CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
ELEANOR SHARPSTON
prezentate la 28 aprilie 2016 [1]

**Cauzele conexate C-439/14 și C-488/14**

**SC Star Storage SA**
**împotriva**
**Institutului Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)**
**[cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel București (România)]**
**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**
**Trameco SA**
**Iamsat Muntenia SA**

[cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Oradea (România)]

„Achiziții publice — Directivele 89/665/CEE și 92/13/CEE — Reglementare națională care impune constituirea unei «garanții de bună conduită» pentru a avea acces la procedurile privind căile de atac — Autonomia procedurală a statelor membre — Principiile echivalenței și efectivității — Articolele 47 și 52 din cartă — Dreptul la o cale de atac efectivă — Restrângere — Proporționalitate”

1. În prezentele cauze, Curtea de Apel București (România) și Curtea de Apel Oradea (România) solicită, în esență, îndrumări din partea Curții cu privire la aspectul dacă dreptul Uniunii se opune ca un stat membru să impună unui contestator obligația de a constitui o „garanție de bună conduită” pentru a avea acces la procedurile privind căile de atac împotriva deciziilor în materie de achiziții publice ale autorităților contractante. În temeiul reglementării naționale în discuție în litigiile principale, autoritățile contractante rețin garanția de bună conduită în cazul în care organismul competent să soluționeze căile de atac formulate împotriva deciziilor acestor autorități respinge contestația sau în cazul în care contestatorul renunță la contestația respectivă.

2. Trimiterile preliminare se referă, în consecință, la domeniul de aplicare al dreptului de acces la o cale de atac efectivă în contextul achizițiilor publice, drept care nu numai că este garantat în temeiul articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (denumită în continuare „carta”), ci este și concretizat în directivele Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de

1 — Limba originală: engleza.

achiziții publice. În ce măsură pot statele membre să instituie cerințe de natură financiară pentru contestarea deciziilor autorităților contractante cu scopul de a reduce riscul de introducere a unor contestații abuzive, și anume a unor contestații care sunt cel mai probabil destinate să fie respinse și al căror scop este doar acela de a împiedica procedura de atribuire a contractului de achiziții publice?

## Cadrul juridic

### *Dreptul Uniunii*

3. Articolul 47 primul paragraf din cartă prevede că orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac efectivă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite la articolul menționat. În temeiul articolului 52 alineatul (1) din cartă, orice restrângere a exercițiului unui drept recunoscut prin cartă trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța dreptului în cauză. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse astfel de restrângeri numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți.

4. Potrivit celui de al treilea considerent al Directivei 89/665/CEE a Consiliului[2], deschiderea concurenței Uniunii în domeniul achizițiilor publice necesită o creștere semnificativă a garanțiilor privind transparența și nediscriminarea. În consecință, trebuie să existe căi de atac eficiente și rapide în cazurile de încălcare a legislației Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau a reglementărilor de drept intern privind punerea în aplicare a acestei legislații.

5. Articolul 1 din Directiva 89/665, intitulat „Domeniul de aplicare și disponibilitatea căilor de atac”, prevede:

„(1) Prezenta directivă se aplică în cazul contractelor menționate în Directiva 2004/18/CE […][3], 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 [Uniunii] 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 [Uniunii] și celelalte norme de drept intern.

2 — Directiva 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 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 L 335, p. 31).

3 — Directiva 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 L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

(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.

[…]”

6. Al cincilea considerent al Directivei 92/13/CEE a Consiliului [4] prevede că deschiderea concurenței la nivelul Uniunii pentru achizițiile publice din sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor impune să se pună la dispoziția contractorilor și a furnizorilor proceduri corespunzătoare privind căile de atac, în caz de încălcare a legislației Uniunii sau a normelor de drept intern de punere în aplicare a acesteia.

7. Alineatele (1)-(3) ale articolului 1 din Directiva 92/13, intitulat „Domeniul de aplicare și disponibilitatea căilor de atac”, corespund, în esență, alineatelor (1)-(3) ale articolului 1 din Directiva 89/665 [5].

*Dreptul român*

8. În conformitate cu articolul $43^1$ 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 (denumită în continuare „OUG nr. 34/2006”), orice potențial ofertant trebuie să constituie o garanție (denumită în continuare „garanție de participare”) în vederea participării la procedură, atunci când OUG nr. 34/2006 impune autorității contractante obligația de a publica un anunț sau o invitație de participare. Scopul garanției de participare, care nu poate depăși 2 % din valoarea estimată a contractului, este de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe întreaga perioadă care precedă încheierea contractului.

9. Potrivit articolului 256 alineatul (1) din OUG nr. 34/2006, partea care se consideră vătămată are dreptul să se adreseze Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (denumit în continuare „CNSC”). Potrivit articolului 281 alineatul (1), deciziile CNSC pot fi atacate cu plângere la instanța judecătorească.

10. Potrivit articolului 278 alineatul (1) din OUG nr. 34/2006, CNSC sau instanța de judecată competentă se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond. Când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

11. Articolul $278^1$ din OUG nr. 34/2006 prevedea că, în măsura în care CNSC sau instanța de judecată competentă respinge contestația formulată de ofertant sau în cazul în care acesta renunță la contestație, autoritatea contractantă va reține o parte din garanția de participare.

4 — Directiva 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 L 76, p. 14, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 43).

5 — Cu observația că articolul 1 din Directiva 92/13 face trimitere mai degrabă la 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 L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3) decât la Directiva 2004/18.

12. Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 (denumită în continuare „OUG nr. 51/2014”) a abrogat articolul 278[1] din OUG nr. 34/2006 și a introdus următoarele dispoziții în reglementarea respectivă [6]:

„Articolul 271[1]

(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 [CNSC]/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) [Contestația] va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (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 [CNSC] sau la instanța de judecată, odată cu depunerea [contestației].

(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 art. 55 alin. (2) lit. a) și b)[ [7] ];

(b) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin (2) lit. c)[ [8] ], dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul […] de la data constituirii garanției;

(c) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul […] de la data constituirii garanției;

(d) 1 % din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul […] 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] va fi respinsă.

(6) În cazul în care, în ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia [CNSC] sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în aceleași condiții de la alin. (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită. Prevederile articolului 271[2] alin. (3)-(5) se aplică în mod corespunzător.

[…]

6 — În cele ce urmează, ne vom referi la dispozițiile respective utilizând sintagma „regimul inițial”.

7 — Articolul 55 alineatul (2) literele a) și b) din OUG nr. 34/2006 se referă la contractele de achiziție publică de furnizare de produse sau de prestare de servicii.

8 — Articolul 55 alineatul (2) litera c) din OUG nr. 34/2006 se referă la contractele de concesiune de lucrări publice.

Articolul 271[2]

(1) În cazul în care contestaţia este respinsă de către [CNSC] sau de către instanţa de judecată, atunci când contestatorul se adresează direct instanţei, autoritatea contractantă are obligaţia de a reţine garanţia de bună conduită de la momentul rămânerii definitive a deciziei [CNSC]/hotărârii instanţei de judecată. Reţinerea se aplică pentru loturile la care contestaţia a fost respinsă.

(2) Prevederile alin. (1) se aplică şi în cazul în care contestatorul renunţă la [contestaţie].

(3) Măsura prevăzută la alin. (1) nu va fi aplicată în cazul în care [CNSC]/instanţa de judecată respinge contestaţia ca rămasă fără obiect sau în cazul în care s-a renunţat la [contestaţie], ca urmare a adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere necesare, în condiţiile art. 256[3] alin. (1).

(4) În situaţia în care [CNSC] admite contestaţia, respectiv instanţa competentă admite plângerea formulată împotriva deciziei [CNSC] de respingere a contestaţiei, autoritatea contractantă are obligaţia de a restitui contestatorului garanţia de bună conduită, în cel mult 5 zile de la momentul rămânerii definitive a deciziei/hotărârii.

(5) În situaţia în care contestatorul se adresează direct instanţei de judecată şi aceasta admite cererea introdusă, prevederile alin. (4) se aplică în mod corespunzător.

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

13. În răspunsul la cererea de lămuriri a Curţii, instanţa de trimitere a confirmat că, prin decizia pronunţată la 15 ianuarie 2015, Curtea Constituţională (România) a declarat neconstituţionale dispoziţiile articolului 271[2] alineatele (1) şi (2) din OUG nr. 34/2006. În esenţă, Curtea Constituţională a ajuns la această concluzie pentru motivul că dispoziţiile respective impuneau autorităţii contractante obligaţia de a reţine garanţia de bună conduită în cazul respingerii contestaţiei sau al renunţării la aceasta, fără a permite CNSC sau instanţei judecătoreşti care se pronunţa asupra contestaţiei să ia în considerare comportamentul contestatorului. Numai un comportament necorespunzător ar justifica pierderea garanţiei de bună conduită. La 4 noiembrie 2015, Curtea Constituţională a declarat neconstituţionale, în esenţă, pentru motive similare, dispoziţiile articolului 271[1] alineatul (5) din OUG nr. 34/2006, în măsura în care dispoziţiile respective impuneau plata necondiţionată a garanţiei de bună conduită la prima cerere a autorităţii contractante în cazul în care contestaţia era respinsă.

14. În şedinţă, guvernul român a explicat că dispoziţiile articolelor 271[1] şi 271[2] din OUG nr. 34/2006 sunt în continuare în vigoare în măsura în care nu au fost declarate neconstituţionale. Acesta a confirmat că, în temeiul dispoziţiilor rămase aplicabile[9], un contestator are în continuare obligaţia de a constitui o garanţie de bună conduită, dar că nu mai există un temei juridic pentru ca autoritatea contractantă să reţină această garanţie. Prin urmare, în prezent, autoritatea contractantă trebuie să restituie contestatorului garanţia de bună conduită la sfârşitul procedurii, indiferent de rezultatul contestaţiei şi, *a fortiori*, indiferent dacă cererea a fost sau nu a fost abuzivă.

9 — „Dispoziţiile rămase aplicabile” sunt, în esenţă (astfel cum înţelegem noi), cele cuprinse la articolul 271[1], cu excepţia cerinţei privind plata necondiţionată prevăzute la alineatul (5) al acestui articol, şi cele cuprinse la articolul 271[2] alineatele (3)-(5) din OUG nr. 34/2006. În prezentele concluzii, ne referim la dispoziţiile menţionate utilizând sintagma „regim tranzitoriu” şi diferenţiem acest regim atât de „regimul iniţial”, cât şi de noul regim pe care, astfel cum a precizat guvernul român în cadrul şedinţei, legiuitorul român intenţionează să îl adopte în viitor.

## Situația de fapt, procedura și întrebările preliminare

*Cauza C-439/14*

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (denumit în continuare „INCDI”) a organizat o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice de bunuri și servicii pentru dezvoltarea și implementarea unei platforme de cloud computing. Valoarea estimată a contractului, fără taxa pe valoarea adăugată (TVA), a fost de 61 287 713,71 RON (aproximativ 13 700 000 de euro). INCDI a elaborat documentația de atribuire aferentă, iar la 1 aprilie 2014 a publicat o cerere de ofertă în Sistemul Electronic de Achiziții Publice. Criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

16. Mai mulți operatori economici au solicitat INCDI clarificarea normelor stabilite în documentația de atribuire. INCDI a răspuns prin publicarea mai multor seturi de clarificări în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

17. La 30 iunie 2014, SC Star Storage SA (denumită în continuare „Star Storage”) a contestat trei dintre clarificările respective în fața CNSC. La 18 iulie 2014, CNSC a respins contestația ca inadmisibilă, întrucât Star Storage nu constituise garanția de bună conduită [10]. Star Storage a formulat o plângere împotriva acestei decizii la Curtea de Apel București, care a suspendat judecarea cauzei și a solicitat pronunțarea unei hotărâri preliminare cu privire la următoarea întrebare:

„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 $271^1$ și $271^2$ din [OUG nr. 34/2006]?”

*Cauza C-488/14*

18. La 21 ianuarie 2014, RA Aeroportul Oradea (denumită în continuare „Aeroportul Oradea”) a publicat un anunț de participare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice pentru atribuirea unui contract de achiziții publice în vederea extinderii și a modernizării aeroportului respectiv. Valoarea estimată a contractului, fără TVA, a fost de 101 232 054 RON (aproximativ 22 800 000 de euro). Criteriul de atribuire a fost „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

19. Patru operatori economici au prezentat oferte. În conformitate cu raportul de evaluare a ofertelor din 28 martie 2014, oferta prezentată de Asocierea SC Max Boegl România SRL (denumită în continuare „Max Boegl”), SC UTI Grup SA și Astaldi SpA a fost declarată neeligibilă. Același raport menționează că oferta prezentată de Asocierea SC Construcții Napoca SA (denumită în continuare „Construcții Napoca”), SC Aici Cluj SA și CS Icco Energ SRL s-a clasat pe locul al doilea.

20. La 10 iulie 2014, CNSC a respins ca nefondate contestațiile pe care cele două asocieri le-au depus împotriva raportului de evaluare a ofertelor.

10 — Cuantumul garanției datorate reprezenta echivalentul în lei a 25 000 de euro.

21. Asocierea din care face parte Max Boegl, precum și Construcții Napoca au formulat plângeri împotriva acestor decizii la Curtea de Apel Oradea. În ședința din 10 septembrie 2014, Curtea de Apel Oradea le-a pus în vedere petentelor că au obligația să constituie garanția de bună conduită ca urmare a intrării în vigoare, la 30 iunie 2014, a articolelor $271^1$ și $271^2$ din OUG nr. 34/2006[11]. Curtea de Apel Oradea a suspendat judecarea cauzei și a solicitat pronunțarea unei hotărâri preliminare cu privire la următoarea întrebare:

„Dispozițiile articolului 1 alineatele (1), (2) și (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 $271^1$ și $271^2$ din OUG nr. 34/2006?”

22. La 13 noiembrie 2014, președintele Curții a conexat cele două cauze pentru buna desfășurare a procedurii scrise și orale, precum și în vederea pronunțării hotărârii. Star Storage, guvernele elen și român, precum și Comisia Europeană au prezentat observații scrise. Max Boegl, guvernul român și Comisia Europeană au prezentat observații orale în ședința din 14 ianuarie 2016.

## Analiză

### *Observații introductive*

23. Valoarea contractului de achiziții publice în discuție în cauza C-439/14 este mai mare decât pragul relevant stabilit la articolul 7 litera (b) din Directiva 2004/18 pentru contracte de achiziții publice de bunuri și servicii. În consecință, Directiva 89/665 se aplică în litigiul principal[12]. De asemenea, valoarea contractului de achiziții publice în discuție în cauza C-488/14 atinge pragurile pentru contractele de achiziții publice de lucrări stabilite atât la articolul 7 litera (c) din Directiva 2004/18, cât și la articolul 16 litera (b) din Directiva 2004/17.

24. Cu toate acestea, guvernul român și Comisia sunt în dezacord cu privire la cadrul juridic relevant pentru litigiul principal în cauza C-488/14. Guvernul român susține că acesta este reprezentat doar de Directiva 2004/18 și, prin extensie, de Directiva 89/665. Comisia susține că, întrucât procedura de atribuire a contractului în cauză privea extinderea și modernizarea suprafețelor aeroportuare, aceasta intră în domeniul de aplicare al Directivei 2004/17[13] și este, așadar, reglementată de Directiva 92/13[14].

25. În opinia noastră, Curtea nu dispune de suficiente informații privind contractul respectiv pentru a stabili dacă Directiva 89/665 sau Directiva 92/13 se aplică procedurii de atribuire. Totuși, acest aspect nu dă naștere niciunei dificultăți în speță. Pe de o parte, rezultă în mod clar din situația de fapt din litigiul principal în cauza C-488/14 că întrebarea pe care Curtea de Apel Oradea o adresează Curții nu este ipotetică în măsura în care se referă la Directiva 92/13. Pe de altă parte, alineatele (1)-(3) ale articolului 1 din această directivă corespund, în esență, cu alineatele (1)-(3) ale articolului 1 din Directiva 89/665. În consecință, cele două întrebări adresate de instanțele de trimitere sunt, în esență, aceleași și trebuie să fie abordate în comun.

11 — Rezultă din informațiile de care dispune Curtea că valoarea fiecărei garanții de bună conduită solicitate în procedurile din fața instanțelor naționale reprezenta echivalentul în lei a 100 000 de euro.

12 — Articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665.

13 — Articolul 7 litera (b) din Directiva 2004/17.

14 — Articolul 1 alineatul (1) din Directiva 92/13.

26. În plus, impactul asupra litigiilor principale al deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională la 15 ianuarie 2015 și la 4 noiembrie 2015 nu este clar. În ședință, guvernul român a susținut că instanțele de trimitere vor trebui de acum înainte să aplice regimul tranzitoriu. Comisia, pe de altă parte, a încercat să facă o distincție între cele două cauze. În cauza C-488/14, cerința privind garanția de bună conduită s-a ridicat pentru prima dată în fața instanței de trimitere. Această instanță va trebui astfel să aplice regimul *tranzitoriu*. În schimb, în cauza C-439/14, cerința respectivă s-a ridicat inițial în cadrul procedurii în fața CNSC – adică înainte de pronunțarea deciziilor Curții Constituționale. Prin urmare, Comisia susține că, în această din urmă cauză, instanța de trimitere va trebui să aplice regimul *inițial* după primirea răspunsului Curții.

27. Potrivit unei jurisprudențe constante, nu este de competența Curții să se pronunțe cu privire la aplicabilitatea dispozițiilor din dreptul național care sunt relevante pentru soluționarea litigiilor principale. Curtea trebuie mai degrabă să ia în considerare, în cadrul repartizării competențelor între instanțele Uniunii și cele naționale, contextul normativ în care se încadrează întrebarea preliminară, astfel cum este definit în decizia de trimitere [15]. În schimb, Curtea este competentă să furnizeze instanței de trimitere toate elementele de interpretare a dreptului Uniunii care îi pot permite să aprecieze conformitatea dreptului național cu dreptul Uniunii în cauza cu care este sesizată [16]. Întrucât nu este clar dacă regimul inițial sau regimul tranzitoriu se aplică în litigiul principal în cauza C-439/14, le vom examina pe ambele în prezentele concluzii.

28. În sfârșit, informațiile aflate la dispoziția Curții indică faptul că, în conformitate cu OUG nr. 34/2006, contestația poate fi formulată fie în fața CNSC (ale cărei decizii pot face obiectul unei plângeri în fața unei curți de apel), fie direct în fața unei instanțe judecătorești. Întrucât garanția de bună conduită este obligatorie în toate cazurile, acest lucru nu afectează raționamentul prezentat în continuare [17].

*Metodologia analizei*

29. Din primul și din al doilea considerent ale Directivei 89/665, precum și din primul, al doilea și al treilea considerent ale Directivei 92/13 rezultă cu claritate că aceste directive urmăresc consolidarea mecanismelor existente, atât la nivel național, cât și la nivelul Uniunii, pentru a asigura că directivele privind achizițiile publice se aplică în mod eficient, în special într-un stadiu în care încă este posibilă corectarea abaterilor [18]. În acest sens, articolul 1 alineatul (1) din fiecare directivă impune statelor membre obligația de a garanta că deciziile nelegale ale autorităților contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și cât se poate de rapide [19]. Acestea trebuie să asigure o largă accesibilitate a căilor de atac oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare [20].

30. Cu toate acestea, directivele în cauză stabilesc doar condițiile minimale pe care procedurile privind căile de atac reglementate în ordinile juridice naționale trebuie să le îndeplinească pentru a se conforma dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice [21]. În lipsa unei dispoziții specifice în această materie, revine fiecărui stat membru atribuția de a stabili modalitățile procedurii

15 — A se vedea printre altele Hotărârea din 17 iulie 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, punctul 20 și jurisprudența citată.

16 — Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punctul 51 și jurisprudența citată.

17 — A se vedea în special articolul $271^1$ alineatul (1) și articolul $271^2$ alineatele (1) și (5) din OUG nr. 34/2006.

18 — A se vedea printre altele Hotărârea din 28 octombrie 1999, Alcatel Austria și alții, C-81/98, EU:C:1999:534, punctul 33, Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punctul 44 și jurisprudența citată, și Hotărârea din 28 ianuarie 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punctul 26.

19 — A se vedea printre altele Hotărârea din 19 iunie 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, punctul 22 și jurisprudența citată, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punctul 44 și jurisprudența citată.

20 — Hotărârea din 26 noiembrie 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punctul 28 și jurisprudența citată.

21 — Hotărârea din 30 septembrie 2010, Strabag și alții, C-314/09, EU:C:2010:567, punctul 33 și jurisprudența citată. A se vedea de asemenea în acest sens Hotărârea din 24 septembrie 1998, EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, punctul 16.

administrative și pe cele ale procedurii jurisdicționale aplicabile acțiunilor destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice. Aceste modalități procedurale nu trebuie să fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile unor acțiuni similare din dreptul intern (principiul echivalenței) și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor respective (principiul efectivității)[22]. Această din urmă condiție este esențială pentru realizarea obiectivului principal al dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice, și anume deschiderea achizițiilor publice spre o concurență nedenaturată în toate statele membre[23].

31. După cum evidențiază Comisia, nici Directiva 89/665, nici Directiva 92/13 nu conțin norme privind cerințele de natură financiară pe care operatorii economici trebuie să le îndeplinească pentru a obține accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorităților contractante. Dispozițiile naționale precum cele în discuție în litigiile principale intră, prin urmare, în sfera autonomiei procedurale a statelor membre, sub rezerva respectării principiilor echivalenței și efectivității. Vom examina întrebările preliminare în lumina acestor principii[24].

32. Fiecare dintre aceste directive concretizează însă, în domeniul special al contractelor de achiziții publice, principiul general al dreptului Uniunii care consacră dreptul la o cale de atac efectivă[25], iar aceasta ridică două întrebări strâns legate între ele în ceea ce privește domeniul de aplicare al principiului efectivității.

33. În primul rând, acest principiu poate fi limitat doar la verificarea faptului dacă o normă națională de procedură precum cea în discuție în litigiile principale face *practic imposibilă sau excesiv de dificilă* exercitarea dreptului la o cale de atac prevăzut la articolul 1 din Directiva 89/665 și la articolul 1 din Directiva 92/13? Sau el este mai larg, în sensul că impune ca *orice normă națională care încalcă* dispozițiile menționate să fie înlăturată?

34. Curtea a analizat în mai multe ocazii dacă normele de procedură naționale aplicabile căilor de atac menite să asigure protecția drepturilor conferite de dreptul Uniunii candidaților și ofertanților lezați de decizii ale autorităților contractante aduc atingere efectului util al Directivei 89/665[26]. Cu toate acestea, nu există o abordare uniformă în jurisprudență cu privire la modul în care criteriul efectivității se raportează la autonomia procedurală a statelor membre și la principiul efectivității care limitează această autonomie[27]. În unele cauze, analiza s-a concentrat exclusiv asupra efectului util al Directivei 89/665, fără a face referire la autonomia procedurală și la limitele acesteia[28]. În alte cauze s-a sugerat

22 — A se vedea printre altele Hotărârea din 11 septembrie 2003, Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, punctul 49, și Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 46 și jurisprudența citată.

23 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctele 33 și 34.

24 — A se vedea punctele 40-58 din prezentele concluzii.

25 — A se vedea în acest sens Ordonanța din 23 aprilie 2015, Comisia/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punctul 28. Originea acestui raționament poate fi regăsită în Hotărârea din 15 mai 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, punctele 18 și 19.

26 — A se vedea printre altele Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, EU:C:2002:746, punctele 71 și 72, Hotărârea din 28 ianuarie 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punctul 27, și Hotărârea din 30 septembrie 2010, Strabag și alții, C-314/09, EU:C:2010:567, punctul 34.

27 — Din cauza acestei lipse de uniformitate, este dificil să se prevadă metodologia urmată de Curte în fiecare cauză în parte. A se vedea Prechal, S., Widdershoven, R., „Redefining the Relationship between «Rewe-effectiveness» și Effective Judicial Protection”, în 4 *Review of European Administrative Law* (2011), p. 39.

28 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, EU:C:2002:746, punctul 71, și Hotărârea din 28 ianuarie 2010, Uniplex (UK), C-406/08, punctele 26-28.

că criteriul efectivității completează criteriul autonomiei procedurale în cazul în care nu există dispoziții specifice în materie în Directiva 89/665 [29]. Uneori, formularea utilizată indică faptul că criteriul efectivității face parte din criteriul autonomiei procedurale (conferindu-i un conținut special) [30].

35. În opinia noastră, ceea ce contează în definitiv este de a se garanta că drepturile conferite justițiabililor de dreptul Uniunii beneficiază nu de mai puțină, ci de mai multă protecție. Articolul 1 din Directiva 89/665 și articolul 1 din Directiva 92/13 concretizează dreptul la o cale de atac *efectivă*. În consecință, nu este posibil ca analiza principiului efectivității să se limiteze la verificarea faptului dacă o cerință procedurală precum cea în discuție în litigiile principale este de natură să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea acestui drept. Mai degrabă, în acest context specific, criteriul efectivității trebuie să implice cu certitudine examinarea aspectului dacă o astfel de cerință este de natură să *aducă atingere* dreptului la o cale de atac efectivă pe care aceste dispoziții îl garantează.

36. În al doilea rând, ce impact are dreptul fundamental la o cale de atac efectivă prevăzut la articolul 47 din cartă asupra principiului efectivității ca limită a autonomiei procedurale a statelor membre?

37. Normele procedurale precum cele în discuție în litigiile principale intră în mod clar în domeniul de aplicare al articolului 1 din Directiva 89/665 și al articolului 1 din Directiva 92/13. În plus, dreptul fundamental la o cale de atac efectivă concretizat prin aceste dispoziții include astfel de norme [31]. În consecință, articolul 47 din cartă se aplică în litigiile principale [32]. Constituirea garanției de bună conduită este o condiție prealabilă pentru examinarea oricărei contestații [33]. În consecință, această cerință constituie o restrângere a dreptului la o cale de atac efectivă în fața unei instanțe judecătorești, în sensul articolului 47 [34]. O astfel de restrângere poate fi justificată, așadar, numai dacă este prevăzută de lege, dacă respectă substanța dreptului în cauză și, sub rezerva principiului proporționalității, dacă

29 — Hotărârea din 30 septembrie 2010, Strabag și alții, C-314/09, EU:C:2010:567, punctul 34, și Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctele 47, 50 și 72.

30 — Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punctele 40 (a se vedea în special partea introductivă „în special, […]") și 41. În Hotărârea din 15 aprilie 2008, Impact, (C-268/06, EU:C:2008:223, punctele 47 și 48), Curtea a statuat că cerințele privind echivalența și efectivitatea *exprimă* obligația generală a statelor membre de a asigura protecția jurisdicțională a drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii. Aceeași formulă a fost repetată în Ordonanța din 24 aprilie 2009, Koukou, (C-519/08, EU:C:2009:269, punctul 98). În mod similar, Curtea a combinat principiul efectivității ca limită a autonomiei procedurale cu dreptul la o cale de atac efectivă în temeiul articolului 47 din cartă în Hotărârea din 6 octombrie 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punctul 52 și jurisprudența citată).

31 — A se vedea printre altele Hotărârea din 15 aprilie 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punctul 44 și jurisprudența citată, și Hotărârea din 17 iulie 2014, Sánchez Morcillo și Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punctul 35 și jurisprudența citată.

32 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 49. A se vedea de asemenea prin analogie Hotărârea din 17 decembrie 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, punctul 51. În măsura în care se aplică statelor membre, articolul 47 din cartă reia dispozițiile articolului 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE și concretizează principiul cooperării loiale prevăzut la articolul 4 alineatul (3) TUE. Cu privire la acest ultim aspect, a se vedea Hotărârea din 13 martie 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punctul 37.

33 — Articolul $271^1$ alineatul (2) din OUG nr. 34/2006.

34 — A se vedea prin analogie Concluziile avocatului general Jääskinen prezentate în cauza Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, punctul 37. Curtea Europeană a Drepturilor Omului (denumită în continuare „Curtea de la Strasbourg") consideră că taxele judiciare sau garanțiile privind plata cheltuielilor de judecată interferează în principiu cu dreptul de acces la o instanță judecătorească, protejat de articolul 6 paragraful 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO"), dacă plata acestora reprezintă o condiție prealabilă pentru examinarea cauzei. A se vedea printre altele Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 13 iulie 1995, Tolstoy Miloslavski împotriva Regatului Unit, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59-67, Hotărârea din 4 mai 2006, Weissman și alții împotriva României, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, §§ 32-44, și Hotărârea din 12 iulie 2007, Stankov împotriva Bulgariei, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

este necesară și dacă răspunde efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității de a proteja drepturile și libertățile celorlalți [35]. Acest criteriu este similar celui aplicat de Curtea de la Strasbourg atunci când examinează dacă restricțiile de natură financiară referitoare la accesul la instanțe sunt compatibile cu articolul 6 paragraful 1 din CEDO [36].

38. Din nou, jurisprudența Curții nu oferă orientări clare în această privință [37]. În opinia noastră, în cauze precum cele în discuție, evaluarea prevăzută la articolul 52 alineatul (1) din cartă este necesară pentru a satisface nivelul de protecție pe care articolul 47 din cartă îl conferă justițiabililor. Aplicarea unei metodologii diferite ar avea un efect surprinzător (și inacceptabil, în opinia noastră), și anume acela că statele membre ar avea posibilitatea să eludeze acest criteriu pentru simplul motiv că au acționat, în cadrul autonomiei lor procedurale, într-un domeniu în care legiuitorul Uniunii a concretizat dreptul la o cale de atac efectivă.

39. În cele ce urmează, vom examina, așadar, dacă o reglementare națională precum cea în discuție în litigiile principale, care intră sub incidența autonomiei procedurale a statelor membre, respectă principiile echivalenței și efectivității. Cu toate acestea, având în vedere că articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665 și articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 92/13 reglementează aceste norme și că dispozițiile respective exprimă, în domeniul special al achizițiilor publice, dreptul fundamental la o cale de atac efectivă garantat prin articolul 47 din cartă, ne vom baza examinarea pe faptul că principiul efectivității impune să se verifice dacă respectivele reglementări naționale, care limitează acest drept, îndeplinesc criteriul proporționalității stabilit la articolul 52 alineatul (1) din cartă. Dacă nu respectă acest criteriu, ele aduc atingere efectului util al articolului 1 alineatele (1) și (3) din fiecare directivă.

*Regimul inițial*

40. Articolul 1 alineatul (2) din Directiva 89/665 și articolul 1 alineatul (2) din Directiva 92/13 concretizează principiul echivalenței. Acest principiu presupune că norma națională în discuție se aplică fără distincție atât acțiunilor întemeiate pe încălcarea dreptului Uniunii, cât și celor întemeiate pe nerespectarea dreptului intern care au un obiect și o cauză asemănătoare [38].

41. Nu suntem de acord cu Star Storage, care consideră că normele naționale precum cele în discuție în litigiile principale sunt incompatibile cu acest principiu. Deși este adevărat că acestea creează o povară financiară specifică pentru inițierea procedurilor privind căile de atac referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice, principiul echivalenței nu presupune un tratament egal al normelor de procedură naționale aplicabile unor tipuri de contencios de natură diferită (de exemplu, contenciosul civil, pe de o parte, și contenciosul administrativ, pe de altă parte) sau unor tipuri de

35 — A se vedea printre altele Hotărârea din 17 septembrie 2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, punctul 72, și Concluziile noastre prezentate în cauza Ordre des barreaux francophones et germanophone și alții, C-543/14, EU:C:2016:157, punctul 80.

36 — Curtea de la Strasbourg a precizat cu claritate că, deși statele membre dispun de o anumită marjă de apreciere care le permite să impună astfel de restricții, aceste restricții nu trebuie să limiteze sau să reducă accesul la o instanță într-o asemenea măsură încât să fie afectată însăși esența dreptului de acces la o instanță, ele trebuie să urmărească un scop legitim și trebuie să existe un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit. A se vedea în acest sens Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 13 iulie 1995, Tolstoy-Miloslavsky împotriva Regatului Unit, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59-67, și Hotărârea din 19 iunie 2001, Kreuz împotriva Poloniei, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, §§ 54 și 55 (citată în Hotărârea din 22 decembrie 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punctul 47). A se vedea de asemenea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 14 decembrie 2006, Markovic și alții împotriva Italiei, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — În Hotărârea Orizzonte Salute, Curtea a precizat că articolul 1 din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în lumina articolului 47 din cartă. Cu toate acestea, Curtea și-a limitat analiza principiului efectivității la a verifica dacă sistemul de taxe judiciare în discuție în cauza respectivă nu era susceptibil să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de dreptul Uniunii în materie de achiziții publice (Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctele 49 și 72). Curtea nu a aplicat criteriul proporționalității prevăzut la articolul 52 alineatul (1) din cartă. În schimb, în alte cauze, Curtea l-a aplicat pentru a evalua restricțiile aduse dreptului la o cale de atac efectivă în fața unei instanțe judecătorești, prevăzut de articolul 47 din cartă. A se vedea printre altele Hotărârea din 18 martie 2010, Alassini și alții, C-317/08-C-320/08, EU:C:2010:146, punctele 61-66, și Hotărârea din 26 septembrie 2013, Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, punctele 84-88).

38 — A se vedea, cel mai recent, Hotărârea din 12 februarie 2015, Surgicare, C-662/13, EU:C:2015:89, punctul 30.

contencios care țin de două ramuri de drept diferite [39]. În plus, în ședință, guvernul român a confirmat că dispozițiile naționale în discuție în litigiile principale se aplică tuturor căilor de atac introduse împotriva deciziilor autorităților contractante, indiferent dacă normele Uniunii în materie de achiziții publice reglementează sau nu reglementează procedura de atribuire a contractelor.

42. Care este situația în privința principiului efectivității și a criteriului proporționalității prevăzut la articolul 52 alineatul (1) din cartă?

43. Nu se contestă că restricția care rezultă din articolele $271^1$ și $271^2$ din OUG nr. 34/2006 este *prevăzută de lege*.

44. Cea de a doua condiție a criteriului proporționalității este ca măsura să urmărească un *obiectiv legitim* (și anume, un obiectiv de interes general recunoscut de Uniune sau necesitatea de a proteja drepturile și libertățile celorlalți). Este cert că garanția de bună conduită reprezintă o sursă de venit pentru autoritatea contractantă în cazul în care aceasta o reține. În consecință, această garanție nu este utilizată pentru a finanța sistemul judiciar [40]. Mai degrabă, dispozițiile naționale care instituie garanția de bună conduită sunt menite, în esență, să protejeze autoritățile contractante, CNSC și instanțele judecătorești împotriva contestațiilor abuzive pe care operatorii economici (inclusiv cei care nu au calitatea de ofertanți) le-ar putea iniția cu alte scopuri decât cele pentru care căile de atac au fost instituite [41]. Un astfel de obiectiv este în mod evident unul legitim [42]. În special, prin descurajarea contestațiilor abuzive, organismele responsabile de soluționarea căilor de atac formulate împotriva deciziilor autorităților contractante pot să se concentreze pe contestațiile „reale”. Acest lucru este de natură să contribuie la îndeplinirea cerinței conform căreia statele membre trebuie să se asigure că deciziile autorităților contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât mai rapide posibil în cazul în care se susține că astfel de decizii ar încălca legislația Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau normele de drept intern care transpun legislația respectivă [43].

45. Următoarea întrebare este dacă dispozițiile naționale precum cele în discuție în litigiile principale *pot realiza acest obiectiv*.

46. După cum reiese din litigiile principale [44], astfel de dispoziții pot da naștere unor costuri substanțiale pentru operatorul economic care renunță la contestație sau a cărui contestație este respinsă [45]. Aceste costuri pot atinge echivalentul a 25 000 de euro în cazul contractelor de achiziții publice de bunuri și servicii și, respectiv, a 100 000 de euro în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, pe lângă costurile legate de constituirea garanției [46]. În ședință, guvernul român a confirmat că, în temeiul regimului inițial, contestatorul pierdea întregul cuantum al garanției de bună conduită, întrucât autoritatea contractantă era obligată să o rețină. CNSC sau instanța care se pronunță cu privire la contestație nu are dreptul să oblige autoritatea contractantă să rețină numai o parte din garanția de bună conduită, în funcție de circumstanțele specifice ale fiecărui caz.

39 — Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 67 și jurisprudența citată.

40 — Din acest punct de vedere, garanția de bună conduită se distinge de taxele judiciare în discuție în Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — Potrivit expunerii de motive a OUG nr. 51/2014, contestațiile care sunt în mod vădit nefondate sau prin care nu se urmărește decât amânarea procedurilor au mai multe consecințe negative. Astfel, autoritățile contractante pot pierde finanțarea externă (inclusiv din partea Uniunii), ca urmare a prelungirii anormale a procedurilor de atribuire a contractelor, și se pot afla în imposibilitatea de a desfășura proiecte importante de interes public. În plus, contestațiile abuzive creează sarcini suplimentare pentru personalul implicat în apărarea autorităților contractante în fața CNSC sau a instanțelor judecătorești și, în general, afectează eficiența CNSC.

42 — A se vedea prin analogie Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctele 73 și 74. Acesta este, de asemenea, poziția Curții de la Strasbourg. A se vedea printre altele Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 12 iulie 2007, Stankov împotriva Bulgariei, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57, și Hotărârea din 3 iunie 2014, Harrison McKee împotriva Ungariei, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf din Directiva 89/665 și din Directiva 92/13.

44 — A se vedea notele de subsol 10 și 11.

45 — Cu excepția cazului în care autoritatea contractantă nu trebuie să rețină garanția de bună conduită în conformitate cu articolul $271^2$ alineatul (3).

46 — A se vedea punctul 55 de mai jos.

47. În opinia noastră, amploarea costurilor este de natură să descurajeze depunerea de contestații abuzive, întrucât acestea din urmă sunt, prin natura lor, susceptibile de a fi respinse și, în consecință, de a conduce în mod automat la pierderea întregii garanții de bună conduită și a cheltuielilor de judecată aferente [47]. Împrejurarea că, astfel cum a amintit Curtea în Hotărârea Orizzonte Salute [48], întreprinderile care doresc să participe la o procedură de achiziții publice care intră sub incidența normelor Uniunii privind achizițiile publice trebuie să dispună de o capacitate economică și financiară adecvată nu pune sub semnul întrebării această concluzie. Mai întâi, dispozițiile naționale în discuție în litigiile principale se aplică tuturor operatorilor economici care formulează contestații împotriva deciziilor autorităților contractante și, astfel, nu numai ofertanților. Apoi, cerința ca ofertanții să dispună de capacitate economică și financiară nu este absolută. Articolul 47 alineatul (2) din Directiva 2004/18 prevede că un operator economic se poate baza pe capacitățile altor entități, indiferent de natura legăturilor pe care le are cu acestea, pentru a face dovada unei astfel de capacități [49]. În consecință, o parte nu poate fi exclusă de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice doar din cauză că intenționează să utilizeze, în vederea executării contractului, resurse care nu sunt ale sale, ci aparțin uneia sau mai multor alte entități [50]. În sfârșit, afirmația Curții cu privire la capacitatea economică și financiară din Hotărârea Orizzonte Salute a fost făcută în legătură cu restricții de natură financiară mult mai reduse privind accesul la căi de atac decât cele în discuție în prezentele cauze [51].

48. Ultima parte a criteriului proporționalității se referă la faptul că măsurile în discuție *nu trebuie să depășească ceea ce este necesar* pentru atingerea obiectivului lor [52]. Atunci când este posibilă alegerea între mai multe măsuri adecvate, statul membru trebuie să recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile vizate [53].

49. În temeiul regimului inițial, contestatorul pierde în mod automat garanția de bună conduită în situația în care renunță la contestație sau în situația în care contestația îi este respinsă. Acest lucru este valabil și în cazul în care nu există elemente care să sugereze utilizarea abuzivă a procedurii privind căile de atac (de exemplu, deoarece contestația este în mod vădit nefondată sau a fost formulată cu unicul scop de a întârzia procedura de atribuire a contractului). Pentru motive similare celor pe care le-am expus mai sus [54], regimul inițial împiedică astfel în mod semnificativ accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorităților contractante al persoanelor care (chiar dacă contestația lor este în final respinsă) au „cereri serioase și legitime” [55]. În consecință, acest regim este susceptibil să descurajeze o proporție semnificativă a potențialilor justițiabili să depună o contestație dacă nu pot avea în mod rezonabil certitudinea că respectiva contestație va fi admisă. În opinia noastră, astfel de împrejurări includ situația în care nu există o jurisprudență constantă privind aspectul pus în discuție sau situația în care contestația vizează o evaluare efectuată de autoritatea contractantă în privința căreia aceasta din urmă se bucură de o marjă largă de apreciere.

47 — Aceasta este situația cu atât mai mult în cazul ofertanților, care, în plus, trebuie să depună și o garanție de până la 2 % din valoarea estimată a contractului (articolul $43^1$ din OUG nr. 34/2006). Cu toate că guvernul român a susținut în ședință că cele două garanții au scopuri diferite, nu este mai puțin adevărat că un ofertant le poate pierde pe ambele în cursul procedurii de atribuire a unui singur contract.

48 — Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punctul 64.

49 — A se vedea de asemenea articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO L 94, p. 65).

50 — Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punctul 26, Hotărârea din 18 martie 2004, Siemens și ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punctul 43, și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punctul 32.

51 — Taxele judiciare standard analizate în acea cauză se ridicau la 2 000, la 4 000 sau la 6 000 de euro, în funcție de valoarea contractului de achiziții publice.

52 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 17 decembrie 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punctul 74.

53 — A se vedea între altele Hotărârea din 29 aprilie 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, punctul 58 și jurisprudența citată.

54 — Punctul 46 din prezentele concluzii.

55 — Împrumutăm această expresie din jurisprudența Curții de la Strasbourg, conform căreia scopul articolului 13 din CEDO este de a garanta o cale de atac efectivă pentru „cereri serioase și legitime”. A se vedea printre altele Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 23 iunie 2011, Diallo împotriva Republicii Cehe, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

50. Considerăm că ar fi fost posibilă evitarea acestui efect negativ (și a ingerinței semnificative în exercitarea dreptului la o cale de atac efectivă care rezultă din acesta) fără a aduce atingere obiectivului de a descuraja contestațiile abuzive. În cazul respingerii contestației sau al renunțării la aceasta, CNSC sau instanței judecătorești competente li s-ar fi putut permite, de exemplu, să verifice dacă contestația a fost sau nu a fost abuzivă, luând în considerare toate împrejurările relevante [56], precum și să decidă, în consecință, dacă reținerea (parțială sau totală) a garanției de bună conduită a fost justificată.

51. În consecință, împărtășim punctul de vedere exprimat de Star Storage, de Max Boegl și de Comisie, potrivit căruia regimul inițial presupune o restrângere disproporționată a dreptului la o cale de atac efectivă, protejat în temeiul articolului 47 din cartă și, prin urmare, aduce atingere efectului util al articolului 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665 și al articolului 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 92/13. Acest regim afectează, de asemenea, esența acestui drept, întrucât, în practică, el este de natură să priveze operatorii economici care au sau care au avut un interes în obținerea unui anumit contract de accesul la o cale de atac împotriva deciziilor pretins nelegale ale autorităților contractante.

52. Pentru aceste motive, concluzionăm că articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665, precum și articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 92/13, citite în lumina articolului 47 din cartă, se opun unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiile principale, care impune contestatorului obligația de a constitui o „garanție de bună conduită” pentru a obține accesul la o cale de atac împotriva deciziilor autorității contractante privind atribuirea contractelor de achiziții publice și în temeiul căreia autoritatea contractantă trebuie să rețină această garanție în cazul în care contestația este respinsă sau în cazul în care se renunță la contestație, indiferent dacă contestația este sau nu este abuzivă.

*Regimul tranzitoriu*

53. În continuare, vom analiza regimul tranzitoriu, care diferă de regimul inițial prin faptul că contestatorul primește înapoi garanția de bună conduită indiferent de soluția dată contestației.

54. Raționamentul privind echivalența pe care l-am expus mai sus se aplică și în acest caz [57].

55. În ceea ce privește efectivitatea, este clar că o cerință procedurală precum cea care rezultă din articolul $271^1$ alineatul (1) din OUG nr. 34/2006 restrânge în mod necesar, prin el însuși, dreptul de acces la procedurile privind căile de atac împotriva deciziilor autorităților contractante. Această cerință constituie o condiție prealabilă pentru examinarea pe fond a unei contestații [58]. În plus, deși contestatorul recuperează garanția de bună conduită după soluționarea contestației sale, constituirea acesteia presupune în mod necesar o povară financiară pentru el. Astfel, articolul $271^1$ alineatul (3) prima teză din OUG nr. 34/2006 descrie două metode pentru constituirea garanției de bună conduită. În cazul în care contestatorul efectuează un transfer bancar, acesta este privat de o sumă eventual considerabilă pentru întreaga perioadă cuprinsă între data la care contestația este depusă și data la care decizia CNSC sau hotărârea pronunțată de instanța competentă devine definitivă. În consecință,

56 — Aceste împrejurări pot include situația dacă există o jurisprudență constantă privind o anumită problemă de drept, dacă contestația nu este decât reiterarea unei contestații precedente sau dacă aceasta se bazează pe o lectură vădit eronată a măsurii contestate sau pe o premisă de fapt vădit eronată.

57 — A se vedea punctele 40 și 41 de mai sus.

58 — Articolul $271^1$ alineatul (2) din OUG nr. 34/2006.

contestatorul suportă un cost de oportunitate prin faptul că nu poate să utilizeze aceste fonduri în alte scopuri. În cazul în care contestatorul optează mai degrabă pentru un instrument de garanție furnizat de o bancă sau de o societate de asigurări, acesta trebuie să suporte costurile legate de respectivul instrument [59].

56. Considerăm, în plus, că o astfel de condiție procedurală nu protejează în mod adecvat autoritățile contractante împotriva contestațiilor abuzive. În temeiul regimului tranzitoriu, autoritatea contractantă trebuie să restituie contestatorului garanția de bună conduită în termen de cinci zile de la data la care decizia CNSC sau hotărârea judecătorească devine definitivă, chiar dacă contestatorul în mod evident abuzează de dreptul său de acces la căile de atac. În consecință, costurile pe care le implică regimul tranzitoriu ar putea să nu fie de natură să descurajeze un operator economic să depună o contestație care urmărește un alt obiectiv decât cele pentru care căile de atac au fost instituite – de exemplu, în scopul prejudicierii unui concurent. Acestea pot constitui totuși un obstacol în calea unui operator economic care are o cerere legitimă, dar care dispune de resurse limitate.

57. În sfârșit, regimul tranzitoriu – la fel ca și regimul inițial – nu face nicio distincție între cererile legitime și cele abuzive. Pentru acest motiv, restrângerea accesului la căile de atac pe care o implică acest regim depășește în mod vădit ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivului de a descuraja contestațiile abuzive.

58. Prin urmare, concluzionăm că articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665, precum și articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 92/13, citite în lumina articolului 47 din cartă, se opun unei reglementări naționale precum regimul tranzitoriu, care impune contestatorului obligația de a constitui o „garanție de bună conduită” pentru a obține accesul la o cale de atac împotriva deciziilor autorității contractante și conform căruia garanția se restituie în mod automat contestatorului la soluționarea definitivă a contestației, indiferent de rezultatul acesteia.

## Concluzie

59. În lumina considerațiilor de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Curtea de Apel București (România) și de Curtea de Apel Oradea (România) după cum urmează:

— Articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665/CEE 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, cu modificările ulterioare, și articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 92/13/CEE 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, citite în lumina articolului 47 din cartă, se opun unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiile principale, care impune contestatorului obligația de a constitui o «garanție de bună conduită» pentru a obține accesul la o cale de atac împotriva deciziilor autorității contractante privind atribuirea contractelor de achiziții publice și în temeiul căreia autoritatea contractantă trebuie să rețină garanția respectivă în cazul în care contestația este respinsă sau în cazul în care se renunță la contestație, indiferent dacă contestația este sau nu este abuzivă.

59 — Nu este clar dacă contestatorului îi sunt rambursate costurile respective de către autoritatea contractantă în cazul în care CNSC sau instanța judecătorească admite contestația. Chiar dacă aceasta ar fi situația, contestatorul care a avut câștig de cauză tot va trebui să suporte costurile inițiale pentru a obține accesul la căile de atac. Astfel, cerința de a depune o garanție va constitui în continuare un obstacol în calea accesului.

— Aceleași dispoziții din dreptul Uniunii se opun unei reglementări naționale care impune contestatorului obligația de a constitui o «garanție de bună conduită» pentru a obține accesul la o cale de atac împotriva deciziilor autorității contractante și conform căreia garanția se restituie în mod automat contestatorului la soluționarea definitivă a contestației, indiferent de rezultatul acesteia.”