.950 de lei.

Potrivit art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice [...], „achiziția directă” aleasă de autoritatea contractantă nu este una dintre procedurile de atribuire reglementate expres de legislația în vigoare privind achizițiile publice.

Fiind confruntată cu un conflict negativ de competență legat de soluționarea unei contestații privind această achiziție directă, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 3527 din 10 noiembrie 2017, a raționat că art. 10 alin. (1) și (1¹) din Legea nr. 554/2004 reglementează competența materială a instanței de contencios administrativ și fiscal, în raport cu organul emitent al actului și în funcție de cuantumul sumei ce formează obiectul actului administrativ contestat. Autoritatea contractantă, respectiv Consiliul Concurenței, este autoritate publică centrală, astfel că instanța competentă să soluționeze cauza este curtea de apel, litigiul fiind unul care se soluționează potrivit Legii nr. 554/2004, și nu conform Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, pentru că procedura contestată în prezenta cauză nu este dintre cele reglementate de legea achizițiilor publice. În consecință, având în vedere considerentele arătate, Înalta Curte va stabili competența de soluționare a cauzei, în primă instanță, în favoarea Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Un litigiu purtat la curtea de apel, cu recurs la Înalta Curte, este cu certitudine unul cronofag.

^[2] Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 645 din 19 februarie 2018, a apreciat că, în cazul unei achiziții directe, sunt aplicabile, în ceea ce privește stabilirea competenței materiale în soluționarea contestațiilor, normele generale cuprinse în Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, nu prevederile legii speciale, respectiv Legea nr. 101/2016. În consecință, competența materială aparține tribunalului, secția de contencios administrativ.

8. La un moment dat, deși practica statornică a tuturor completelor era în sens contrar, Consiliul (un complet al său) a considerat oportună emiterea unei „decizii-O.Z.N.”, în care a consemnat:

„Agenția [...], în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o cumpărare directă, prin publicarea în SEAP a anunțului nr. ADV[...] din 23.01.2019 și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect «Achiziția de servicii de audit independent», valoarea estimată fiind de 122.220,00 lei, fără TVA [...].

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat în data de 07.03.2019, a formulat contestație SC X SRL, prin care critică decizia autorității contractante de a respinge oferta depusă de societatea sa, solicitând anularea rezultatului procedurii de atribuire, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere constând în reluarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare și orice altă măsură s-ar impune ca urmare a admiterii contestației^[1].

Prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației motivat de faptul că a publicat o invitație de participare la prezenta procedură, iar modalitatea de atribuire a contractului este achiziția directă. [...]

În analiza excepției, Consiliul reține că, într-adevăr, autoritatea contractantă a ales ca atribuirea contractului «Achiziția de servicii de audit independent» să se facă prin cumpărare directă. În susținerea excepției, autoritatea contractantă apreciază cumpărarea directă ca nefiind o procedură de atribuire, întrucât aceasta nu se regăsește printre procedurile de atribuire prevăzute la art. 68 din Legea nr. 98/2016, Consiliul fiind

În același sens sunt opiniile exprimate de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în Ghidul achizițiilor publice, disponibile la adresa <https://www.achizitiipublice.gov.ro/questions/view/63> (spețele 723, 562, 387, 367 și 187).

A se vedea și decizia nr. 3141 din 20 octombrie 2017, în care Înalta Curte a avut de hotărât și dacă Hidroelectrica SA este „autoritate locală sau centrală”.

Clasificarea autorităților și instituțiilor publice în autorități/instituții de nivel central, respectiv local se realizează în funcție de poziția ocupată de acestea în cadrul ierarhiei administrației publice, această clasificare fiind proprie autorităților și instituțiilor publice propriu-zise. În ceea ce privește persoanele juridice de drept privat, asimilate autorităților publice, acestea nu fac parte din sistemul administrației de stat, astfel încât lor nu li se poate aplica regula de clasificare de mai sus. Ca atare, strict în vederea determinării competenței materiale a instanței, acestea vor fi asimilate întotdeauna unor autorități locale, dezmembrementele lor (precum filiale, sucursale, agenții, puncte de lucru etc.) neputând fi considerate structuri distincte, subordonate persoanei juridice principale, ci sunt părți componente ale sale, această optică fiind adoptată de Înalta Curte de Casație și Justiție în cadrul activității de unificare a practicii judiciare (cu referire la situația Academiei de Studii Economice).

^[1] În pofida multiplei repetiții, este evident că nu eram în prezența unei proceduri de atribuire, în sensul riguros al legii.

Deopotrivă de evident este și că, potrivit art. 26 alin. (3) din regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului, completul de soluționare a contestației poate fi considerat răspunzător pentru decizia pronunțată dacă interpretează în sens contrar dispozițiilor legale documentele relevante aflate la dosarul cauzei.

competent, în opinia sa, să soluționeze numai contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor.

Consiliul va respinge excepția privind lipsa competenței materiale a Consiliului, iar în luarea deciziei acesta va reține în soluționare dispozițiile art. 1 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: «(1) Prezenta lege reglementează remediile, căile de atac și procedura de soluționare a acestora, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune, precum și organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor». De asemenea, art. 3 din Legea nr. 101/2016 definește: «c) *contract* – oricare dintre următoarele: (i) contractul de achiziție publică, astfel cum este definit în legislația privind achizițiile publice». Potrivit Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care reglementează domeniul achizițiilor publice, contractul de achiziție publică este definit la art. 3 alin. (1) lit. I) astfel: «contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii».

Astfel, întrucât cumpărarea directă are ca obiect «Achiziția de servicii de audit independent», prin încheierea unui contract de achiziție publică, competența de soluționare revine Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor^[1].

^[1] Decizia nr. 542 din 8 aprilie 2019.

Ultima „găselniță” auzită este că achizițiile directe ar trebui recalificate de organul administrativ-jurisdicțional în proceduri de atribuire (oricare ar fi ele) și, în consecință, contestațiile vor intra în sfera lui de competență. Nu vedem care ar fi baza legală pentru o asemenea manoperă, mai cu seamă că, dacă se pune problema derulării unei proceduri greșite, cu anunțuri și termene greșite, singura soluție la îndemâna Consiliului este anularea „de pe scaun” a respectivei proceduri. De ce să nu recalificăm și procedurile exceptate, cum sunt acelea de la capitolul I – „Dispoziții generale”, secțiunea a 5-a – „Excepții”, din Legea nr. 98/2016, de pildă, iar Consiliul să se pronunțe asupra lor dacă sunt contestate?

Decizia nr. 1173 din 17 iulie 2019, din care cităm în continuare, vine să ne susțină opinia: „În speță, Consiliul are în vedere faptul că, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, produsele necesare autorității contractante – «Cartușe calibrul 7,65 x 17 și 9 x 19» – urmează a fi atribuite prin intermediul unei achiziții directe, așa cum este aceasta prevăzută de art. 56 din OUG nr. 114/2011 citat anterior, și nu printr-o procedură de atribuire de tipul celor prevăzute de art. 54 din același act normativ. Autoritatea contractantă a inițiat «achiziția directă» printr-un anunț publicat pe SEAP, la secțiunea «Publicitate anunțuri», și nu printr-un anunț de participare, publicat în SEAP, de tipul celor prevăzute de art. 59 (licitație restrânsă), art. 89 (dialog competitiv), art. 74 (negocierea cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare) și art. 104 (cererea de oferte), așa cum este obligatoriu în cazul unei proceduri de atribuire organizate în condițiile prevăzute de OUG nr. 114/2011.

Autoritatea contractantă este singura în măsură să aleagă modalitatea în care atribuie un contract (printr-o procedură de atribuire sau prin cumpărare directă dacă sunt îndeplinite condițiile legale – «în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii 1 a cap. II, nu depășește echivalentul în lei a 100.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări»), în speță având incidentă principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 114/2011, iar Consiliul nu poate califica o

Ușor previzibil, prin decizia civilă nr. 224 din 4 iunie 2019, Curtea de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, a admis plângerea agenției organizatoare, a infirmat decizia emisă de Consiliu și a trimis dosarul către Tribunalul București, Secția de contencios administrativ și fiscal, instanță competentă cu soluționarea contestației^[1].

9. Suplimentar, intră în sfera de competență a Consiliului acele contestații pentru care legislația specifică atribuirii anumitor contracte face trimitere la aplicarea Legii nr. 101/2016. De exemplu:

«cumpărare directă» ca fiind o procedură de atribuire – «cerere de oferte», de vreme ce nu sunt îndeplinite toate condițiile legale pentru inițierea unei astfel de proceduri de atribuire.

De exemplu, în ceea ce privește «cererea de oferte» reglementată de OUG nr. 114/2011, se rețin următoarele dispoziții legale: «Art. 104: [...] Art. 105: [...]».

În speță, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de publicitate nr. ADV1090[...] la data de 05.07.2019, stabilind data-limită de depunere a ofertelor la 09.07.2019, ora 14:00, în consecință, nu au fost respectate dispozițiile art. 105 din OUG nr. 114/2011 referitoare la «perioada cuprinsă între data publicării invitației de participare în SEAP și data-limită de depunere a ofertelor», astfel încât prezenta «cumpărare directă» nu poate fi calificată drept «cerere de oferte», nefiind incidente dispozițiile art. 54 lit. d) din același act normativ, întrucât nu sunt îndeplinite toate condițiile legale pentru inițierea unei astfel de proceduri de atribuire; în schimb, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de OUG nr. 114/2011 pentru derularea unei achiziții directe, care, așa cum rezultă și din expunerea de motive a Legii nr. 101/2016, este exclusă din domeniul de aplicare al legii, pentru această achiziție fiind incidente dispozițiile dreptului comun.

În consecință, întrucât, în speță, contestația vizează o «achiziție directă», Consiliul nu este competent a o soluționa, deoarece, potrivit dispozițiilor citate în paragrafele anterioare, în competența sa intră contestațiile formulate în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute de art. 54 din OUG nr. 114/2011, iar potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, ce face referire la posibilitatea înaintării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională, SC [...] SRL nu putea uza de calea administrativ-jurisdicțională de atacare a actelor emise de autoritatea contractantă”.

^[1] Instanța a apreciat că decizia Consiliului este dată cu încălcarea competenței de ordine publică a altei instanțe, invocată în condițiile legii, achiziția directă nefiind o procedură de atribuire în sensul Legii nr. 98/2016. Nefiind aplicată o procedură de atribuire, nu au incidentat dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Este eronată concluzia Consiliului că ar fi deținut competența de soluționare în legătură cu contestația privind procedura de achiziție directă desfășurată de petentă, câtă vreme achiziția directă nu se înscrie în enumerarea de la art. 68 din Legea nr. 98/2016 a procedurilor de atribuire, premisă esențială în stabilirea domeniului de aplicare propriu Legii nr. 101/2016.

Stabilind că nu au relevanță în speță dispozițiile Legii nr. 101/2016, competența de soluționare a contestațiilor se stabilește pe baza dreptului comun, fără a se ține seama de alegerea de către contestator a atacării la Consiliu a achiziției în cauză. Un argument în plus îl reprezintă și voința legiuitorului, astfel cum transpare din expunerea de motive a Legii nr. 101/2016, în care se reține că sunt excluse din domeniul de aplicare al legii achizițiile directe, pentru aceste achiziții fiind incidente regulile dreptului comun.

Argumentul invocat de Consiliu în respingerea excepției și care face referire la sentința nr. 4378 din 15 noiembrie 2017 nu poate fi avut în vedere, în condițiile în care respectiva sentință este una de speță, nefiind izvor de drept, și, mai mult, nu s-a făcut dovada că situația avută în vedere este identică cu aceea din prezenta cauză.

– Legea serviciului de salubritate a localităților nr. 101/2006 prevede că soluționarea litigiilor dintre unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, dintre asociațiile de dezvoltare intercomunitară având ca scop serviciile de utilități publice și operatori în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor de delegare a gestiunii, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit dispozițiilor Legii nr. 101/2016^[1];

– Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat face trimitere la prevederile Legii nr. 101/2016.

Ca urmare a amendării Legii îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004, au calitate de autoritate contractantă organizațiile de îmbunătățiri funciare și federațiile de organizații de îmbunătățiri funciare beneficiare de finanțare publică nerambursabilă în procent de 100% pentru proiectele de investiții declarate eligibile în cadrul Programului Național de Dezvoltare Rurală 2014-2020 sau alte fonduri publice, ceea ce înseamnă că eventualele contestații care le privesc pot fi analizate de către Consiliu, în temeiul Legii nr. 101/2016, iar nu doar de către instanțele judecătorești.

Trebuie spus că, apelând la o asemănare factuală și de raționament cu procedura și tipul de contract reglementate de Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, ar fi putut fi supuse legii remediilor și contestațiile vizând atribuirea și contractul de concesiune de bunuri proprietate publică^[2]. În ambele ipoteze vorbim despre atribuirea unui contract de concesiune, după o procedură substanțial similară.

În Strategia națională în domeniul achizițiilor publice s-a prevăzut că „tipul contractului determină competența instanțelor în cazul litigiilor: contenciosul administrativ în cazul achizițiilor clasice, secția comercială în cazul sectorului de utilități”, urmărindu-se scoaterea acestui sector din sfera contenciosului administrativ^[3]. Probabil că acesta a

^[1] Amintim că, în baza ordonanței, art. 255 alin. (4) și (5), referirile din capitolul IX la aplicarea procedurii de atribuire includ cazurile de la art. 9, precum și orice alte contracte sau proceduri care intrau în sfera de aplicare a dispozițiilor ordonanței. Soluționarea contestațiilor privind atribuirea contractelor de delegare a gestiunii unui serviciu comunitar de utilități publice pentru care legislația specifică făcea trimitere la aplicarea ordonanței se realiza conform capitolului IX.

În strategie, în nota de la pagina 13, se afirmă că, din perspectiva legislației UE privind achizițiile publice, „contractele de delegare” ar trebui să se încadreze fie în categoria contractelor de achiziții publice, fie în cea a concesiunilor. Cu toate acestea, Legea nr. 51/2006 creează un set paralel de reguli privind atribuirea contractelor de utilități publice, sub supravegherea unei autorități distincte (ANRSC), fapt ce afectează interpretarea și aplicarea uniformă a normelor UE privind achizițiile publice în România.

^[2] Art. 330 C. adm.: „Soluționarea litigiilor apărute în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractului de concesiune de bunuri proprietate publică, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor legislației privind contenciosul administrativ”.

^[3] Aflăm din Decizia nr. 7 din 19 martie 2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, că este de esență contenciosului administrativ fie existența unui act administrativ, a cărui anulare ori suspendare să se pretindă, fie nesoluționarea, de către o autoritate publică, în termenul legal, a unei cereri

fost unul dintre considerentele modificării, prin Legea nr. 212/2018, a Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, în sensul că instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ, iar litigiile care decurg din executarea contractelor administrative sunt în competența de soluționare a instanțelor civile de drept comun. Tot prin legea amintită, a fost modificat și art. 53^[1] din Legea nr. 101/2016, care acum prevede că procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind anularea sau nulitatea contractelor se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante, prin complete specializate în achiziții publice. Procesele și cererile care decurg din executarea contractelor administrative se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către instanța civilă de drept comun în circumscripția căreia se află sediul autorității contractante. Acțiunile se pot introduce și la instanțele de la locul încheierii contractului, dacă în acest loc funcționează o unitate ce aparține autorității contractante^[2].

ori refuzul nejustificat de a o rezolva, manifestări sau omisiuni ale autorității publice prin care subiectul care poate sesiza instanța de contencios administrativ se consideră vătămat într-un drept sau interes legitim.

^[1] S-a semnalat că textul art. 1 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 nu este corelat cu dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, modificat prin Legea nr. 212/2018, și cu dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificat prin Legea nr. 212/2018, din al căror conținut rezultă că această lege se aplică și cererilor având ca obiect acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, celor care privesc încheierea, anularea și constatarea nulității acestor contracte, precum și cererilor având ca obiect executarea contractelor administrative care intră sub incidența de reglementare a Legii nr. 101/2016 (OLIVIU PUÎE, *op. cit.*, p. 42).

^[2] Ne amintim aici de Concluziile avocatului general Verica Trstenjak prezentate la 28 martie 2007 în cauza *Comisia/Germania*, C-503/04, EU:C:2007:190, nota de subsol 43:

În statele membre în care sistemul juridic își are originea în dreptul roman, achizițiile publice fac parte, în totalitate, din dreptul public. Astfel, în Franța, în Spania și în Portugalia, procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice și contractul încheiat între autoritatea contractantă și adjudecatar sunt subiecte de drept public. În consecință, litigiile care iau naștere atât din procedura de atribuire, cât și din contract pot fi soluționate numai de către instanțele administrative, respectiv de Consiliul de Stat. Atribuirea este, așadar, un act administrativ. În schimb, conform dreptului achizițiilor publice german, atribuirea unui contract are regimul acceptării unei oferte din dreptul civil. În general, atribuirea ia forma unui aviz de comandă sau de confirmare [INGELORE SEIDEL, în MANFRED DAUSES (ed.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, IV, punctele 8 și 9].

Republica Federală Germania nu se poate, așadar, prevala de faptul că în ordinea sa juridică, spre deosebire de cea din alte state membre, regimul aplicabil achizițiilor publice cuprinde elemente de drept civil și că, prin urmare, autoritatea contractantă are statutul unui cocontractant de drept privat.

Credem că ar fi fost indicată o prevedere de rezervă/siguranță, conform căreia contestarea actelor privind atribuirea altor tipuri de contracte decât cele prevăzute la art. 1 este supusă dispozițiilor legii remediilor dacă legislația care reglementează respectivele contracte prevede obligația aplicării legislației privind achizițiile publice sau face trimitere la dispozițiile legii remediilor.

10. Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a se asigura că, în ceea ce privește contractele care intră sub incidența directivelor, deciziile autorităților contractante pot face obiectul unei proceduri de contestare eficace și, mai ales, cât mai rapide posibil, pe motivul că deciziile respective au încălcat dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau normele de drept intern care transpun respectivele prevederi comunitare, dispoziție regăsită în directivele de remedii, preluată la nivel declarativ în dreptul intern prin articolul analizat, care trebuie interpretat în mod necesar în lumina drepturilor fundamentale care sunt înscrise în Cartă, în special dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, prevăzut la art. 47 din aceasta^[1]. Atunci când definesc modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de Directiva 89/665 candidaților și ofertanților lezați de decizii ale autorităților contractante, statele membre trebuie să garanteze respectarea dreptului la o cale de atac efectivă și la un proces echitabil, consacrat la art. 47 din Cartă^[2]. Dreptul la o cale de atac efectivă poate face obiectul unei limitări în măsura în care, în conformitate cu art. 52 alin. (1) din Cartă, această limitare este prevăzută de lege, respectă substanța acestui drept, este necesară, cu respectarea principiului proporționalității, și răspunde efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniunea Europeană sau necesității protejării drepturilor și a libertăților celorlalți^[3].

^[1] A se vedea Hotărârea din 6 octombrie 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 49.

Directivele de remedii impun statelor membre să ia măsurile necesare pentru a garanta existența unor căi de atac efective și cât se poate de rapide împotriva deciziilor autorităților contractante incompatibile cu dreptul Uniunii și care să asigure o largă accesibilitate a căilor de atac oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea *Orizzonte Salute*, punctul 43).

^[2] Hotărârea din 15 septembrie 2016, *Star Storage și alții*, C-439/14 și C-488/14, EU:C:2016:688, punctul 46.

^[3] Hotărârea din 4 iunie 2013, *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363, punctul 51, Hotărârea din 17 septembrie 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C-562/12, EU:C:2014:2229, punctul 72, Hotărârea din 6 octombrie 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, punctul 95, Hotărârea din 15 septembrie 2016, *Star Storage și alții*, C-439/14 și C-488/14, EU:C:2016:688, punctul 49, Hotărârea din 27 septembrie 2017, *Puškár*, C-73/16, EU:C:2017:725, punctul 62, și Hotărârea din 20 decembrie 2017, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, C-664/15, EU:C:2017:987, punctul 90.

A se vedea, de asemenea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 23 iulie 2002, *Janosevic împotriva Suediei*, nr. 34619/97, în care Curtea a subliniat că statele contractante trebuie să găsească un echilibru între importanța problemei și dreptul la apărare. Cu alte cuvinte, mijloacele utilizate trebuie să fie în mod rezonabil proporționale cu obiectivul legitim urmărit (punctul 101).

Principiul proporționalității, care se numără printre principiile generale de drept al Uniunii, impune ca actele să fie de natură să atingă obiectivele legitime urmărite de reglementarea în cauză și să nu depășească limitele a ceea ce este necesar pentru realizarea acestor obiective^[1]. Atunci când este posibilă alegerea dintre mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare. În plus, inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile vizate^[2]. Într-o formulare considerabil mai elegantă, dar cu conținut identic, jurisprudența constantă a instanțelor franceze arată că o măsură trebuie să fie „adaptată, necesară și proporțională în raport cu obiectivul pe care îl urmărește”^[3]. La fel de pregnantă este și formula consacrată în jurisprudența germană care impune ca o ingerință într-un drept fundamental să „servească atingerii unui obiectiv legitim și să fie un mijloc adecvat, necesar și proporțional de atingere a acestui obiectiv”^[4].

Dacă o interpretare conformă^[5] obiectivului Directivei 89/665 nu este posibilă în privința dreptului intern, instanța națională va trebui să nu aplice dispozițiile

^[1] A se vedea hotărârile din 18 noiembrie 1987, *Maizena/BALM*, 137/85, EU:C:1987:493, punctul 15, din 12 noiembrie 1996, *Regatul Unit/Consiliul*, C-84/94, EU:C:1996:431, punctul 57, din 10 decembrie 2002, *British American Tobacco (Investments) și Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punctul 122, din 8 aprilie 2014, *Digital Rights Ireland și Seitlinger și alții*, C-293/12 și C-594/12, EU:C:2014:238, punctul 46, și din 16 iunie 2015, *Gauweiler și alții*, C-62/14, EU:C:2015:400, punctul 67.

^[2] A se vedea hotărârile din 11 iulie 1989, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, 265/87, EU:C:1989:303, punctul 21, din 12 iulie 2001, *Jippes și alții*, C-189/01, EU:C:2001:420, punctul 81, din 9 martie 2010, *ERG și alții*, C-379/08 și C-380/08, EU:C:2010:127, punctul 86, și din 16 iunie 2015, *Gauweiler și alții*, C-62/14, EU:C:2015:400, punctul 91.

^[3] În versiunea originală în limba franceză: *adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit*; a se vedea, de exemplu, Conseil constitutionnel, decizia nr. 2015-527 QPC din 22 decembrie 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC, punctele 4 și 12) și decizia nr. 2016-536 QPC din 19 februarie 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC, punctele 3 și 10); în mod similar, Conseil d'État, hotărârea nr. 317827 din 26 octombrie 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026), invocate în Concluziile avocatului general Juliane Kokott prezentate la 31 mai 2016 în cauza *G4S Secure Solutions*, C-157/15, EU:C:2016:382, punctul 98 și nota de subsol 54.

^[4] A se vedea, în acest sens, jurisprudența Bundesverfassungsgericht (Curtea Constituțională Federală germană), de exemplu, BVerfGE 120, 274, 318 f (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, punctul 218). În acest context, „adecvat” este un sinonim pentru „proporțional în sens strict”, potrivit Concluziilor avocatului general Juliane Kokott prezentate la 31 mai 2016 în cauza *G4S Secure Solutions*, C-157/15, EU:C:2016:382, punctul 98 și nota de subsol 55.

^[5] Considerăm sugestive și redăm aici punctele 57-59 din Concluziile avocatului general Michal Bobek prezentate la 26 iunie 2018 în cauza *Link Logistik N&N*, C-384/17, EU:C:2018:494:

57. Instanța de trimitere are cu siguranță dreptate. Interpretarea conformă are limitele ei, după cum confirmă în mod clar jurisprudența [Hotărârea din 10 aprilie 1984, *von Colson și Kamann*, 14/83, EU:C:1984:153, punctul 26, și Hotărârea din 5 octombrie 2004, *Pfeiffer și alții*, C-397/01-C-403/01, EU:C:2004:584, punctele 111-119. A se vedea, de asemenea, Hotărârea din 4 iulie 2006, *Adeneler și alții*, C-212/04, EU:C:2006:443, punctul 109, și Hotărârea din 24 ianuarie 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punctul 25]. Pe de o parte, obligația de a interpreta dreptul național în conformitate cu dreptul Uniunii este

naționale contrare acestei directive^[1]. Potrivit unei jurisprudențe constante, în lipsa

„inerentă sistemului tratatului, întrucât permite instanței naționale, în ceea ce privește aspectele care țin de competența sa, să asigure deplina eficacitate a dreptului comunitar” [Hotărârea din 5 octombrie 2004, *Pfeiffer și alții*, C-397/01-C-403/01, EU:C:2004:584, punctul 114]. Pe de altă parte, una dintre limitele interpretării conforme este că aceasta nu poate fi utilizată pentru a obține un rezultat *contra legem* [a se vedea, de exemplu, Hotărârea din 4 iulie 2006, *Adeneler și alții*, C-212/04, EU:C:2006:443, punctul 110, Hotărârea din 15 aprilie 2008, *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, punctul 100, și Hotărârea din 11 noiembrie 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742, punctul 32].

58. Această limită nu este însă atât de ușor de apreciat. Este foarte clar că interpretarea conformă nu poate conduce la situații în care normele naționale ar putea fi complet negate. O normă care impune „a fi A” nu poate deveni brusc „a fi non-A” [pentru analiza unui exemplu concret, a se vedea, de exemplu, Concluziile avocatului general Eleanor Sharpston prezentate la 30 noiembrie 2006 în cauza *Unibet*, C-432/05, EU:C:2006:755, punctul 55]. Cu toate acestea, dincolo de astfel de cazuri atât de clare, ceea ce este *intra, praeter* și deja *contra legem* depinde în mod inevitabil de aprecierea subiectivă și interpretativă a instanței cu privire la faptul dacă un anumit rezultat este realizabil pe baza unei aprecieri de ansamblu a dreptului național.

59. Acest lucru este cu atât mai adevărat, întrucât obligația de interpretare conformă nu este limitată la instrumentul juridic specific care a fost adoptat pentru a transpune o obligație de drept al Uniunii. De asemenea, nu se contestă că interpretarea conformă implică luarea în considerare a dreptului național în ansamblul său [„Principiul potrivit căruia legislația națională trebuie interpretată în conformitate cu dreptul Uniunii impune ca instanțele naționale să facă tot ce ține de competența lor, luând în considerare dreptul intern în ansamblul său și aplicând metodele de interpretare recunoscute de acesta, în vederea garantării efectivității depline a dreptului Uniunii și în vederea identificării unei soluții conforme cu finalitatea urmărită de acesta”. A se vedea, pentru o reiterare mai recentă, de exemplu, Hotărârea din 13 iulie 2016, *Pöpperl*, C-187/15, EU:C:2016:550, punctul 43 și jurisprudența citată], a oricărei norme din cadrul corpusului legislativ care ar putea, într-o interpretare corectă și admisibilă a dreptului național, să asigure conformitatea interpretării acesteia cu dreptul Uniunii [a se vedea, de exemplu, Hotărârea din 16 decembrie 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, EU:C:1993:945, punctul 20, și Hotărârea din 27 iunie 2000, *Océano Grupo Editorial și Salvat Editores*, C-240/98-C-244/98, EU:C:2000:346, punctul 32, pentru o abordare largă cu privire la obligația de interpretare conformă, prin includerea dreptului național ulterior în domeniul de aplicare al acestei obligații]. Metaforic vorbind, interpretarea conformă nu se limitează la examinarea unei anumite ramuri sau rămurele a dreptului național, care se întâmplă să poarte același nume ca măsura Uniunii care urmează să fie pusă în aplicare, ci implică întreg arborele dreptului național, inclusiv trunchiul și rădăcinile sale constituționale sau administrative generale. Cu toate acestea, într-adevăr instanța națională (instanțele naționale) trebuie să verifice dacă există ceva într-o altă parte a arborelui legislativ național care ar putea să pună într-o lumină interpretativă diferită ramura specifică denumită „caracterul proporțional al sancțiunilor administrative”.

^[1] Hotărârea din 9 martie 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punctul 24, Hotărârea din 27 februarie 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, punctul 64, și Hotărârea din 11 octombrie 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, punctul 63.

Art. 1 alin. (1) din Directiva 89/665 este necondiționat și suficient de precis pentru a putea fi invocat împotriva unei autorități contractante (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 2 iunie 2005, *Koppensteiner*, C-15/04, EU:C:2005:345, punctul 38).

unei reglementări a Uniunii în materie, revine fiecărui stat membru atribuția de a stabili modalitățile procedurii administrative și pe cele ale procedurii jurisdicționale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii. Aceste modalități procedurale nu trebuie să fie însă mai puțin favorabile decât cele aplicabile unor acțiuni similare prevăzute pentru protecția drepturilor întemeiate pe ordinea juridică internă (principiul echivalenței) și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principiul efectivității)^[1].

11. Scopul special al directivei de remedii este, pe de o parte, să ofere întreprinderilor căi de atac eficiente, astfel încât, după cum se precizează în considerente, ele să nu fie descurajate să depună oferte din cauza lipsei protecției asigurate de controlul jurisdicțional, și, pe de altă parte, să consolideze garanțiile privind transparența și nediscriminarea în cadrul procedurilor de achiziții publice. „Totuși, la fel ca în orice alt domeniu al dreptului, orice procedură și orice drepturi procedurale garantate prin aceasta trebuie să rămână legate de fondul și de scopul general al procedurii. Nu trebuie să se permită transformarea drepturilor procedurale într-o serie de drepturi independente, fără nicio legătură perceptibilă cu situația juridică a persoanei concrete. Pe scurt, pentru a utiliza o metaforă: procedura poate fi un bun slujitor, dar nu și un stăpân bun”^[2].

Numărul statelor membre unde nu există organisme administrative de remedii în materia achizițiilor publice este din ce în ce mai mic, înregistrându-se un curent în favoarea înființării de asemenea organisme^[3].

^[1] Hotărârea din 5 aprilie 2017, *Marina del Mediterráneo și alții*, C-391/15, EU:C:2017:268, punctele 39 și 40, și Hotărârea din 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki și alții*, C-145/08 și C-149/08, EU:C:2010:247 și EU:C:2008:306, punctul 74, precum și jurisprudența acolo citată.

Ordinea juridică a fiecărui stat membru trebuie să stabilească competența judecătorească și normele de procedură pentru aplicarea acelor drepturi subiective pe care dreptul comunitar le conferă indivizilor: hotărârile din 16 decembrie 1976, *Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 33/76, EU:C:1976:188, punctul 5, și *Comet BV/Produktschap voor Siergewassen*, 45/76, EU:C:1976:191, punctul 13, Hotărârea din 14 decembrie 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie/Statul belgian*, C-312/93, EU:C:1995:437, punctul 12, Hotărârea din 20 septembrie 2001, *Courage și Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, punctul 29, Hotărârea din 11 septembrie 2003, *Safalero*, C-13/01, EU:C:2003:447, punctul 49, și Hotărârea din 13 martie 2007, *Unibet*, C-432/05, EU:C:2007:163, punctul 39.

^[2] A se vedea Concluziile avocatului general Michal Bobek prezentate la 8 septembrie 2016 în cauza *Marina del Mediterráneo și alții*, C-391/15, EU:C:2016:651, punctele 47 și 48.

^[3] Legea noastră fundamentală nu face nicio referire, în niciunul dintre textele sale, la noțiunea de „organism”. Stilistica legiuitorului de drept comun nu este, totuși, una de neacceptat. Și aceasta, întrucât în spatele categoriei de „organism” se ascunde, de fapt, o directă și de netăgăduit trimitere la aceea de „autoritate administrativă autonomă” – CRISTIAN CLIPA, *Organe ...*, p. 406.

Pentru detalii normative care confirmă această judicioasă poziție doctrinară, a se vedea Codul administrativ, partea a II-a, titlul III – „Autoritățile administrative autonome”.