

Suspendarea efectelor deciziilor Consiliului Concurenței în planul achizițiilor publice



O decizie a **Consiliului Concurenței de sancționare a unei societăți pentru „trucarea”¹ de licitații publice** (în continuare referirea la decizii ale Consiliului Concurenței va avea în vedere strict sancționarea acestui tip de fapta) produce efecte juridice în doua planuri, (i) patrimonial, manifestate prin aplicarea unei amenzi și (ii) în planul procedurilor de achiziții publice, efecte manifestate prin introducerea pe *Lista actualizata a operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații* și prin aplicarea unui „**statut special**” **negativ** oricarei societăți sancționate, statut negativ care atrage posibilitatea excluderii de la procedurile de licitație publica în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 prin raportare la art. 167 alin. (3) din aceeași Lege.

Pot aceste efecte în planul achizițiilor publice sa fie suspendate în conformitate cu procedura prevazuta de Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ? Raspunsul prin raportare la situația descrisa mai jos poate fi doar unul **afirmativ**: aceste efecte pot fi suspendate, cu îndeplinirea condițiilor prevazute de art. 14 / art. 15 din Legea nr. 554/2004 – cazul bine justificat și paguba iminenta.

Cu toate acestea, a fost exprimata o opinie în sensul ca nu s-ar putea dispune o asemenea suspendare deoarece efectele în planul achizițiilor publice sunt rezultatul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, iar nu a unei prevederi exprese din decizia Consiliului Concurenței. În concret, spune aceasta opinie, pentru ca suspendarea sa poata fi dispusa ar fi fost necesar ca efectele în planul achizițiilor publice sa fi fost menționate expres în decizia Consiliului Concurenței.

Existența acestor efecte în planul achizițiilor publice, anume excluderea în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, are cu titlu de **cauza necesara și directa** o decizie a Consiliului Concurenței, acest fapt fiind lesne de observat. Aceasta evidența reiese prin observarea faptului ca în lipsa unei asemenea decizii acest „statut special” negativ aplicat societății sancționate, care permite autoritaților contractante eliminarea în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, nu ar fi existat.

Autoritațile contractante nu aplica *ex lege* art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 atunci când elimina un operator economic, ci aplica acel temei legal raportat la decizia Consiliului Concurenței. Așadar, în aceasta ecuație schimbarea unei singure variabile, anume existența sau nu a deciziei Consiliului Concurenței, releva daca acea variabila este cea care cauzeaza efectele:

€€€€€€€€ •€€€€€€€€€ **Exista** decizia Consiliului Concurenței care sancționeaza operatorul pentru încălcari

de concurența de tip cartel ce vizează trucarea licitațiilor -> autoritatea contractantă poate aplica art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 -> autoritatea contractantă dispune excluderea operatorului economic;

€€€€€€€€ •€€€€€€€€€ **Nu există** decizia Consiliului Concurenței care sancționează operatorul pentru încălcări de concurența de tip cartel ce vizează trucarea licitațiilor -> autoritatea contractantă **nu poate** aplica art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 -> autoritatea contractantă **nu poate dispune** excluderea operatorului economic.

Așadar, prin modificarea acestei simple variabile, existența sau nu a deciziei Consiliului Concurenței, observăm că aceasta produce efecte în planul achizițiilor publice. Aceste efecte ar putea fi exprimate printr-un exemplu plastic sub forma „aplicării unei ștampile negative” asupra operatorului economic, ștampila care ulterior este observată de autoritatea contractantă și care îi deschide drumul către posibilitatea excluderii operatorului economic, drum care nu ar fi fost deschis în lipsa respectivei ștampile.

În plus față de evidența faptului că respectivele efecte ale deciziei Consiliului Concurenței sunt cele care atrag aplicarea art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care suspendarea efectelor în achizițiile publice ale deciziei Consiliului Concurenței va atrage imposibilitatea aplicării art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 de către autoritatea contractantă, mai sunt două motive relevante care confirmă legalitatea unei soluții de admitere a unei astfel de acțiuni în suspendare.

1. Similaritatea cu certificatele negative constatatoare

Există multe acte administrative care operează de aceeași natură în planul achizițiilor publice precum deciziile Consiliului Concurenței ce privesc trucarea unei licitații. „Sancțiunile” în planul achizițiilor publice nu sunt unele specific menționate în actul administrativ, ci prin emiterea respectivului act administrativ se creează o fundație juridică pentru aplicarea unei excluderi prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Cel mai relevant exemplu este cel al **certificatelor negative constatatoare** emise în cadrul executării contractelor de achiziție publică, în temeiul art. 166 din Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016.

La analiza oricărui tip de certificat negativ constatator se poate observa că **NU este prevăzut expres faptul că ulterior societatea față de care s-a emis acest certificat constatator negativ nu mai poate participa la licitații publice sau că va fi exclusă**. Cu toate acestea, ulterior, în cadrul unei licitații publice, societatea față de care s-a emis certificatul constatator negativ va fi eliminată în temeiul art. 166 din Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 coroborate cu art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 prin raportare la existența certificatului constatator negativ, iar nu exclusiv în baza certificatului constatator negativ.

Așadar, situația este aproape identică în raționament cu cea a deciziei Consiliului Concurenței, diferă doar litera din cadrul art. 167 din Legea nr. 98/2016 pe baza căreia autoritatea contractantă se va întemeia atunci când va dispune excluderea operatorului economic. Nu există vreo diferență a regimului juridic al certificatelor constatatoare negative și cel al deciziei consiliului concurenței în ceea ce privește efectele în planul achizițiilor publice raportat la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

- Ambele sunt acte administrative;
- Ambele sunt emise fără să specifice expres sancțiunea în planul achizițiilor publice în cadrul actului administrativ, anume că au ca efect aplicarea art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care atrage eliminarea din procedurile de achiziții publice;
- Ambele reprezintă fundamentul juridic pe baza căreia autoritățile aplică art. 167 din Legea nr. 98/2016;

- În ambele situații societățile excluse sunt eliminate în temeiul art. 167 din Legea nr. 98/2016, având ca fundament (i) într-un caz certificatul constatator negativ, (ii) în celalalt caz Decizia Consiliului Concurenței.

În cazul certificatului constatator negativ s-a reținut în numeroase rânduri, atât în doctrina, cât și în jurisprudența², ca este admisibilă o acțiune în suspendarea efectelor acestui act administrativ, având ca efect imposibilitatea aplicării de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016³.

Așadar, în cazul certificatului constatator negativ nu s-au pus astfel de probleme având în vedere ca acest efect este unicul efect pe care îl poartă. În cazul deciziilor Consiliului Concurenței, efectele fiind multiple (e.g. inclusiv aplicarea unei amenzi), există posibilitatea de a apărea o confuzie și a nu observa și efectele pe care decizia le are în planul achizițiilor publice.

2. Interzicerea accesului la justiție

Sa abordăm un exemplu *ad absurdum* – sa presupunem ca avem în față o decizie a Consiliului Concurenței vadii nelegala din absolut toate punctele de vedere, și de formă și de fond. Dacă s-ar accepta ca adevărat faptul ca o instanța de judecată nu ar putea dispune suspendarea, în condițiile Legii nr. 554/2004, a unei decizii a Consiliului Concurenței în ceea ce privește efectele în planul achizițiilor publice, **atunci societatea sancționată de Consiliul Concurenței nu ar avea niciun remediu pentru a evita producerea de pagube materiale însemnate pe tarâmul achizițiilor publice materializate în eliminarea de la proceduri de achiziție publică în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.**

Societatea sancționată nu și-ar putea obține dreptatea prin contestarea eliminării în condițiile Legii nr. 101/2016 la C.N.S.C., respectiv la instanța de judecată deoarece în cadrul acestor demersuri se va putea analiza doar legalitatea măsurilor dispuse de autoritatea contractantă.

C.N.S.C. sau instanța care analizează contestația în achiziții publice nu poate interveni asupra actului administrativ în baza căruia s-a realizat aplicarea art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și s-a dispus eliminarea operatorului economic. Aceasta poate doar analiza dacă autoritatea contractantă a procedat în conformitate cu prevederile legale, fapt afirmativ având în vedere ca există un act administrativ prezumat legal, decizia Consiliului Concurenței, pe baza căruia autoritatea contractantă dispune eliminarea în baza art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

C.N.S.C., respectiv instanța de judecată sesizată în condițiile Legii nr. 101/2016 cu o asemenea speță nu vor putea să inițieze o verificare a veridicității celor regasite în decizia Consiliului Concurenței fiind în afara competenței acestora. Mai mult, această soluție este confirmată și de faptul ca nu s-ar putea afirma culpa autorității contractante în eliminarea operatorului economic în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 deoarece art. 167 amintit nu impune autorității contractante verificarea legalității sau temeiniciei deciziei Consiliului Concurenței, ci indică ca simpla existența a unei asemenea decizii poate atrage aplicarea art. 167 alin. (1) lit. c).

Având în vedere ca decizia Consiliului Concurenței este un act administrativ, aceasta se bucură de prezumția de legalitate. Pentru acest motiv, autoritatea contractantă este obligată să aibă în vedere decizia Consiliului și, pe baza acesteia, poate dispune eliminarea. Așadar, contestarea legalității măsurii dispuse de autoritatea contractantă în sensul eliminării operatorului economic în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, atât timp cât există o asemenea decizie a Consiliului Concurenței, nu va avea succes⁴. În acest sens a reținut și jurisprudența⁵.

Operatorul economic rămâne așadar, chiar și în situații de nelegalitate vadii, fără un remediu sau o acțiune pentru a putea evita efectul executoriu al deciziei Consiliului Concurenței de aplicare a „ștampilei negative”. Practic

operatorul economic ar fi obligat sa aştepte până la finalizarea definitiva a litigiului de fond, până la acel moment fiind obligat sa suporte efectele produse în planul achizițiilor publice de catre decizia Consiliului Concurenței (*efecte care pot duce inclusiv la faliment în situația operatorilor economici a caror activitate este în principal obținuta prin proceduri de achiziție publica*).

O asemenea interpretare încalca art. 21 din Constituția României privind accesul liber la justiție și multiple tratate internaționale la care România este parte, inclusiv prin raportare la jurisprudența respectivelor instanțe internaționale (CJUE, CEDO). Astfel, aceasta interpretare, în sensul ca o acțiune în suspendare ar fi inadmisibila nu poate fi acceptata într-un stat de drept, în care evitarea și stoparea abuzurilor autoritaților publice, acolo unde sunt identificate, trebuie realizate de îndata în vederea protejarii drepturilor și intereselor celor afectați.

În concluzie, o acțiune în suspendarea efectelor Deciziilor Consiliului Concurenței prin care se constata încălcari ale regulilor de concurența de tip cartel care vizeaza trucarea de licitații, în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004, este admisibila de principiu, urmând ca instanța de judecata sa analizeze în concret îndeplinirea condițiilor cazului bine justificat și pagubei iminente.

1. Termenul folosit este discutabil, nefiind definita fapta de „trucare de licitație” expres de catre legislația în vigoare. Cu toate acestea, art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 folosește aceasta terminologie, motiv pentru care va fi folosita și în prezentul material.

2. Sentința nr. 99/2021, Curtea de Apel Alba-Iulia; Decizia nr. 1377/2020, Curtea de Apel București; Încheierea nr. 31/2019, Curtea de Apel București și altele

3. Decizia nr. RJ: 4e62987g4/2023 – Curtea de Apel Cluj

4. Ce s-ar putea contesta eventual este aplicarea art. 167 alin. (7¹) din Legea nr. 98/2016 de catre autoritatea contractanta, daca s-au prezentat asemenea probe care sa demonstreze reabilitarea, dar acesta este un caz specific în care presupunem ca operatorul economic poate prezenta astfel de probe. Atenție, în cazul admiterii unei asemenea contestații temeiul admiterii va fi neaplicarea corecta a art. 167 alin. (7¹) și constatarea reabilitarii, iar nu analizarea deciziei Consiliului Concurenței și constatarea nelegalității / netemeinicii acesteia.

5. Curtea de Apel Cluj prin Decizia nr. 815/2020