

PANDECTELE

ROMÂNE

ROMANIAN PANDECTS

3/2023



Wolters Kluwer
Romania

O aplicație particulară a principiului precauției în domeniul achizițiilor publice sau pledoarie pentru rolul activ al autorității contractante în determinarea capacității ofertanților de a realiza în mod legal contractul – *abundans cautela non nocet*

Dr. Dumitru-Daniel ȘERBAN*

Motto: *The problem with the world is that the intelligent people are full of doubts, while the stupid ones are full of confidence.*^[1]

ABSTRACT

The article analyzes how the precautionary principle is applied in the field of public procurement. In this sense, in order to ensure the legality and transparency of the award, as well as the legal and appropriate execution of the object of the investment, the contracting authority is bound by the precautionary principle, which imposes the obligation to investigate, if not in the case of all bidders, in the evaluation stage of technical proposals, at least in the case of the potentially winning bidder, in the last evaluation stage, the way in which he will carry out those elements of the contract for which the specific legislation requires authorization. The positive law does not contain any provision that prohibits the acquiring authority from requesting clarifications in this regard, without which the evaluation would be superficial and incomplete.

Keywords: *public procurement, precautionary principle, contracting authority.*

REZUMAT

Articolul analizează modul de aplicare a principiului precauției în domeniul achizițiilor publice. În acest sens, pentru a asigura legalitatea și transparența

* Studiul nu este elaborat în considerarea calității autorului de consilier de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice în cadrul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor ori în exercitarea atribuțiilor sale de serviciu, iar opiniile pe care le conține nu reflectă, în mod necesar, poziția Consiliului sau a altor instituții publice.

[1] Problema cu lumea este că oamenii inteligenți sunt plini de îndoieli, în vreme ce proștii sunt plini de încredere. – maximă atribuită lui Charles Bukowski (*apud* V. Paipais, *Political Ontology and International Political Thought, Voiding a Pluralist World*, Palgrave Macmillan, Regatul Unit, 2016, p. X).

atribuirii, precum și executarea legală și corespunzătoare a obiectului investiției, autoritatea contractantă este ținută de principiul precauției, care îi impune obligația de a investiga și documenta dacă nu cu toți ofertanții, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, măcar cu ofertantul potențial câștigător, în ultima etapă de evaluare, modalitatea în care acesta urmează a realiza acele componente ale contractului pentru care legislația specifică lor impun deținerea de autorizații. Dreptul pozitiv nu cuprinde nicio dispoziție care să interzică autorității achizitoare solicitarea de clarificări în această privință, în absența căreia evaluarea ar fi superficială și incompletă.

Cuvinte-cheie: achiziții publice, principiul precauției, autoritatea contractantă.

Legislație relevantă: C. civ., art. 1.334, art. 1.480, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, art. 41

1. Premise introductive. Achiziția publică reprezintă, în sensul legislației de specialitate, achiziția de lucrări, produse sau servicii prin intermediul unui contract specific de către una sau mai multe autorități contractante, de la operatori economici desemnați de acestea, indiferent dacă lucrările, produsele sau serviciile sunt destinate ori nu realizării unui interes public. Trecând dincolo de teza finală a acestei definiții materialiste, legată de contract, credința noastră este că achiziția publică, în sine și ca regulă de ordin general, văzându-i destinația și destinatarii, constituie totodată și o procedură^[2] administrativă nejudiciară de și în interes public, cel puțin din trei perspective:

- ameliorarea pieței concurențiale^[3], cu beneficiile care decurg din intrarea operatorilor economici în competiție loială;
- împiedicarea arbitrariului și abuzului în acoperirea necesităților autorității guvernamentale organizatoare pentru îndeplinirea propriilor atribuții în favoarea cetățeanului;
- facilitarea contractării de obiective investiționale în interes obștesc prin utilizarea cât mai eficientă și transparentă a fondurilor contribuabililor.^[4]

Statul este responsabil pentru activitatea ansamblului serviciilor sale, nu numai pentru aceea a organelor judiciare^[5], iar achiziția publică poate fi percepută ca o specie de serviciu public, nu neapărat în acord cu înțelesul serviciului public statuat la art. 2 alin. (1) lit. m) din Legea

^[2] În această accepțiune, achiziția exprimă succesiunea de acte și operațiuni care alcătuiesc o procedură, în vreme ce accepțiunea legiuitorului suprapune achiziția obiectului contractului – procurarea unui produs, serviciu, lucrare (de unde și expresia „contract de achiziție publică”). Procedura nu se confundă cu perfectarea contractului și nici cu executarea lui.

^[3] A se vedea art. 135 din Constituție.

^[4] A se vedea, în completare, Comisia Europeană, *Carte verde privind modernizarea politicii UE în domeniul achizițiilor publice. Către o piață europeană a achizițiilor publice mai performantă*, COM(2011) 15 final, Bruxelles, 27 ianuarie 2011, disponibilă la adresa <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN: RO:PDF>

^[5] În sensul că statul este răspunzător pentru acțiunile întreprinse de orice instituție a sa, nu numai de organele judiciare, a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 2 octombrie 2018, Bivolaru împotriva României (nr. 2), paragraful 157, Hotărârea din 23 octombrie 1990, Moreira de Azevedo împotriva Portugaliei, paragraful 73, și Hotărârea din 26 octombrie 1988 Martins Moreira împotriva Portugaliei, paragraful 60.

contenciosului administrativ nr. 554/2004 sau la art. 5 lit. kk) din Codul administrativ⁶⁾, dar compatibilă cu principiile adaptabilității și calității serviciului public regăsite în cod⁷⁾. Cetățenii, părțile interesate, organizate sau nu, precum și alte persoane sau organisme au un interes legitim, în calitatea lor de contribuabili, de a dispune de proceduri riguroase de achiziție publică⁸⁾. Considerăm că, totodată, ar trebui să li se recunoască și dreptul de a se aștepta la un nivel ridicat

⁶⁾ A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 70 din 28 februarie 2023, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 211 din 14 martie 2023, din care cităm:

„56. În ceea ce privește noțiunea de «serviciu de interes public», aceasta nu beneficiază de o definiție legală, dar sensul acestei noțiuni rezultă fără echivoc din interpretarea gramaticală, sistematică și teleologică a dispozițiilor legale în cadrul cărora este folosită de legiuitor. De principiu, sintagma analizată este utilizată în acte normative ce reglementează activități considerate de către legiuitor ca deserving un interes general al societății. În acest sens, Curtea reține că dispozițiile art. 315 alin. (2) din Statutul profesiei de avocat, adoptat prin Hotărârea Consiliului Național a Barourilor din România nr. 64 din 3 decembrie 2011, prevăd că «obligația avocaților de realizare a pregătirii profesionale continue se realizează în cadrul barourilor, al I.N.P.P.A. și al formelor de exercitare a profesiei și are drept scop îndeplinirea de către avocați a obligației de perfecționare a pregătirii profesionale, bazată pe o cultură juridică de calitate și o pregătire temeinică, pentru îndeplinirea corespunzătoare a activităților de interes public pe care le implică folosirea titlului profesional de avocat». De asemenea, noțiunile de «serviciu public» și de «serviciu de interes public» sunt folosite în cuprinsul prevederilor art. 175 alin. (2) C. pen., potrivit cărora «este considerată funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.» Totodată, «interesul legitim public» este definit în art. 2 alin. (1) lit. r) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 drept «interesul care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice».

57. Totodată, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 781 din 5 decembrie 2017, paragraful 17, Decizia nr. 270 din 23 aprilie 2019, paragraful 28, și prin Decizia nr. 601 din 10 octombrie 2019, paragraful 23, a statuat că «Noțiunea de „serviciu public” desemnează atât o formă de activitate prestată în folosul interesului public, cât și o subdiviziune a unei instituții din administrația internă împărțită pe secții, servicii etc. Din categoria serviciilor de interes public fac parte acele entități care, prin activitatea pe care o desfășoară, sunt chemate să satisfacă anumite interese generale ale membrilor societății». Totodată, prin Decizia nr. 661 din 29 octombrie 2019, paragraful 40, instanța de contencios constituțional a reținut că în doctrină s-a precizat că noțiunea de putere publică desemnează drepturile (prerogativele) speciale, exorbitante, de care dispune orice autoritate a administrației publice și, implicit, orice autoritate publică, în vederea exercitării atribuțiilor sale și pentru satisfacerea interesului public, care, în cazul unui conflict cu cel particular, trebuie să se impună. În baza prerogativelor de putere publică de care dispun, măsurile luate de aceste autorități se aplică direct, iar în cazul în care nu sunt respectate beneficiază de forța de constrângere a statului. Totodată, s-a arătat că noțiunea de interes public desemnează necesitățile materiale și spirituale ale cetățenilor la un moment dat.

58. Având în vedere dispozițiile legale și jurisprudența Curții Constituționale mai sus invocate, Curtea reține că sensul general al sintagmei «serviciu de interes public» poate fi acela de serviciu care satisface nevoile de natură materială și spirituală ale societății.”

⁷⁾ Principiul adaptabilității serviciului public reprezintă faptul că, în vederea îndeplinirii obiectivelor sale, administrația publică are obligația de a răspunde nevoilor societății.

Principiul furnizării serviciilor publice la un nivel ridicat de calitate reprezintă stabilirea și monitorizarea indicatorilor de calitate pentru fiecare serviciu public, pe toată durata de furnizare a acestora. Autoritățile administrației publice și organismele prestatoare de servicii publice sunt obligate să respecte standardele de calitate și/sau de cost stabilite pentru serviciile publice.

Prezintă relevanță și Recomandarea din 20 iunie 2007 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei CM/Rec(2007)7 către statele membre privind buna administrare, precum și Comunicarea Comisiei Către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor – Cartea albă privind serviciile de interes general, COM(2004) 374 final din 12 mai 2004.

⁸⁾ A se vedea considerentul (122) al Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

Cu toate acestea, aplicarea normelor privind achizițiile publice nu ar trebui să interfereze cu libertatea autorităților publice de a-și îndeplini atribuțiile de serviciu public atribuite acestora prin utilizarea resurselor proprii, care include posibilitatea cooperării cu alte autorități publice [considerentul (31) din directivă].

de profesionalism, responsabilitate, transparență, eficiență și reacție din partea administrației. De bună seamă, instrumentul juridico-economic de lucru al achiziției nu constituie un scop în sine, ci doar un mijloc prin care se urmărește atingerea unui obiectiv legitim – finalmente – de interes colectiv^[9], întotdeauna superior celui imediat al autorității achizițoare, subiacentă conceptelor de autoritate publică, respectiv de instituție publică, cărora același Cod administrativ le asociază semnificațiile de „organ de stat sau al unității administrativ-teritoriale care acționează în regim de putere publică pentru satisfacerea unui interes public”, respectiv de „structură funcțională care acționează în regim de putere publică și/sau prestează servicii publice și care este finanțată din venituri bugetare și/sau din venituri proprii, în condițiile legii finanțelor publice”. Cum ambele înglobează reprezentări ale satisfacerii unui interes public – direct sau mediat – care le caracterizează, inclusiv achizițiile pe care le derulează autoritățile pentru propria funcționare trebuie calificate ca fiind de și în interes public. Instanța de contencios constituțional a apreciat că din categoria serviciilor de interes public fac parte acele entități care, prin activitatea pe care o desfășoară, sunt chemate să satisfacă anumite interese generale ale membrilor societății^[10].

Între principiile care guvernează conduita profesională a funcționarilor publici și a personalului contractual din administrația publică, deci inclusiv a acelor implicați în derularea procedurilor de atribuire^[11], identificăm în cod prioritatea interesului public și profesionalismul^[12]. În pofida acestora, nenumăratele eșecuri în realizarea obiectivelor de investiții discreditează profesional nu doar contractanții, ci și autoritățile contractante, acestea prin precaritatea etapei de selectare a primilor de către angajații anume desemnați. Așadar, deficitul de profesionalism se resimte încă din etapa de selectare a viitorului contractant, dovadă stând nu doar dezonorantul bilanț al eșecurilor, ci și documentele constatatoare „negative” eliberate pe parcurs contractanților^[13].

^[9] Sau a unor obiective legitime de interes colectiv. În lumina celor trei perspective evocate în primul paragraf, obiectivele sunt plurivalente.

^[10] A se vedea, între altele, Decizia nr. 243 din 4 iunie 2020, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 718 din 10 august 2020, și Decizia nr. 790 din 15 decembrie 2016, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 168 din 8 martie 2017.

În Decizia nr. 800 din 18 noiembrie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 130 din 19 februarie 2016, Curtea a reținut contractele administrative ca fiind acte supuse unui regim de drept public, caracterizat prin preeminența interesului public.

Ținând seama că acordul de voință al părților este subordonat interesului public, fiind supus regimului de drept public, astfel încât contractul administrativ reprezintă un mijloc juridic prin care se realizează administrația publică, apare ca firească opțiunea legiuitorului de a institui prioritatea interesului public față de principiul libertății contractuale când judecata are ca obiect un astfel de contract (Decizia nr. 12 din 14 ianuarie 2020, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 198 din 11 martie 2020), din rândul cărora face parte și cel de achiziție publică.

^[11] A se vedea art. 610 C. adm.

^[12] Profesionalismul – principiu conform căruia persoanele care ocupă diferite categorii de funcții au obligația de a îndeplini atribuțiile de serviciu cu responsabilitate, competență, eficiență, corectitudine și conștiinciozitate.

Prin întreaga lor activitate, funcționarii publici acționează în condiții de obiectivitate, profesionalism, legalitate și imparțialitate pentru îndeplinirea de către autoritățile și instituțiile publice a atribuțiilor prevăzute de lege [art. 371 alin. (3) C. adm.]. Funcționarii publici trebuie să exercite funcția publică cu obiectivitate, imparțialitate și independență, fundamentându-și activitatea, soluțiile propuse și deciziile pe dispoziții legale și pe argumente tehnice și să se abțină de la orice faptă care ar putea aduce prejudicii persoanelor fizice sau juridice ori prestigiului corpului funcționarilor publici. În activitatea profesională, funcționarii publici au obligația de diligență cu privire la promovarea și implementarea soluțiilor propuse și a deciziilor. [Art. 431 alin. (1) și (2) C. adm.]

^[13] În Sistemul electronic de achiziții publice (<https://www.e-licitatie.ro/>) există o secțiune aferentă documentelor constatatoare, cu subsecțiunea „Opțiuni privind derularea contractului”:

– „Îndeplinire”;

Contractele de achiziții publice presupun, de cele mai multe ori, efectuarea de lucrări publice cu un anumit grad de complexitate și nu orice operator economic are capacitatea profesională, logistică și financiară de a le efectua^[14].

De bună seamă, libertatea contractuală este subordonată priorității interesului public și nu poate fi disociată de răspunderea juridică și morală pe care autoritatea achizitoare o poartă și o va „deconta” în fața cetățenilor, în serviciul cărora funcționează, inclusiv pentru diligența manifestată în selectarea viitorului antreprenor^[15]. Dacă tot sunt alocate sume considerabile pentru studii de fezabilitate și cercetări prealabile investițiilor majore, cu atât mai mult se impune întreprinderea tuturor demersurilor necesare pentru confirmarea legalității executării viitorului contract. Pe acest fundal, este adecvat să reamintim că standardele de calitate și fiabilitate corespunzătoare prescrise în cadrul specificațiilor tehnice presupun, intrinsec, deținerea de către operatorul ales drept contractant a autorizațiilor legale indispensabile executării contractului licitat (acceptată fiind și varianta deținerii lor de către subcontractanții care vor realiza părțile din contract ce reclamă autorizarea sau, cu anumite condiționări, deținerea de către furnizori^[16])^[17].

2. Abordarea situațiilor de risc. Din păcate, uneori, cu tendință spre adeseori, autoritatea se complăce într-o „indecentă indiferență”, neglijând să pretindă în documentația de atribuire^[18] ofertanților autorizații vitale și, deopotrivă de grav, în etapa de evaluare, să le solicite minime clarificări care să elucideze capacitatea lor de a duce la îndeplinire în mod legal obiectul contractului licitat, chiar și atunci când lipsa capacității îi este notificată. Opinia noastră este că orice risc legat de îndeplinirea corespunzătoare a contractului ar trebui să alarmeze autoritatea – atât prin comisia evaluatorie, cât și prin managementul ei –, obligată să reacționeze

- „Nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului”;
- „Nerespectarea calității/cantității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat”;
- „Neîndeplinirea condițiilor contractuale obligatorii și specifice”.

^[14] A se vedea, *mutatis mutandis*, Decizia Curții Constituționale nr. 25 din 16 februarie 2023, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 444 din 23 mai 2023.

^[15] Interesul național impune ca statul să poată realiza cu celeritate obiectivele propuse în vederea îmbunătățirii vieții cetățenilor săi (*ex multis*, Decizia nr. 25 din 16 februarie 2023, precitată).

^[16] Pentru detalii, a se vedea documentul intitulat „Note de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial” elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice disponibil la <https://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-interpretarea-notiunilor-de-furnizor-si-subcontractant-in-contractul-de-achizitie-publica-sectorial/>.

^[17] Se cuvine a cita aici art. 51 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 51. – (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

^[18] *Brevitatis causa*, elaborarea documentației de atribuire am încorporat-o procedurii de atribuire, chiar dacă legea achizițiilor publice, la art. 12, statuează că inițierea procedurii de atribuire se realizează prin transmiterea anunțului/ invitației de participare.

în consecință, pentru eliminarea lui. Milităm pentru manifestarea cel puțin a unei rezonabile precauții din partea autorității investitoare, dacă nu a unei vigilențe sporite, în discuție fiind, pe lângă finalizarea investiției din fondurile cetățenilor, ci și propriul prestigiu. Procedând astfel, ar consolida legitimitatea achiziției și ar spori încrederea cetățenilor în autoritatea organizatoare. Încercând o analogie cu rațiunea din spatele art. 1.334 C. civ., autoritatea gerantă este datoare să se îngrijească de interesele cetățenilor gerați cu diligența pe care un bun proprietar o depune în administrarea bunurilor sale^[19], diligență care nici măcar „nu o costă”. Simetric, pentru contractant sunt aplicabile dispozițiile art. 1.480 C. civ.:

- debitorul este ținut să își execute obligațiile cu diligența pe care un bun proprietar o depune în administrarea bunurilor sale, afară de cazul în care prin lege sau prin contract s-ar dispune altfel;
- în cazul unor obligații inerente unei activități profesionale, diligența se apreciază ținând seama de natura activității exercitate.

Suntem de părere că indiferența/ignoranța autorității în fața unei vulnerabilități nu poate fi scuzată de argumentul facil și de ordin general că, la nivelul documentației de atribuire, nu a fost solicitată deținerea anumitor autorizații specifice pentru executarea obiectului contractului, care să probeze capacitatea profesională a ofertantului de exercitare a activității, în condițiile în care legea specifică acesteia impune deținerea autorizațiilor, lege de care autoritatea însăși nu a ținut seama la întocmirea documentației (întocmire deficitară și pentru care este culpabilă juridic).^[20] Legea specifică trebuie coroborată cu clauza de la pct. III.1.1) din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției, care, de regulă, are următoarea redactare: „Operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara rezidentă, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului de achiziție publică/sectorială.”^[21] Cum una sau unele dintre aceste activități presupun diverse autorizații, chiar dacă ele nu au fost pretinse în documentație, credința noastră este că intră în sarcina autorității achizitoare să se asigure până la convingere că ofertantul pe care îl desemnează câștigător, viitor contractant, este abilitat să presteze – direct sau indirect – în mod legal respectivele activități care fac obiectul contractului.

Operatorul economic – prezumat a fi profesionist al domeniului în care activează – este definit de legea achizițiilor publice ca fiind persoana fizică sau juridică, de drept public ori de drept

^[19] Alin. (2) al art. 1.334 C. civ. instituie o limitare a răspunderii.

^[20] Art. 173 din legea achizițiilor publice dispune că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente relevante care să dovedească forma de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu *cerințele legale* [sublinierea noastră] din țara în care este stabilit operatorul economic. În procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică de servicii, în cazul în care este necesar [sublinierea noastră] ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație sau că sunt membri ai unei astfel de organizații.

Este de neînțeles de ce legiuitorul se referă la dreptul autorității, când, în realitate, cerința semnifică o obligație a ei *ope legis*.

^[21] Regăsită în anexa nr. 1 la Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1.017/2019 privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 215 din 19 martie 2019.

privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă *in mod licit* [sublinierea noastră] pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități. În consecință, se poate aprecia că ține de esența noțiunii de operator economic, în lumina legislației achizițiilor publice, dreptul acestuia de a furniza produse, presta servicii și/sau executa lucrări în mod licit, iar, în discuție, cu certitudine, achizitoarei îi incumbă obligația corelativă de a verifica legalitatea prestării viitoarelor servicii, respectiv nicicum nu este chemată să ignore ori să încurajeze prestarea ilicită activităților în executarea propriilor contracte, altminteri rămânând expusă riscului și suspiciunii că a încredințat contractul unui antreprenor care nu îl poate executa în mod licit. Art. 1 alin. (5) din Constituție statuează solemn că, în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie, fiind evident că organizatoarea licitației nu poate trece cu vederea chiar prima latură a principiului legalității, constând în conformarea întocmai la textul legii prin contractele pe care le încheie, din fonduri publice (ca regulă). În ceea ce privește dispozițiile art. 1 alin. (3) teza întâi din Constituție, care consacră principiul statului de drept, Curtea Constituțională a reținut că exigențele acestuia privesc scopurile majore ale activității statale, prefigurate în ceea ce îndeobște este numit ca fiind „domnia legii”, sintagmă ce implică subordonarea statului față de drept^[22].

Pornind de la premisa că autoritatea a omis, din neglijență, să solicite în documentație autorizațiile specifice pe care le impune legislația^[23], considerăm că revine aceleași autorități culpabile – pentru a nu recidiva în neglijență și ca măsuri corective – obligațiile de rezultat constând în

[22] A se vedea, *mutatis mutandis*, Decizia nr. 58 din 26 ianuarie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 465 din 4 mai 2021.

[23] În Hotărârea din 26 ianuarie 2023, NV Construct, C-403/21, EU:C:2023:47, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a notat:

60. Fiind cel mai bine plasată pentru a evalua propriile nevoi, autorității contractante i s-a recunoscut de către legiuitorul Uniunii o largă putere de apreciere cu ocazia stabilirii criteriilor de selecție, fapt demonstrat în special de utilizarea recurentă a verbului „a putea” la articolul 58 din Directiva 2014/24. Astfel, în conformitate cu alineatul (1) al acestui articol, aceasta beneficiază de o anumită marjă de apreciere pentru definirea condițiilor de participare la o procedură de atribuire a unui contract pe care le consideră ca având legătură și fiind proporționale cu obiectul contractului și de natură să garanteze că un candidat sau un ofertant dispune de capacitate juridică și financiară, precum și de competențele tehnice și profesionale necesare pentru executarea contractului care urmează să fie atribuit. Mai precis, potrivit alineatului (4) al articolului menționat, autoritatea contractantă apreciază în mod liber condițiile de participare pe care le consideră proprii, din punctul său de vedere, pentru a garanta în special executarea contractului la un nivel de calitate pe care îl estimează ca adecvat (Hotărârea din 31 martie 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C-195/21, EU:C:2022:239, punctul 50).

61. În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-un caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

62. Invers, autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de selecție. O atare alegere s-ar putea explica în special prin faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar putea prefera de asemenea să menționeze aceleași obligații în cadrul condițiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punctele 88 și 89).

[...]

65. În plus, a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) din directiva menționată (Hotărârea din 8 iulie 2021, Sanresa, C-295/20, EU:C:2021:556, punctul 62).

interpelarea ofertanților care nu au menționat deținerea lor cu privire la modalitatea legală în care urmează a realiza activitățile asumate în ofertă și de a le evalua ofertele prin prisma răspunsurilor pe care le va primi (pentru a decide în cunoștință de cauză asupra conformității ofertelor, din perspectiva posibilității executării legale a contractului ofertat). Chiar dacă – simplist și criticabil – ar susține autoritatea că nu a impus, în mod expres, operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unei anumite autorizații, nu poate fi scăpat din vedere că omisiunea este imputabilă chiar autorității și că, pe de altă parte, ea însăși a cerut – de această dată expres – ca operatorii economici să dovedească nu doar o formă de înregistrare, ci și că respectiva dovadă reflectă capacitatea profesională de a realiza *legal* [sublinierea și adăugirea noastră] activitățile care fac obiectul contractului. Nu trebuie omis nici că, în unele domenii, realizarea lor de către operatori neautorizați constituie infracțiune, iar autoritatea, prezumată a fi conștientă asupra consecințelor actelor și faptelor sale, nu poate nici accepta și nici tolera săvârșirea de infracțiuni în executarea propriilor contracte.

În consecință, suntem de părere că, în etapa evaluatorie, revine autorităților achizitoare obligația de a interpela ofertanții sau măcar ofertantul poziționat pe prima poziție (potențialul câștigător) cu privire la legalitatea exercitării activității componente a contractului descris în propria propunere tehnică, asupra realității și legalității căreia planează un dubiu serios, obligație de natură să excludă o probabilă viitoare acuzație la adresa autorității investitoare (de stat) de dezinteres, de superficialitate, de neglijență sau chiar de conivență ilicită în atribuirea contractului către o societate a cărei capacitate efectivă de îndeplinire a lui nu a fost verificată îndeajuns, în pofida existenței unor suspiciuni rezonabile care i-au fost aduse la cunoștință pe calea unei notificări sau a unei plângeri. Dacă „lovește fatalitatea” și compromite/năruiește investiția, poartă autoritatea o răspundere pentru că a adjudecat contractul unui operator neautorizat?^[24] O tresărire, o îngrijorare din partea autorității trebuie să existe de fiecare dată când este înștiințată, prin orice

66. În consecință, este necesar să se răspundă la prima întrebare că articolul 58 din Directiva 2014/24 coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

Considerăm că o soluție de compromis, preferabilă celei la care s-a oprit Curtea, este aceea prescrisă la art. 3 alin. (4) din Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 178 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, conform căreia, pentru anumiți experți, pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea contractantă nu va stabili criteriile de calificare și selecție, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).

^[24] De bună seamă, este totuși necesar să existe o legătură de cauzalitate între încălcarea obligației de diligență a autorității constând în atribuirea contractului fără a se asigura că respectivul operator deține autorizațiile legale și încălcarea legii de către contractantul neautorizat care a provocat prejudiciul.

Încredințarea de către proprietar a autovehiculului unei persoane fără să o întrebe dacă deține permis de conducere atrage sau nu răspunderea proprietarului pentru accidentul cauzat de respectiva persoană?

În dreptul privat, cel care l-a îndemnat sau l-a determinat pe altul să cauzeze un prejudiciu, l-a ajutat în orice fel să îl pricinuiască răspunde solidar cu autorul faptei [art. 1.369 alin. (1) C. civ.].

Culpa, ca formă de vinovăție, există și atunci când persoana nu prevede rezultatul faptei sale, deși trebuia și putea să îl prevadă.