



## Repertoriul jurisprudenței

HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a treia)

15 septembrie 2016\*

„Trimitere preliminară — Directivele 89/665/CEE și 92/13/CEE — Achiziții publice — Proceduri privind căile de atac — Reglementare națională care condiționează admisibilitatea căilor de atac împotriva actelor autorității contractante de constituirea unei «garanții de bună conduită» — Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene — Articolul 47 — Dreptul la o cale de atac efectivă”

În cauzele conexate C-439/14 și C-488/14,

având ca obiect cereri de decizie preliminară formulate în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel București (România) și de Curtea de Apel Oradea (România), prin deciziile din 19 septembrie 2014 și din 8 octombrie 2014, primite de Curte la 24 septembrie 2014 și, respectiv, la 4 noiembrie 2014, în procedurile

**SC Star Storage SA**

împotriva

**Institutului Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (C-439/14),**

și

**SC Max Boegl România SRL,**

**SC UTI Grup SA,**

**Astaldi SpA,**

**SC Construcții Napoca SA**

împotriva

**RA Aeroportul Oradea,**

**SC Porr Construct SRL,**

**Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,**

**SC Col-Air Trading SRL,**

**AVZI SA,**

\* Limba de procedură: româna.

**Trameco SA,**

**Iamsat Muntenia SA (C-488/14),**

CURTEA (Camera a treia),

compusă din domnul L. Bay Larsen, președinte de cameră, și domnii D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan și M. Vilaras (raportor), judecători,

avocat general: doamna E. Sharpston,

grefier: doamna L. Carrasco Marco, administrator,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 14 ianuarie 2016,

luând în considerare observațiile prezentate:

- pentru SC Star Storage SA, de A. Fetiță, avocat;
- pentru SC Max Boegl România SRL, de F. Irimia, avocat;
- pentru guvernul român, de R.-H. Radu, de R. Hațieganu, de D. Balancea și de M. Bejenar, în calitate de agenți;
- pentru guvernul elen, de K. Georgiadis și de K. Karavasili, în calitate de agenți;
- pentru Comisia Europeană, de A. Tokár și de I. Rogalski, în calitate de agenți,

după ascultarea concluziilor avocatului general în ședința din 28 aprilie 2016,

pronunță prezenta

### **Hotărâre**

- 1 Cererile de decizie preliminară privesc interpretarea articolului 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (denumită în continuare „Directiva 89/665”), și a articolului 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO 1992, L 76, p. 14, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 43), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66 (denumită în continuare „Directiva 92/13”), precum și a articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (denumită în continuare „carta”).
- 2 Aceste cereri au fost formulate, în cauza C-439/14, în cadrul unui litigiu între SC Star Storage SA, pe de o parte, și Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI), pe de altă parte, în legătură cu o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice având ca obiect achiziția unei infrastructuri informatice și de servicii pentru pregătirea, managementul, dezvoltarea și implementarea unei platforme de cloud computing, iar în cauza C-488/14, în cadrul unui litigiu între SC Max Boegl

România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA și SC Construcții Napoca SA (denumite în continuare „Max Boegl și alții”), pe de o parte, și RA Aeroportul Oradea SA, SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AZVI SA, Trameco SA și Iamsat Muntenia SA, pe de altă parte, în legătură cu o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice privind lucrări de extindere și de modernizare a infrastructurilor Aeroportului Oradea (România).

## Cadrul juridic

### *Dreptul Uniunii*

#### Directiva 89/665

- 3 Articolul 1 din Directiva 89/665, intitulat „Domeniul de aplicare și disponibilitatea căilor de atac”, prevede la alineatele (1)-(3):

„(1) Prezenta directivă se aplică în cazul contractelor menționate în Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii [(JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116)], cu excepția cazului în care aceste contracte sunt excluse în conformitate cu articolele 10-18 din respectiva directivă.

Contractele, în înțelesul prezentei directive, includ contractele de achiziții publice, acordurile-cadru, concesiunile de lucrări publice și sistemele dinamice de achiziție.

Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei 2004/18/CE, deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia.

(2) Statele membre garantează că nu există, între întreprinderile care susțin că au suferit un prejudiciu în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract, nicio discriminare ca rezultat al distincției făcute de prezenta directivă între normele de drept intern de transpunere a legislației comunitare și celelalte norme de drept intern.

(3) Statele membre asigură accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, cel puțin 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.”

#### Directiva 92/13

- 4 Articolul 1 din Directiva 92/13, intitulat de asemenea „Domeniul de aplicare și disponibilitatea căilor de atac”, prevede la alineatele (1)-(3):

„(1) Prezenta directivă se aplică în cazul contractelor menționate în Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale [(JO 2004,

L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3)], cu excepția cazului în care aceste contracte sunt excluse în conformitate cu articolul 5 alineatul (2), articolele 18-26, articolele 29 și 30 sau articolul 62 din respectiva directivă.

Contractele, în înțelesul prezentei directive, includ contractele de furnizare, contractele de lucrări și servicii, acordurile-cadru și sistemele dinamice de achiziții.

Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei 2004/17/CE, deciziile luate de entitățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia.

(2) Statele membre garantează că nu există, între întreprinderile care susțin că au suferit un prejudiciu în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract, nicio discriminare ca rezultat al distincției făcute de prezenta directivă între normele de drept intern de transpunere a legislației comunitare și celelalte norme de drept intern.

(3) Statele membre asigură accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, cel puțin 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.”

Directiva 2007/66

5 Considerentul (36) al Directivei 2007/66 are următorul cuprins:

„Prezenta directivă respectă drepturile fundamentale și principiile recunoscute, în special, de [cartă]. Prezenta directivă urmărește, în special, să asigure respectarea deplină a dreptului la o cale de atac eficace și la o audiere echitabilă, în conformitate cu articolul 47 primul și al doilea paragraf din [c]artă.”

Directiva 2004/17

6 Articolul 16 litera (b) din Directiva 2004/17 prevede:

„Cu excepția situației în care sunt excluse în virtutea excluderilor prevăzute la articolele 19-26 sau în temeiul articolului 30, privind desfășurarea activității respective, prezenta directivă se aplică contractelor care au o valoare estimată, fără taxa pe valoare adăugată (TVA), cel puțin egală cu următoarele praguri:

[...]

(b) 5 186 000 [de euro], în cazul contractelor de lucrări.”

Directiva 2004/18

7 Articolul 7 literele (b) și (c) din Directiva 2004/18 prevede:

„Prezenta directivă se aplică contractelor de achiziții publice care nu sunt excluse în temeiul excepțiilor prevăzute la articolele 10 și 11 și articolele 12-18 și a căror valoare estimată, fără taxa pe valoarea adăugată (TVA), este egală sau mai mare decât următoarele praguri:

[...]

(b) 207 000 [de euro]:

- pentru contractele de achiziții publice de bunuri și de servicii atribuite de autoritățile contractante, altele decât cele prevăzute la anexa IV;
- pentru contractele de achiziții publice de bunuri atribuite de autoritățile contractante menționate la anexa IV care își desfășoară activitatea în domeniul apărării, în cazul în care respectivele contracte se referă la produse care nu sunt menționate la anexa V;
- pentru contractele de achiziții publice atribuite de o autoritate contractantă care are ca obiect servicii din categoria 8 din anexa II A, servicii de telecomunicații din categoria 5 ale căror poziții din CVP sunt echivalente cu numerele de referință CPC 7524, 7525 și 7526 și servicii menționate la anexa II B;

(c) 5 186 000 [de euro], pentru contractele de achiziții publice de lucrări.”

*Dreptul român*

8 Articolele 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, astfel cum a fost modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 (denumită în continuare „OUG nr. 34/2006”), prevăd:

„Articolul 271<sup>1</sup>

(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului [Național de Soluționare a Contestațiilor]/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alineatul (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la [Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor] sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

(4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel:

- a) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la articolul 55 alineatul (2) literele a) și b);
- b) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la articolul 55 alineatul (2) litera c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10 000 [de] euro, la cursul [Băncii Naționale a României] de la data constituirii garanției;
- c) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la articolul 55 alineatul (2) literele a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25 000 [de] euro, la cursul [Băncii Naționale a României] de la data constituirii garanției;
- d) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la articolul 55 alineatul (2) litera c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100 000 [de] euro, la cursul [Băncii Naționale a României] de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă ca inadmisibilă.

(6) În cazul în care, în ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia Consiliului [Național de Soluționare a Contestațiilor] sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în aceleași condiții de la alineatele (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită. Prevederile art. 271<sup>2</sup> alineatele (3)-(5) se aplică în mod corespunzător.

(7) Prevederile alineatelor (1)-(6) se aplică în mod corespunzător și în situația în care plângerea împotriva deciziei Consiliului [Național de Soluționare a Contestațiilor] este formulată de o altă persoană decât autoritatea contractantă sau contestator, conform articolului 281.

#### Articolul 271<sup>2</sup>

(1) În cazul în care contestația este respinsă de către [Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor] sau de către instanța de judecată, atunci când contestatorul se adresează direct instanței, autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de bună conduită de la momentul rămânerii definitive a deciziei Consiliului [Național de Soluționare a Contestațiilor]/hotărârii instanței de judecată. Reținerea se aplică pentru loturile la care contestația a fost respinsă.

(2) Prevederile alineatului (1) se aplică și în cazul în care contestatorul renunță la contestație/cerere/plângere.

(3) Măsura prevăzută la alineatul (1) nu va fi aplicată în cazul în care Consiliul [Național de Soluționare a Contestațiilor]/instanța de judecată respinge contestația ca rămasă fără obiect sau în cazul în care s-a renunțat la contestație/cerere/plângere, ca urmare a adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere necesare, în condițiile articolului 256<sup>3</sup> alineatul (1).

(4) În situația în care Consiliul [Național de Soluționare a Contestațiilor] admite contestația, respectiv instanța competentă admite plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului [Național de Soluționare a Contestațiilor] de respingere a contestației, autoritatea contractantă are obligația de a restitui contestatorului garanția de bună conduită, în cel mult 5 zile de la momentul rămânerii definitive a deciziei/hotărârii.

(5) În situația în care contestatorul se adresează direct instanței de judecată și aceasta admite cererea introdusă, prevederile alineatului (4) se aplică în mod corespunzător.

(6) Sumele încasate de autoritatea contractantă din executarea garanției de bună conduită reprezintă venituri ale autorității contractante.”

## Litigiile principale și întrebările preliminare

### *Cauza C-439/14*

- 9 La 1 aprilie 2014, ICI, în calitate de autoritate contractantă, a publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice (denumit în continuare „SEAP”) un anunț de deschidere a unei proceduri de cerere de ofertă în scopul atribuirii unui contract de achiziții publice privind achiziția unei infrastructuri informatice și de servicii pentru pregătirea, managementul, dezvoltarea și implementarea unei platforme de cloud computing, precum și documentația de atribuire aferentă. Criteriul de atribuire a acestui contract, care avea o valoare estimată de 61 287 713,71 RON (aproximativ 13 700 000 de euro) fără taxa pe valoarea adăugată, era „prețul cel mai scăzut”.
- 10 În urma unor cereri formulate de mai mulți operatori economici, ICI a publicat în SEAP o serie de clarificări ale prevederilor documentației de atribuire.
- 11 La 30 iunie 2014, Star Storage a contestat clarificările nr. 4 și nr. 5 din 24 iunie 2014 și nr. 7 din 26 iunie 2014 în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (denumit în continuare „CNSC”).
- 12 Prin decizia din 18 iulie 2014, CNSC a respins această contestație ca inadmisibilă, în temeiul, printre altele, al articolului 271<sup>1</sup> alineatul (2) din OUG nr. 34/2006, pentru motivul că Star Storage nu constituise garanția de bună conduită.
- 13 La 5 august 2014, Star Storage a sesizat Curtea de Apel București (România) cu o plângere prin care a solicitat, printre altele, anularea acestei decizii de respingere, arătând că obligația de constituire a unei garanții de bună conduită prevăzută de reglementarea română era contrară atât Constituției României, cât și dreptului Uniunii.
- 14 Instanța de trimitere apreciază că, din cauza cuantumului său semnificativ și a normelor care o guvernează, garanția de bună conduită este de natură a impieta în mod grav asupra dreptului operatorilor economici la un remediu efectiv împotriva actelor autorităților contractante.
- 15 În aceste condiții, Curtea de Apel București a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarea întrebare preliminară:

„Dispozițiile articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și cele ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 [...] trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei «garanții de bună conduită», precum cea reglementată de articolele 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din [OUG] nr. 34/2006?”

### *Cauza C-488/14*

- 16 La 21 ianuarie 2014, RA Aeroportul Oradea, în calitate de autoritate contractantă, a publicat în SEAP un anunț referitor la deschiderea unei proceduri de cerere de ofertă în scopul atribuirii unui contract de achiziții publice privind lucrări de extindere și de modernizare a infrastructurilor Aeroportului

Oradea (România). Valoarea estimată a contractului de achiziții publice se ridică la 101 232 054 RON (aproximativ 22 800 000 de euro) fără taxa pe valoarea adăugată, criteriul de atribuire fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

- 17 Potrivit raportului întocmit în urma evaluării ofertelor, oferta depusă de asocierea formată din SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA și Astaldi SpA a fost declarată neconformă, în timp ce oferta depusă de asocierea formată din SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA și CS Icco Energ SRL a fost clasată pe locul al doilea ca urmare a criteriului de atribuire ales.
- 18 Aceste două asocieri ofertante au introdus fiecare câte o contestație la CNSC împotriva raportului amintit. Prin decizia CNSC din 10 iulie 2014, contestațiile menționate au fost respinse ca nefondate. În consecință, fiecare dintre cele două asocieri au formulat plângere împotriva acestei decizii de respingere la Curtea de Apel Oradea (România).
- 19 La termenul de judecată din 10 septembrie 2014, această instanță le-a pus în vedere reclamantelor din litigiul principal că, având în vedere intrarea în vigoare, la 1 iulie 2014, a articolelor 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006, acestea aveau obligația de a constitui o „garanție de bună conduită”. Prin urmare, Max Boegl și alții au solicitat sesizarea Curții Constituționale cu o excepție de neconstituționalitate privind aceste două dispoziții și sesizarea Curții cu o cerere de decizie preliminară.
- 20 În aceste condiții, Curtea de Apel Oradea a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarea întrebare preliminară:

„Dispozițiile [articolului 1 alineatele (1)-(3)] din [Directiva 89/665], respectiv din [Directiva 92/13] [...] trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei «garanții de bună conduită», precum cea reglementată de articolele 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006?”

### **Procedura în fața Curții**

- 21 Prin Ordonanțele din 13 noiembrie 2014 și din 10 decembrie 2014, președintele Curții a respins cererile formulate de Curtea de Apel București și de Curtea de Apel Oradea de judecare a cauzelor C-439/14 și C-488/14 potrivit procedurii accelerate prevăzute la articolul 105 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții.
- 22 Prin decizia președintelui Curții din 13 noiembrie 2014, cauzele C-439/14 și C-488/14 au fost conexe pentru buna desfășurare a fazelor scrise și orale ale procedurii, precum și în vederea pronunțării hotărârii.
- 23 Prin Decizia nr. 5 din 15 ianuarie 2015, Curtea Constituțională a admis în parte excepția de neconstituționalitate privind articolele 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006 ridicată de Star Storage și, respectiv, de Max Boegl și alții.
- 24 Prin scrisoarea din 21 iulie 2015, Curtea a adresat Curții de Apel București și Curții de Apel Oradea, în temeiul articolului 101 din Regulamentul de procedură, o cerere de lămuriri, prin care le-a invitat să își prezinte observațiile cu privire la Decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 și la posibilele efecte ale acesteia asupra cererii lor de decizie preliminară.
- 25 Prin scrisoarea din 11 august 2015, primită de Curte la 26 august 2015, Curtea de Apel Oradea a arătat în esență că prin Decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 fusese admisă excepția de neconstituționalitate privind dispozițiile articolului 271<sup>2</sup> alineatele (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, însă



fusese respinsă cea privind dispozițiile articolului 271<sup>1</sup> și ale articolului 271<sup>2</sup> alineatele (3)-(6) din OUG nr. 34/2006, astfel încât cererea sa de decizie preliminară nu se mai referea decât la aceste din urmă dispoziții.

- 26 Prin scrisoarea din 14 septembrie 2015, primită de Curte la 23 septembrie 2015, Curtea de Apel București a arătat de asemenea în esență că prin Decizia Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 se confirmase constituționalitatea obligației de a constitui garanția de bună conduită ca o condiție de admisibilitate a oricărei căi de atac și, în consecință, era în continuare necesar să se examineze dacă dispozițiile articolelor 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006 declarate conforme cu Constituția României, prin care se condiționează exercitarea căilor de atac în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de constituirea unei „garanții de bună conduită”, pot fi considerate compatibile cu principiul protecției jurisdicționale efective, astfel cum acesta este protejat prin articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 89/665 și prin articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 92/13 coroborate cu articolul 47 din cartă.
- 27 În plus, Curtea de Apel București apreciază că reglementarea română necesită o analiză aprofundată, pe de o parte, în ceea ce privește împrejurarea că garanția de bună conduită se adaugă la „garanția de participare” pe care trebuie să o constituie de asemenea ofertantul, în temeiul articolului 43<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006, și al cărei quantum reprezintă până la 2 % din valoarea estimată a contractului, și, pe de altă parte, în ceea ce privește faptul că nu este posibilă nici derogarea de la quantumul garanției de bună conduită, care se stabilește, potrivit articolului 271<sup>1</sup> alineatul (4) din OUG nr. 34/2006, în mod automat la un nivel de 1 % din valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, până la pragul maxim de 100 000 de euro, nici acordarea unei reduceri sau dispunerea eșalonării plății în funcție de împrejurările concrete ale cauzei.
- 28 În consecință, Curtea de Apel București invită Curtea să răspundă la următoarea întrebare preliminară:  
„[Dispozițiile articolului] 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 89/665 și [ale articolului] 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 92/13 coroborate cu cele ale articolului 47 din [cartă] trebuie interpretate în sensul că se opun unei dispoziții naționale care instituie, drept condiție de admisibilitate a căilor de atac împotriva deciziilor luate de autoritățile contractante în cadrul procedurilor de achiziții publice, obligația constituirii unei garanții financiare în favoarea autorității contractante precum cea reglementată de articolele 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006?”
- 29 În sfârșit, prin Decizia nr. 750 din 4 noiembrie 2015, Curtea Constituțională a declarat de asemenea neconformitatea cu Constituția României a articolului 271<sup>1</sup> alineatul (5) din OUG nr. 34/2006, care prevedea plata necondiționată, la prima cerere, a garanției de bună conduită către autoritatea contractantă în cazul respingerii contestației, a cererii sau a plângerii.

### Observații introductive

- 30 Trebuie să se constate că, întrucât contractul de achiziții publice în discuție în cauza C-439/14 privește bunuri și servicii a căror valoare depășește pragul prevăzut la articolul 7 litera (b) din Directiva 2004/18, Directiva 89/665 își găsește aplicarea în cadrul litigiului principal.
- 31 În schimb, guvernul român și Comisia Europeană au opinii diferite cu privire la natura contractului de achiziții publice în discuție în cauza C-488/14, cel dintâi apreciind că acest contract intră sub incidența Directivei 2004/18 și, pe cale de consecință, a Directivei 89/665, iar Comisia, că contractul menționat intră sub incidența Directivei 2004/17 și, prin urmare, a Directivei 92/13.

- 32 În această privință, trebuie arătat că, întrucât instanța de trimitere în cauza C-488/14 nu furnizează decât foarte puține indicații cu privire la contractul de achiziții publice în discuție în litigiul principal, Curtea nu are posibilitatea de a stabili dacă acesta intră sub incidența Directivei 2004/17 sau a Directivei 2004/18.
- 33 Cu precizarea că îi revine instanței de trimitere sarcina de a se pronunța cu privire la acest aspect, această neclaritate rămâne însă fără efect asupra procedurii preliminare în cauza C-488/14, întrucât, după cum a arătat avocatul general la punctul 25 din concluzii, valoarea contractului de achiziții publice în discuție atinge pragurile stabilite pentru achizițiile publice de lucrări atât prin articolul 7 litera (c) din Directiva 2004/18, cât și prin articolul 16 litera (b) din Directiva 2004/17.
- 34 În consecință, Curtea va răspunde simultan la întrebarea adresată în cauza C-439/14 și la întrebarea adresată în cauza C-488/14, întrucât dispozițiile Directivelor 89/665 și 92/13 a căror interpretare se solicită sunt, în orice caz, redactate în termeni riguros identici.

### **Cu privire la întrebările preliminare**

- 35 Trebuie arătat, mai întâi, că, după cum reiese din explicațiile furnizate de cele două instanțe de trimitere ca răspuns la cererea de lămuriri pe care le-a adresat-o Curtea și din observațiile prezentate în ședință, dispozițiile articolului 271<sup>2</sup> alineatele (1) și (2), precum și cele ale articolului 271<sup>1</sup> alineatul (5) ultima teză din OUG nr. 34/2006 au fost declarate contrare Constituției României prin Deciziile Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 și, respectiv, nr. 750 din 4 noiembrie 2015.
- 36 Cele două instanțe de trimitere au precizat că, în consecință, nu mai puteau aplica aceste dispoziții, fapt confirmat în ședință de guvernul român. Cu toate acestea, ele au indicat în mod expres că își mențin întrebările preliminare, întrucât celelalte dispoziții ale reglementării române în discuție în litigiul principal sunt în continuare aplicabile.
- 37 În aceste condiții, cu precizarea că le revine exclusiv instanțelor de trimitere sarcina de a deduce consecințele Deciziilor Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 și nr. 750 din 4 noiembrie 2015 în cadrul soluționării litigiilor cu care sunt sesizate, trebuie să se considere că cererile de decizie preliminară vizează numai dispozițiile reglementării române referitoare la garanția de bună conduită considerate conforme cu Constituția României.
- 38 Prin urmare, prin intermediul întrebării formulate, instanțele de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 89/665 și articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 92/13, citite în lumina articolului 47 din cartă, trebuie să fie interpretate în sensul că se opun unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiile principale, care condiționează admisibilitatea oricărei căi de atac împotriva unui act al autorității contractante de obligația reclamantului de a constitui garanția de bună conduită pe care o prevede în beneficiul autorității contractante, cu precizarea că această garanție trebuie să îi fie restituită reclamantului indiferent de soluția pronunțată în calea de atac.
- 39 În această privință, trebuie amintit că articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 și articolul 1 alineatul (1) din Directiva 92/13 impun statelor membre obligația de a adopta măsurile necesare pentru a garanta că deciziile luate de autoritățile contractante în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice circumscrise domeniului de aplicare al Directivelor 2004/17 și 2004/18 pot face obiectul unor căi de atac eficiente și în special cât se poate de rapide, pentru motivul nerespectării prin aceste decizii a dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acestuia.

- 40 Atât articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, cât și articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevăd, în plus, obligația statelor membre de a asigura accesul la căile de atac cel puțin 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, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens.
- 41 Aceste dispoziții, care sunt destinate să protejeze operatorii economici împotriva arbitrarului autorității contractante, urmăresc astfel să asigure existența în toate statele membre a unor căi de atac eficiente pentru garantarea aplicării efective a normelor Uniunii în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, în special într-un stadiu în care încălcările încă pot fi corectate (a se vedea în acest sens Hotărârea din 12 decembrie 2002, *Universale-Bau și alții*, C-470/99, EU:C:2002:746, punctul 71, Hotărârea din 11 septembrie 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, punctul 34, precum și Hotărârea din 12 martie 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 50).
- 42 Cu toate acestea, nici Directiva 89/665, nici Directiva 92/13 nu conțin dispoziții care să reglementeze în mod specific condițiile în care aceste căi de atac pot fi exercitate. Astfel, Curtea a statuat deja că Directiva 89/665 nu stabilește decât condițiile minimale care trebuie să fie îndeplinite de procedurile privind căile de atac reglementate în ordinele juridice naționale în scopul de a garanta respectarea prevederilor din dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice (a se vedea printre altele Hotărârea din 27 februarie 2003, *Santex* C-327/00, EU:C:2003:109, punctul 47, Hotărârea din 19 iunie 2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, punctul 45, precum și Hotărârea din 30 septembrie 2010, *Strabag și alții*, C-314/09, EU:C:2010:567, punctul 33).
- 43 Reiese însă dintr-o jurisprudență constantă că modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de dreptul Uniunii candidaților și ofertanților lezați de decizii ale autorităților contractante nu pot să aducă atingere efectului util al Directivelor 89/665 și 92/13, al căror obiectiv este de a garanta că deciziile nelegale ale autorităților contractante pot face obiectul unor căi de atac eficiente și cât se poate de rapide (a se vedea printre altele Hotărârea din 12 decembrie 2002, *Universale-Bau și alții*, C-470/99, EU:C:2002:746, punctul 72, Hotărârea din 27 februarie 2003, *Santex* C-327/00, EU:C:2003:109, punctul 51, Hotărârea din 3 martie 2005, *Fabricom*, C-21/03 și C-34/03, EU:C:2005:127, punctul 42, Ordonanța din 4 octombrie 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, punctul 29, Hotărârea din 12 martie 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 40, precum și Hotărârea din 6 octombrie 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 47).
- 44 Trebuie, în special, să se garanteze că nu se aduce atingere nici eficienței Directivelor 89/665 și 92/13 (a se vedea Hotărârea din 18 iunie 2002, *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, punctele 58 și 59, precum și Hotărârea din 11 decembrie 2014, *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, punctul 40), nici drepturilor conferite particularilor de dreptul Uniunii [Hotărârea din 12 decembrie 2002, *Universale-Bau și alții*, C-470/99, EU:C:2002:746, punctul 72, și Hotărârea din 28 ianuarie 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, punctul 49].
- 45 În plus, trebuie amintit că, după cum reiese din considerentul (36) al acesteia, Directiva 2007/66 și, prin urmare, Directiva 89/665, precum și Directiva 92/13, pe care le-a modificat și le-a completat, urmăresc să asigure respectarea deplină a dreptului la o cale de atac efectivă și de acces la o instanță judecătorească imparțială, în conformitate cu articolul 47 primul și al doilea paragraf din cartă.
- 46 În consecință, atunci când definesc modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de Directivele 89/665 și 92/13 candidaților și ofertanților lezați de decizii ale autorităților contractante, statele membre trebuie să garanteze respectarea dreptului la o cale de atac efectivă și de acces la o instanță judecătorească imparțială, consacrat la articolul 47 din cartă.

- 47 În speță, articolul 271<sup>1</sup> alineatele (1)-(5) din OUG nr. 34/2006 îi impune oricărei persoane care participă la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice și care înțelege să conteste o decizie a autorității contractante fie la CNSC, fie direct la o instanță judecătorească obligația de a constitui o garanție de bună conduită ca o condiție de admisibilitate a oricărei căi de atac. Această garanție, al cărei quantum reprezintă 1 % din valoarea estimată a contractului de achiziții publice în cauză, plafonat la 25 000 de euro în cazul contractelor de achiziții publice de bunuri și de servicii și la 100 000 de euro în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, trebuie să fie constituită în beneficiul autorității contractante fie prin virament bancar, fie prin intermediul unui instrument de garantare emis de o societate bancară ori de o societate de asigurări, pentru o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile.
- 48 Această garanție trebuie să fie însă restituită, în cazul în care este admisă calea de atac, în cel mult cinci zile de la momentul rămânerii definitive a deciziei/hotărârii, în conformitate cu articolul 271<sup>2</sup> alineatele (4) și (5) din OUG nr. 34/2006, dar și în cazul în care calea de atac este respinsă sau se renunță la aceasta, reținerea garanției de către autoritatea contractantă fiind din acel moment lipsită de temei juridic, având în vedere Deciziile Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 și nr. 750 din 4 noiembrie 2015.
- 49 După cum a arătat avocatul general la punctul 37 din concluzii, garanția de bună conduită drept condiție prealabilă pentru examinarea oricărei căi de atac constituie, așadar, o restrângere a dreptului la o cale de atac efectivă în fața unei instanțe judecătorești în sensul articolului 47 din cartă, care, în conformitate cu articolul 52 alineatul (1) din cartă, nu este justificată decât dacă este prevăzută de lege, dacă respectă substanța acestui drept și dacă, cu respectarea principiului proporționalității, este necesară și răspunde efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniunea Europeană sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți (a se vedea Hotărârea din 4 mai 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, punctul 160).
- 50 Este necesar să se constate că, în cauzele principale, temeiul legal al garanției de bună conduită este stabilit în mod clar și precis de OUG nr. 34/2006, astfel încât aceasta trebuie să fie considerată ca fiind prevăzută de legislația națională (a se vedea Hotărârea din 27 mai 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, punctul 47, și Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 81). Pe de altă parte, împrejurarea că garanția de bună conduită ar putea atinge un quantum substanțial, de 25 000 de euro sau de 100 000 de euro, nu poate conduce la concluzia că obligația de a constitui o astfel de garanție aduce atingere substanței dreptului la o cale de atac efectivă, din moment ce, în orice caz, această garanție nu poate fi reținută de autoritatea contractantă, indiferent de soluția care ar fi pronunțată în calea de atac.
- 51 Cu toate acestea, mai trebuie să se verifice dacă garanția de bună conduită răspunde unui obiectiv de interes general și, în caz afirmativ, dacă respectă principiul proporționalității în sensul articolului 52 alineatul (1) din cartă.
- 52 Articolul 271<sup>1</sup> alineatul (1) din OUG nr. 34/2006 precizează că obiectivul garanției de bună conduită este de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător. Guvernul român a arătat în observațiile scrise, precum și în cursul ședinței că garanția de bună conduită are ca principal obiectiv fluidizarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, prevenindu-se exercitarea abuzivă a căilor de atac și orice întârziere în încheierea contractului.
- 53 În această privință, trebuie să se constate că combaterea exercitării abuzive a căilor de atac constituie, după cum a arătat avocatul general la punctul 44 din concluzii, un obiectiv legitim care contribuie nu numai la realizarea obiectivelor urmărite prin Directivele 89/665 și 92/13, ci și, la o scară mai largă, la o bună administrare a justiției.

- 54 Astfel, o cerință financiară precum garanția de bună conduită în discuție în litigiile principale constituie o măsură de natură să descurajeze contestațiile abuzive și să garanteze pentru toți justițiabilii, în interesul unei bune administrări a justiției, soluționarea căilor lor de atac în termene cât se poate de scurte, în conformitate cu articolul 47 primul și al doilea paragraf din cartă.
- 55 Cu toate acestea, chiar dacă interesele unei bune administrări a justiției pot justifica impunerea unei restricții financiare accesului unei persoane la o cale de atac, această restricție trebuie totuși să păstreze un raport de proporționalitate rezonabil între mijloacele folosite și scopul urmărit (a se vedea în acest sens Hotărârea din 22 decembrie 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punctele 47 și 60).
- 56 În acest sens, trebuie arătat că, deși obligația de a constitui garanția de bună conduită reprezintă o măsură mai puțin disuasivă în versiunea actuală decât în versiunea inițială, din moment ce ea nu mai poate fi reținută de autoritatea contractantă în mod automat și necondiționat în cazul respingerii căii de atac sau al renunțării la aceasta, obligația menționată este în continuare aptă să realizeze obiectivul de combatere a căilor de atac abuzive urmărit de reglementarea română.
- 57 Astfel, în primul rând, constituirea garanției de bună conduită reprezintă, după cum a arătat avocatul general la punctul 55 din concluzii, o povară financiară pentru reclamant, indiferent dacă acesta efectuează un virament bancar sau constituie o garanție bancară.
- 58 Quantumul garanției de bună conduită este stabilit sub forma unui procent din prețul contractului de achiziții publice în cauză, putând atinge 25 000 de euro în cazul contractelor de achiziții publice de bunuri și de servicii și 100 000 de euro în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări.
- 59 Or, mobilizarea unei sume atât de importante prin virament bancar, ca și necesitatea de a îndeplini demersurile cerute în vederea constituirii unei garanții bancare și de a plăti cheltuielile aferente acestei constituirii sunt de natură să determine reclamantul să manifeste o anumită prudență în introducerea căii lor de atac. Pe de altă parte, din moment ce implică resursele sau cel puțin posibilitățile de creditare ale reclamantilor până la momentul eliberării sale, garanția de bună conduită este de natură să îi determine să dea dovadă de diligență în cadrul procedurilor pe care le inițiază, în conformitate cu cerința privind celeritatea căilor de atac prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 și la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 92/13. Astfel, după cum a arătat guvernul român în ședință, nu poate fi exclus ca o asemenea cerință financiară să determine potențialii reclamanti să își evalueze în mod serios interesul de a iniția o procedură judiciară și șansa de a obține câștig de cauză și, prin urmare, îi descurajează să introducă cereri care sunt în mod vădit nefondate sau prin care nu se urmărește decât întârzierea procedurii de atribuire a unui contract (a se vedea prin analogie Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 73).
- 60 În al doilea rând, întrucât, în temeiul Deciziilor Curții Constituționale nr. 5 din 15 ianuarie 2015 și nr. 750 din 4 noiembrie 2015, reținerea automată și necondiționată a garanției de bună conduită de către autoritatea contractantă și plata acesteia la prima cerere nu mai sunt posibile, nu se poate considera că simpla obligație de a constitui această garanție drept condiție de admisibilitate a oricărei căi de atac depășește ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivului de combatere a căilor de atac abuzive pe care intenționează să îl urmărească.
- 61 Astfel, garanția de bună conduită, reprezentând 1 % din valoarea contractului de achiziții publice, plafonată în funcție de natura contractului, rămâne modestă (a se vedea Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 58), în special pentru ofertanții care trebuie în mod normal să justifice o anumită capacitate financiară. În continuare și în orice caz, această garanție poate fi constituită sub forma unei garanții bancare. În cele din urmă, ea nu trebuie să fie constituită decât pentru perioada cuprinsă între introducerea acțiunii și soluționarea definitivă a acesteia.

- 62 În sfârșit, în răspunsul la cererea de lămuriri care i-a fost adresată de Curte, Curtea de Apel București a invitat Curtea să răspundă la întrebarea sa ținând seama de cumularea garanției de bună conduită cu garanția de participare pe care ofertantul trebuie de asemenea să o constituie, potrivit articolului 43<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006. Cu toate acestea, ea nu a prezentat nicio precizare în acest sens, nici cu privire la regimul actual al garanției de participare, nici cel puțin cu privire la articularea acesteia cu garanția de bună conduită. În aceste condiții, Curtea nu este în măsură să își exprime poziția cu privire la acest aspect.
- 63 Având în vedere considerațiile care precedă, este necesar să se răspundă la întrebările adresate că articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 89/665 și articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 92/13, citite în lumina articolului 47 din cartă, trebuie să fie interpretate în sensul că nu se opun unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiile principale, care condiționează admisibilitatea oricărei căi de atac împotriva unui act al autorității contractante de obligația reclamantului de a constitui garanția de bună conduită pe care o prevede în beneficiul autorității contractante, din moment ce această garanție trebuie să îi fie restituită reclamantului indiferent de soluția pronunțată în calea de atac.

### **Cu privire la cheltuielile de judecată**

- 64 Întrucât, în privința părților din litigiile principale, procedurile au caracterul unor incidente survenite la instanțele de trimitere, este de competența acestora să se pronunțe cu privire la cheltuielile de judecată. Cheltuielile efectuate pentru a prezenta observații Curții, altele decât cele ale părților menționate, nu pot face obiectul unei rambursări.

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

**Articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, și articolul 1 alineatele (1)-(3) din Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie să fie interpretate în sensul că nu se opun unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiile principale, care condiționează admisibilitatea oricărei căi de atac împotriva unui act al autorității contractante de obligația reclamantului de a constitui garanția de bună conduită pe care o prevede în beneficiul autorității contractante, din moment ce această garanție trebuie să îi fie restituită reclamantului indiferent de soluția pronunțată în calea de atac.**

Semnături