

GUEST WRITER Popovici Nițu Stoica & Asociații | Concurența. Achizițiile publice

Parteneri Profit.ro scris vineri, 20:02

32-41 minutes

Autori: Mihaela Ion, Partner; Ramona Pentilescu, Managing Associate; Vanessa Nistor, Senior Associate; Diana Dobra, Associate

O temă mereu actuală, indiferent pe ce punem accentul: indiferent că vorbim de „*Concurența și achizițiile publice*” (cu accent pe **concurență**) sau de „*Achizițiile publice și concurența*” (cu accent pe **achizițiile publice**) – aceste două domenii sunt strict interconectate.

Din ce în ce mai mult auzim și vom auzi de „**cei/cele 3 sau chiar cei/cele 4**” Consiliul Concurenței (**CC**), Agenția Națională pentru Achiziții Publice (**ANAP**), autoritățile contractante (și chiar și autoritățile penale – dar despre acestea vorbim în altă ediție).

În anul 2017, vorbeam despre intersecția între cele două domenii – **concurența și achizițiile publice** din ambele perspective:

- În ce privește **Concurența și achizițiile publice**
Consiliul prin Ghidurile emise (e.g. *Ghidul privind detectarea și descurajarea practicilor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziție publică, Ghid privind respectarea regulilor de concurență în situația participării sub formă de asociere la o procedură de achiziție publică, Bunele practici cu privire la activitatea de petiționare colectivă, Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență*) a încercat să facă puțină lumină cu privire la ce înseamnă trucare de licitații, indiciile care pot reprezenta pentru Consiliul Concurenței teme pentru investigare și ulterior sancționare și condițiile în care mai multe societăți pot participa în asociere în cadrul licitațiilor sau formula petiții/acțiuni comune de petiționare. Deciziile emise până acum de către Consiliul Concurenței ajută și ele cel puțin pentru a înțelege **ce nu trebuie să facem asta cu atât mai mult cu cât este dezvoltată o aplicație pentru screening-ul licitațiilor trunchiate**.
Mai multe detalii [aici](#).
- În ce privește **Achizițiile publice** și Concurența, puneam în discuție 3 teme importante: (a) problema riscului de excludere a agenților economici sancționați pentru abateri de concurență grave din cadrul procedurilor de achiziție publică, (b) perioada în care poate fi aplicată această măsură de excludere și momentul de la care începe să curgă, (c) care sunt măsurile de reabilitare în baza cărora un agent economic sancționat pentru abateri grave de concurență poate totuși participa la procedurile de achiziție publică

(măsurile de self-cleaning).

Mai multe detalii [aici](#).

lăță că a venit și anul 2020, mai precis data de 26.08.2020 în care temele dezbătute în anul 2017 redevin actuale.

În data de 26 august 2020, Consiliului Concurenței ("CC") și Agenția Națională pentru Achiziții Publice ("ANAP") au emis Opinia Comună¹ referitoare la modalitățile prin care o companie care se află într-un caz de excludere din procedurile de achiziție publică poate să se reabiliteze ("Opinia Comună" sau „Opinia”).

Cel puțin la nivel de principiu, Opinia Comuna poate fi apreciată ca o **măsură oportună/utilă** reținând că prin emiterea unor **recomandări/orientări**, autoritățile contractante pot evalua mult mai bine, de la caz la caz și cu aplicarea principiului proporționalității, măsurile de reabilitare a agenților economici ce se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Am subliniat **măsură utilă/oportună** dacă în fapt sunt îndeplinite și următoarele condiții:

1. să se înțeleagă natura acestei opinii: **recomandare/orientare și nu standard obligatoriu de urmat pentru autoritățile contractante;**
2. **autoritățile contractante** să înțeleagă că **sunt în continuare singurele în măsură să evalueze și să se pronunțe asupra măsurilor de reabilitare la momentul evaluării fiecărei cereri** formulate în baza art. 171 în funcție de specificul fiecărei cauze și de datele existente la momentul evaluării cererii;
3. **autoritățile contractante** să înțeleagă că **nu sunt limitate la măsurile de reabilitare listate în Opinie și enumerate în Blacklist**- aceasta pentru că prevederile legale recunosc și alte măsuri de reabilitare ce pot fi invocate de către agenții economici; Opinia și așa numita Blacklist – includ măsurile implementate de agenții economici doar până la momentul emiterii deciziei de sancționare și doar raportat la instrumentele la care pot apela agenții economici în cadrul investigațiilor derulate de Consiliul Concurenței. În mod evident agenții economici pot recurge și **ulterior deciziei de sancționare** la implementarea unor măsuri de reabilitare specifice ce nu țin de instrumentele la care pot apela în cadrul unei investigații derulate de Consiliul Concurenței.

Pe scurt

Context:

Potrivit legislației în domeniul achizițiilor publice și sectoriale, o autoritate contractantă are obligația de a exclude din procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru un operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, precum încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Chiar dacă acesta reprezintă un caz de excludere obligatoriu, **legea oferă posibilitatea ofertantului să furnizeze dovezi autorității contractante care să arate că a luat măsuri pentru a-și demonstra credibilitatea/fiabilitatea – în alte**

cuvinte, că ”s-a reabilitat”.

Tipul de dovezi pe care un operator economic poate să le prezinte autorității contractante sunt expres menționate atât la nivelul legislației naționale, cât și la nivelul legislației europene.

Efectul măsurilor de reabilitare: în măsura în care sunt considerate suficiente de autoritatea contractantă, oferă posibilitatea ofertantului de a participa la procedura de atribuire (chiar dacă este afectat de un caz de excludere).

Aspecte relevante:

Potrivit preambulului Opiniei Comune, această își propune să clarifice modalitatea prin care un operator economic își poate demonstra credibilitatea în cazul în care este afectat de un caz de excludere ca urmare a săvârșirii unei abateri profesionale grave, constând în încălcarea reglementărilor din domeniul concurenței, **prin participarea la o faptă anticoncurențială de tip cartel care vizează trucarea de licitații.**

Mai mult, CC (*”în calitate de autoritate care efectuează investigația”*) **enumeră care sunt în principiu măsurile/dovezile pe care un operator economic le poate furniza pentru a-și demonstra credibilitatea.**

CC a publicat pe pagina sa de internet și o lista cu denumirea operatorilor economici care au fost implicați în investigații care au privit fapte de tip cartel de trucare de licitații, deciziile de sancționare, precum și mențiuni cu privire la modalitatea de cooperare cu autoritatea, respectiv prin aplicarea politicii de clemență sau de recunoaștere pentru fiecare operator economic. Relevant este și că aceasta listă este intitulată de CC **”Blacklist”**.

Impact/Interpretări potențiale:

Ca urmare a Opiniei Comune, există riscul (i) ca autoritățile contractante să interpreteze că doar măsurile de reabilitare menționate în Opinie sunt cele ce pot fi aplicate de aceasta la momentul evaluării măsurilor de reabilitare (ii) să limiteze sau cel puțin să influențeze dreptul discreționar recunoscut de legislația europeană și națională autorității contractante (și doar acesteia) de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.²

Ca urmare a Blacklist, există riscul ca autoritățile contractante să interpreteze că doar măsurile specifice de reabilitare listate în cuprinsul acesteia per agent economic sunt cele ce pot fi aplicate și să le aplice ca un standard fără să recurgă la propriile aprecieri.

Exista totodată riscul ca prin păstrarea în listă a agenților economici pentru care au fost emise decizii de sancționare cu mai mult de 3 ani înainte de data publicării Blacklist și în privința cărora, potrivit dispozițiilor Legii 98/2016³ și practicii CJUE, nu mai poate fi aplicată instituția excluderii și/sau a reabilitării (prin trecerea termenului de maxim 3 ani în care poate fi dispusă măsura excluderii), asemenea operatori economici să fie excluși **fără temei legal** din cadrul procedurilor de achiziții publice.

Natura Opiniei...

Pentru calificarea acestora, sunt utile chiar anunțurile publicate de către cele două autorități în legătură cu emiterea Opiniei acestea fiind relevante pentru interpretarea scopului urmărit de fiecare dintre cele două instituții la emiterea acestora.

Astfel, potrivit anunțului publicat pe site-ul ANAP,⁴ Opinia oferă **orientări** autorităților contractante,⁵ potrivit anunțului publicat pe site-ul CC,⁶ Opinia Comună **clarifică** modalitățile prin care o companie, care a fost sancționată pentru participarea la o înțelegere de tip cartel, vizând trucarea de licitații, poate fi reabilitată dacă se află în situația de a fi exclusă de la o procedură de atribuire, enumerând chiar pe scurt dovezile/măsurile considerate de către CC ca fiind relevante pentru ca un operator economic să își demonstreze fiabilitatea/credibilitatea.

Menționăm, încă de la început, că atât cele două anunțuri, cât și Opinia Comună reiterează (cel puțin declarativ) că **autoritățile contractante au libertatea de a evalua măsurile luate de operatorii economici și dovezile în susținerea acestora**, ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere, în funcție de particularitățile situației care face obiectul analize.

Pe scurt despre efectele potențiale ale Opiniei...

Potrivit HG nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea ANAP, ANAP îndeplinește, printre altele, și funcții de (a) de reglementare (prin care se asigură elaborarea, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice) și (b) de asigurare a suportului operațional pentru autoritățile contractante, prin implementarea unor instrumente dedicate în vederea diseminării, inclusiv prin mijloace informatice a bunelor practici aferente derulării procesului de achiziție publică (a se vedea și Ordinul ANAP nr. 121/ 2017 privind acordarea de consiliere metodologică).

În realizarea acestor funcții, ANAP elaborează și asigură funcționarea mecanismelor de cooperare interinstituțională între actorii cu atribuții în domeniul achizițiilor publice, în vederea emiterii interpretărilor oficiale cu privire la aplicarea unitară, în practică, a prevederilor legislative în acest domeniu și elaborează documente standard, formulare și modele-cadru, ghiduri, manuale și alte **instrumente operaționale cu rol de suport în aplicarea corectă și unitară a legislației în domeniul achizițiilor publice** și asigură diseminarea acestora.

Deși înțelegem că Opinia Comună nu are forță obligatorie și nu reprezintă o interpretare legală a legislației privind achizițiile publice, este de necontestat că aceasta va avea un impact semnificativ în procesul de evaluare, majoritatea autorităților și entităților contractante aplicând de cele mai multe ori direct recomandările ANAP și CC, fără a efectua o analiză de la caz la caz.

Prin urmare, **efectul practic al Opiniei Comune se impune a fi evaluat ca fiind semnificativ cu potențial negativ în cazul în care va fi preluat ca un standard de către autoritățile contractante.**

Dovezi privind reabilitarea

Trecând la o analiză mai aplicată, arătăm că potrivit art. 171 alin.

(1) din Legea nr. 98/2016,⁷ orice operator economic aflat într-o situație de excludere poate furniza dovezi care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea.

Potrivit alin. (3), *"Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite."*

Comparativ, potrivit Opiniei Comune, *"pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere de la procedura de atribuire, operatorul economic poate furniza autorității/entității contractante, în principiu, decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, prin care se constată aplicarea unui regim sancționator mai favorabil operatorului economic, respectiv ca urmare a aplicării politicii de clementă și/sau a procedurii de recunoaștere a faptei anticoncurențiale, instrumente aflate la dispoziția Consiliului Concurenței, care presupun cooperarea efectivă a operatorilor economici cu autoritatea de concurență. De asemenea, operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor."*

Rezultă astfel că, Opinia Comună, este susceptibilă de 3 potențiale interpretări:

1. fie să exprime un punct de vedere comun în sensul **limitării**, pentru cazul de excludere din procedură analizat, a tipului de dovezi pe care, potrivit legii, un operator economic le poate arăta autorității contractante pentru demonstrarea fiabilității sale.

Chiar dacă în Opinia Comună se menționează că autoritatea contractantă are libertatea de a evalua măsurile luate și dovezile în susținerea acestora, considerăm că aceste mențiuni nu elimină riscul interpretării că prin emiterea Opiniei Comune s-ar restrânge tipul de dovezi pe care un operator economic le poate arăta pentru a-și demonstra fiabilitatea/credibilitatea. În această interpretare, ANAP și CC ar influența, cel puțin indirect, dreptul discreționar de apreciere al autorității contractante asupra fiabilității operatorilor economici asupra cărora este incident un caz de excludere din procedura de atribuire.

În acest sens, arătăm că prin considerentele cuprinse în Hotărârea pronunțată în cauza C-41/18, CJUE a statuat că "[...] *dacă o autoritate contractantă ar trebui să fie în mod automat ținută de o apreciere făcută de un terț, i-ar putea fi dificil să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității în momentul aplicării cauzelor de excludere facultative.*

Or, potrivit considerentului (101) din Directiva 2014/24, acest principiu implică în special ca, înainte de a decide excluderea unui operator economic, o astfel de autoritate să ia în considerare caracterul minor al neregulilor săvârșite sau repetarea unor nereguli minore".⁸ În plus, în aceeași hotărâre Curtea a stabilit că "**legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice**".⁹

Or, prin raportare la modul de aplicare și interpretare ulterioară a Opiniei comune, în măsură în care aceasta va fi invocată și aplicată de către autoritățile contractante ca un standard obligatoriu, există riscul să se rețină că ANAP și CC, indirect prin Opinia comună impun autorităților contractante "*o apreciere făcută de un terț*", limitând aplicarea de către aceasta a principiului proporționalității referit mai sus.

2. **fie să acorde o mai mare importanță/relevanță dovezilor și măsurilor prevăzute expres în Opinia Comună.**

Riscul *de facto* este ca prin prisma importanței emitenților Opiniei (CC și ANPC) o astfel de "*orientare*" să creeze premisele ca, în practică, alte măsuri luate de către un operator economic, precum asumarea obligației de a achita eventuale despăgubiri sau plata acestora, fără însă a recunoaște fapta sau a beneficia de politica de clemență a CC, să nu fie analizate în categoria măsurilor considerate suficient de importante pentru ca un operator economic să își demonstreze credibilitatea/fiabilitatea. Or, o astfel de interpretare, pe de o parte încalcă grav prevederile art. 57 din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice iar, pe de altă parte, aduce atingere dreptului la apărare consacrat la nivel constituțional și recunoscut inclusiv în jurisprudența Curtea de Justiție a Uniunii

Europene ("CJUE").

Cu titlu exemplificativ arătăm că prin Hotărârea pronunțată în cauza T-151/16, CJUE a statuat că:

*"[...] În această privință, trebuie precizat că argumentul invocat în memoriul în apărare al Comisiei, conform căruia **nerecunoașterea** de către reclamantă, în timpul procedurii în contradictoriu, a caracterului intenționat din partea sa al organizării unor proceduri concurențiale fictive evidențiate în raportul OLAF **arata că nu exista fiabilitate în privința sa, nu poate fi acceptat. Astfel, un operator economic care face obiectul unei proceduri de sancționare are întotdeauna dreptul de a se apăra împotriva motivelor invocate împotriva sa, iar exercitarea acestui drept nu aduce atingere aprecierii fiabilității sale ulterior faptelor care îi sunt imputate, având în vedere măsurile de remediere pe care le-a putut adopta.**"*

3. fie doar să listeze care sunt măsurile care ar fi putea fi luate în calcul de autoritățile contractante raportat la instrumentele la care au recurs agenții economici în cadrul procedurilor derulate în fața Consiliului Concurenței până la momentul emiterii deciziei de sancționare, fără a limita însă:
- dreptul autorităților contractante de a reține și alte măsuri de reabilitare la momentul evaluării cererilor de reabilitare; și
 - dreptul agenților economici ca, din perspectivă cronologică, să implementeze măsurile de reabilitare reglementate de legislația achizițiilor publice atât pe parcursul investigației în fața CC cât și ulterior emiterii deciziei de sancționare.

Dintre cele 3 interpretări potențiale o reținem ca fiind cea mai apropiată de sensul urmărit de legiuitorul european și național pe cea de la punctul (iii). Reținem astfel că dovezile și măsurile menționate expres de către ANAP și CC în Opinia Comună se concentrează pe cazurile în care operatorul economic a recunoscut fapta anticoncurențială, a beneficiat de o politică de clemență sau a implementat un program de conformare – toate aceste măsuri fiind facultative potrivit legislației concurenței. Reținem totodată și că Opinia nu poate fi calificată ca fiind obligatorie pentru autoritățile contractante și că acestea din urmă pot evalua toate măsurile de reabilitare luate de un operator economic, potrivit legii, fără să instituie un top al măsurilor importante sau mai puțin importante.

Blacklist-ul? Ce este oare/cum este la alții, dar la noi?

Cum este în alte jurisdicții¹¹

- **Uniunea Europeană¹²**

La nivel Uniunii Europene a fost întocmită o listă a operatorilor economici excluși din procedurile de achiziție publică de la nivelul UE (i.e., contracte finanțate din bugetul UE ca urmare a sancționării pentru abateri profesionale grave, fapte penale sau deficiențe semnificative în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor.

Operatorii economici sunt incluși în această listă strict pe perioada excluderii. Lista include informații cu privire la motivul excluderii și

durata excluderii.

Procedură: Conform Comisiei Europene, decizia de a include un operator economic într-o astfel de listă are în vedere respectarea principiului proporționalității (gravitatea situației, timpul care a trecut de la fapta relevantă, durata & recurența faptei, intenția sau gradul de neglijență).

- **Germania**

În Germania există așa-numitul registru ca baza de date națională care include operatorii economici care au fost sancționați pentru diverse fapte (e.g., corupție, evaziune fiscală etc.). Specific, în cazul operatorilor economici implicați în carteluri aceștia vor fi incluși în listă dacă au fost sancționați de către autoritatea de concurență. Registrul de concurență este gestionat de către autoritatea de concurență din Germania.

Scopul acestui registru este să permită autorităților contractante să verifice dacă o anumită societate ar trebui să fie exclusă de la procedura de achiziție publică sau nu. În fapt, autoritățile contractante au **obligația legală de a verifica** acest registru înainte de a atribui un contract de cel puțin 30.000 EUR către o anumită companie. Totuși, autoritatea contractantă are **dreptul de a decide** dacă exclude un operator economic înscris în acest registru din procedura de achiziție. Totodată, autoritatea contractantă poate solicita informații suplimentare de la autoritățile de aplicare a legii sau de la autoritățile desemnate să urmărească penal infracțiunile administrative, în măsura în care consideră că acest lucru este necesar pentru decizia de atribuire.

Registrul **nu este accesibil publicului larg, ci doar autorităților contractante care trebuie să se înregistreze conform unei procedurii specifice.**

Legat de durata includerii operatorilor economici în listă depinde de fapta de care se fac vinovați și variază între 3 și 5 ani. Pentru a scurta această perioadă operatorii economici pot aduce dovezi cu privire la reabilitarea acestora (self-cleaning). Dacă măsurile sunt considerate suficiente de către autoritatea de concurență, societatea va fi eliminată din registru.

Procedură: Din perspectiva procedurii, înainte de a fi incluse în registru, companiile sunt informate asupra acestui aspect și li se dă posibilitatea să-și prezinte punctul de vedere. Înregistrarea nu va avea loc dacă societatea poate proba că datele în baza cărora aceasta urmează să se realizeze sunt incorecte. În orice caz, decizia autorității de a include o societatea în acest registru poate fi atacată în instanță. La acest moment, din informațiile publice verificate, registrul nu este încă funcțional.

- **Ungaria**

Tip-black list și scop: În Ungaria există un blacklist care include operatori economici cărora le-a fost interzisă participarea la proceduri de achiziție publică în urma unei decizii emise de autoritatea națională pentru achiziții publice sau de instanță.

Procedură: Decizia luată de autoritatea națională pentru achizițiile publice de a include un operator economic într-o astfel de blacklist

poate fi atacată în instanță.

- **Malta**

Tip-black list și scop: Blacklist-ul existent în Malta include toți operatorii economici cărora le este interzis pe o anumită perioadă să participe la proceduri de achiziție publică. Blacklist-ul nu include doar operatorii economici care au încălcat legislația concurenței, ci cu titlu general cei care nu au respectat regulile aplicabile în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Procedură: Procedura de includere a operatorilor economici în blacklist-ul oficial presupune existența unei decizii care poate fi ulterior atacată de către operatorul economic în cauză. Există 2 proceduri distincte în funcție de autoritatea care ia decizia de excludere.

Includerea în Blacklist presupune și specificarea perioadei în care funcționează interdicția de a participa la proceduri de achiziție publică. În anumite cazuri specifice se poate pronunța și încetarea tuturor contractelor încheiate de către operatorul economic cu autorități publice.

Și la noi, care este scopul Blacklist-ului? Ce este oare?

Din cuprinsul Opiniei reținem că **așa numită "Blacklist" are exclusiv un scop de informare**, aceasta fiind publicată cu **scopul declarat de a veni în sprijinul autorităților/entităților contractante care fac evaluarea**.

În acest sens, Consiliul Concurenței și-a asumat publicarea pe pagina proprie de internet a **unei liste actualizate**, care va cuprinde denumirea operatorilor economici care au **fost părți implicate în investigații care au privit fapte de tip cartel de trucare de licitații, deciziile de sancționare**, precum și mențiuni cu privire la modalitatea de cooperare cu autoritatea, respectiv prin aplicarea **politicii de clemență** sau de recunoaștere pentru fiecare operator economic.

Din păcate, în ciuda scopului sau declarat de informare și sprijin acordat **autorităților/entităților contractante care fac evaluarea** și care ar indicat de fapt ideea doar a unui centralizator în scop de informare al celor sancționați de către CC pentru fapte de cartel de trucare a licitațiilor există cel puțin următoarele 2 riscuri factuale:

1. **Riscul semnificativ, dacă nu chiar iminent, de confundare a acestei liste cu un veritabil Blacklist**, care are drept efect excluderea automată a operatorilor economici înscrși.

Asta deși cum am spus mai sus Blacklist include doar măsurile la care au recurs agenții economici în cadrul investigației Consiliului Concurenței până la momentul emiterii deciziei de sancționare.

În concret, dacă o autoritate contractantă observă că un operator economic este înscris pe lista publicată de CC și nu sunt consemnate, cu privire la acesta, fie în totalitate, fie parțial, măsurile de reabilitare evidențiate în aceasta listă, putem anticipa un procent mare de decizii de excludere din procedura de atribuire,

fără a fi analizate alte măsuri de remediere prevăzute expres de lege și care ar fi putut fi luate de respectivul operator economic.

Or, după cum am arătat mai sus, asemenea sisteme automate de excludere nu sunt compatibile cu actualul cadru legal european și național în materia achizițiilor publice, concesiunilor și achizițiilor sectoriale.

2. Este semnificativ și riscul luării unor măsuri disproporționate prin limitarea aprecierii doar la informațiile înscrise în această listă, fără a cunoaște criteriile concrete de elaborare a acesteia.

Astfel, nici în Opinia Comună, nici pe cele 2 site-uri, nu sunt precizate criteriile avute în vedere la elaborarea și actualizarea listei, fiind incerte cel puțin: condițiile în care măsurile adoptate de operatorii economici sancționați sunt consemnate sau actualizate, durata menținerii acestei liste (durata de incidență a cazului de excludere din procedură este de 3 ani; or, lista conține și decizii mai vechi de 3 ani); periodicitatea actualizării.

Toate aceste incertitudini creează premisele unor decizii întemeiate pe informații insuficiente și astfel, pe o situație de fapt și de drept eronată.

Dincolo de discuțiile privind legalitatea și riscurile potențiale ale unei astfel de Blacklist, pentru a stabili conținutul acestei Liste, *mai precis societățile ce pot fi incluse în această listă*, este esențială raportarea la prevederile art. 171 alin 5 lit b) din Legea 98/2018 ce transpun prevederile articolului 57 alin. 7 din Directiva 2014/24 (articol care a fost clarificat de către CJUE, în jurisprudența sa recentă).

Astfel, potrivit art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea 98/2016 în cazul în care operatorului economic **nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată** măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, **situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 din Legea 98/2016 nu se aplică:**

1. dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, **a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;**
2. dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, **a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.**

În ceea ce privește **momentul de care începe să curgă termenul de 3 ani referit la punctul (ii)** de mai sus **CJUE a statuat că, în cazul unei fapte ilicite din domeniul concurenței, acesta curge de la data emiterii deciziei de sancționare de către autoritatea de concurență** (*a se vedea C-124/17, par 41- 42 din Hotărârea Curții (Camera a patra) 24 octombrie 2018*).¹³

Și acum la sfârșit... Concluzii

Salutăm inițiativa ANAP și CC de a asigura un mediu echitabil pentru achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de

eficiență economică și socială, cu respectarea principiilor fundamentale care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, dar și dorința de a oferi anumite orientări, recomandări autorităților contractante în procesul de evaluare a măsurilor de reabilitare.

Totuși, pentru ca aceste orientări și recomandări să fie eficiente și aliniate principiilor atribuirii contractelor de achiziție publică, se impune analizarea următoarelor considerente:

1. calificarea expresă a naturii acestei opinii în sensul recomandării (*pe modelul disclaimer-ului introdus și de Comisia Europeană în orientările sale*) și a faptului că măsurile de reabilitate nu sunt limitate – întrucât limitarea (chiar și ca urmare a unei interpretări oficiale) măsurilor/dovezilor prevăzute la nivel de legislație primară pe care un operator economic le are la dispoziție pentru a-și demonstra credibilitatea printr-un act fără putere de lege este contrară dispozițiilor legale
2. precizarea expresă că Opinia Comună nu restrânge dovezile/măsurile prevăzute în lege, ci doar subliniază acele măsuri pe care CC le consideră ca fiind suficiente pentru ca un operator economic să-și demonstreze credibilitatea. În funcție de evoluțiile ulterioare, în măsura în care autoritățile contractante vor implementa blacklist-ul ca un standard automat atunci societățile pot invoca ca Opinia limitează prerogativa acordată (prin lege, recunoscută la nivel european și consacrată prin decizii ale CJUE) autorității contractante de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice sau nu, fiind evident că o autoritate contractantă va ține cont în principal de opinia avizată a CC exprimată în Opinia Comună (emisă în calitate de autoritate națională în domeniul concurenței), decât de propriile sale aprecieri;
3. clarificarea naturii așa numitei Blacklist:
 1. dacă nu s-a dorit introducerea unui Blacklist veritabil ci **doar elaborarea și publicarea unei liste informative având ca scop declarat sprijinirea autorităților contractante**, fără rol sancționator, ci mai degrabă cu un scop preventiv-educativ și informativ care să ajute autoritatea contractantă în special în ceea ce privește efectuarea unui cross-check raportat la declarațiile operatorului economic prezentate în DUAE atunci **acest scop trebuie în mod expres, clar și neechivoc precizat, iar denumirea "blacklist" ar trebui eliminată/adaptată astfel încât să elimine orice potențială confuzie cu un veritabil sistem de excludere automată**. Totodată fiind exclusiv în sprijinul autorităților contractante apare inutilă publicarea pe site-ul Consiliului Concurenței. Amintim aici că în Germania aceasta apare ca fiind accesibilă doar autorităților contractante.
 2. dacă se păstrează ideea de Blacklist și nu de centralizator al celor sancționați pentru fapte de cartel de trucare al licitațiilor se impune elaborarea unei metodologii care să stea la baza întocmirii acestei liste în care să fie descrise cel puțin:
 - procedura și criteriile de includere a agenților economici în listă;

- informarea prealabilă a agenților economici înainte de a fi trecuți în listă;
- frecvența actualizării listei;
- faptele care atrag includerea în listă;
- procedura de includere și eliminare din lista;
- modalitatea/cazurile în care un operator economic este eliminat din listă (i.e., urmare a trecerii a 3 ani de la data Deciziei CC; urmare a anulării definitive a Deciziei CC de către instanță; automat sau la cerere etc);
- durata excluderii;
- efectele propriu-zise derivate din înscrierea unui operator economic în listă, inclusiv ținând cont de efectele pe care le generează în cazul participării unui operator economic român înscris în listă la procedurii de atribuire în alte state membre UE.

1 - <http://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2020/08/Opinie-comuna-CC-ANAP.pdf>

2 - A se vedea și Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507.

3 - art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea 98/2016, în cazul în care operatorului economic **nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată** măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție

4 - <http://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-opinia-comuna-emisa-de-presedintele-anap-si-presedintele-consiliului-concurentei/>

5 - "[...] pentru a oferi autorităților/entităților contractante **orientări** prin care să-și documenteze raționamentul pentru deciziile adoptate în legătură cu o astfel de abatere care se sancționează cu excluderea din procedura de atribuire, Agenția Națională pentru Achiziții Publice împreună cu Consiliul Concurenței au emis o opinie comună care clarifică modalitățile prin care un operator economic, sancționat pentru participarea la o înțelegere de tip cartel vizând trucarea de licitații, poate fi reabilitat."

6 - <http://www.consiliulconcurentei.ro/opinie-comuna-consiliul-concurentei-si-agentia-nationala-pentru-achizitii-publice-anap/>

7 - Menționăm că aceste prevederi sunt similare cu cele cuprinse în art. 57 din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice.

8 - A se vedea Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza C-41/18, paragraful 33

9 - dem, paragraful 34

10 - A se vedea Hotărârea Tribunalului pronunțată în Cauza T-151/16, ECLI:EU:T:2017:437, paragraful 58

11 - <http://sigmaweb.org/publications/Selection-of-economic-operators-in-public-procurement-procedures-SIGMA-Paper-56-September-2018.pdf>;
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9122a121-9dd1-442f-bfe8-c7ba0148a2a6>;
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=76303f8b->

[8d2f-4074-9873-1863d85cb86f#:~:text=On%20March%2029%202017%20the,%2Dcalled%20'con](https://www.bundeskartellamt.de/EN/CompetitionRegister/CompReg_node.html)
https://www.bundeskartellamt.de/EN/CompetitionRegister/CompReg_node.html

12 - https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/how-it-works/annual-lifecycle/implementation/anti-fraud-measures/edes/database_ro

13 - *"Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective"*

Textul integral disponibil la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206983&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=920105>

Un material Legal Marketing

Informațiile publicate de Profit.ro pot fi preluate doar în limita a 500 de caractere și cu citarea în lead a sursei cu link activ. Orice abatere de la această regulă constituie o încălcare a Legii 8/1996 privind dreptul de autor.