

DECIZIA Nr.738
din 20 noiembrie 2018

referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.167 alin.(4) din
Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice

Publicată în Monitorul Oficial nr.260 din 04.04.2019

Valer Dorneanu	— președinte
Marian Enache	— judecător
Petre Lăzăroiu	— judecător
Mircea Ștefan Minea	— judecător
Daniel Marius Morar	— judecător
Mona-Maria Pivniceru	— judecător
Livia Doina Stanciu	— judecător
Simona-Maya Teodoroiu	— judecător
Varga Attila	— judecător
Andreea Costin	— magistrat-asistent

1. Pe rol se află soluționarea excepției de neconstituționalitate a prevederilor art.167 alin.(1) lit.c) și alin.(4) și ale art.164 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, excepție ridicată de Societatea Polaris M Holding — S.R.L. din Constanța în Dosarul nr.583/54/2017 al Curții de Apel Craiova — Secția contencios administrativ și fiscal și care constituie obiectul dosarului Curții Constituționale nr.1.423D/2017.

2. Dezbaterile au avut loc în ședința publică din 6 noiembrie 2018, în prezența reprezentantului autoarei excepției de neconstituționalitate, domnul avocat Mihai Adrian Hotca din Baroul București, cu delegație depusă la dosar, și cu participarea reprezentantului Ministerului Public, procuror Loredana Veisa, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, când Curtea, în temeiul prevederilor art.57 și art.58 alin.(3) din Legea nr.47/1992, având în vedere cererea de întrerupere a deliberărilor pentru o mai bună studiere a problemelor ce formează obiectul cauzei a amânat pronunțarea pentru data de 20 noiembrie 2018, dată la care a pronunțat prezenta decizie.

CURTEA,

având în vedere actele și lucrările dosarului, constată următoarele:

3. Prin Încheierea din 5 aprilie 2017, pronunțată în Dosarul nr.583/54/2017, **Curtea de Apel Craiova — Secția contencios administrativ și fiscal a sesizat Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.167 alin. (1) lit.c) și alin.(4) și ale art.164 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice.** Excepția a fost invocată de Societatea Polaris M Holding — S.R.L. din Constanța într-o cauză având ca obiect soluționarea plângerii formulate împotriva unei decizii a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor prin care a fost respinsă contestația formulată de autoarea excepției.

4. **În motivarea excepției de neconstituționalitate** se susține, în esență, că dispozițiile legale criticate înfrâng principiul prezumției de nevinovăție și principiul egalității în fața legii, întrucât împiedică participarea unor operatori economici în procedurile de achiziție publică. Astfel, se aplică o sancțiune unei persoane doar pentru că este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea anumitor fapte, fără ca instanța să pronunțe o hotărâre definitivă de condamnare pentru comiterea vreunei infracțiuni.

5. Se apreciază că numai judecătorul, în condițiile legii, poate dispune, cu titlu provizoriu și temporar, instituirea interdicției de participare la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică. Existența unui proces penal pe rol, în care o persoană juridică are calitatea de inculpat, este o împrejurare care, *per se*, nu poate determina excluderea unui operator economic de la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică. Atât timp cât o persoană este considerată nevinovată, în lipsa unei justificări obiective și necesare, apare ca fiind discriminată în raport cu ceilalți operatori economici care doresc să participe la o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică.

6. **Curtea de Apel Craiova — Secția contencios administrativ și fiscal** apreciază că dispozițiile legale criticate sunt constituționale. În acest sens arată că dispozițiile art.164 din Legea nr.98/2016 prevăd expres că sancțiunea excluderii unui operator economic din procedura de atribuire intervine atunci când autoritatea contractantă stabilește că acesta a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, iar art.167 alin. (1) lit.c) coroborat cu alin.(4) din lege califică ipoteza existenței unei proceduri de investigație în curs de derulare ca fiind o abatere profesională gravă ce poate pune în discuție integritatea și reputația operatorului, în sensul art.167 alin.(3) din lege.

7. Potrivit prevederilor art.30 alin.(1) din Legea nr.47/1992, încheierea de sesizare a fost comunicată președinților celor două Camere ale Parlamentului, Guvernului și Avocatului Poporului, pentru a-și exprima punctele de vedere asupra excepției de neconstituționalitate ridicate.

8. **Guvernul** apreciază că excepția de neconstituționalitate invocată este neîntemeiată.

9. **Președinții celor două Camere ale Parlamentului și Avocatul Poporului** nu au comunicat punctele lor de vedere asupra excepției de neconstituționalitate.

CURTEA,

examinând încheierea de sesizare, punctul de vedere al Guvernului, raportul întocmit de judecătorul-raportor, notele scrise depuse, susținerile reprezentantului părții prezente, concluziile procurorului, dispozițiile legale criticate, raportate la prevederile Constituției, precum și Legea nr.47/1992, reține următoarele:

10. Curtea Constituțională a fost legal sesizată și este competentă, potrivit dispozițiilor art.146 lit.d) din Constituție, precum și ale art.1 alin.(2), ale art.2, 3, 10 și 29 din Legea nr.47/1992, să soluționeze excepția de neconstituționalitate.

11. **Obiectul excepției de neconstituționalitate**, astfel cum rezultă din încheierea de sesizare, îl reprezintă dispozițiile art.164 și ale art.167 alin.(1) lit.c) și alin.(4) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.390 din 23 mai 2016. Curtea observă că, ulterior sesizării sale, Legea nr.98/2017 a fost modificată, iar prin art.I pct.22 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.107/2017 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.1.022 din 22 decembrie 2017, a fost abrogat alin.(4) al art.167 din lege.

12. Însă, având în vedere atât dispozițiile art.236 alin.(2) din Legea nr.98/2016 potrivit cărora „*Procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire*”, cât și Decizia nr.766 din 15 iunie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.549 din 3 august 2011, prin care s-a statuat că sintagma „în vigoare” din cuprinsul dispozițiilor art.29 alin.(1) și ale art.31 alin.(1) din Legea nr.47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată, este constituțională în măsura în care se interpretează în sensul că sunt supuse controlului de constituționalitate și legile sau ordonanțele ori dispozițiile din legi sau din ordonanțe ale căror efecte juridice continuă să se producă și după ieșirea lor din vigoare, Curtea va analiza prevederile legale criticate cu a căror constituționalitate a fost sesizată. Așadar, deși nu mai sunt în vigoare, dispozițiile art.167 alin.(4) din Legea nr.98/2016 își produc în continuare efectele juridice, deoarece procedura de licitație deschisă a fost inițiată de autoritatea contractantă prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice a anunțului de concesiune din 30 noiembrie 2016, deci ulterior intrării în vigoare a Legii nr.98/2016.

13. Totodată, având în vedere cadrul procesual al invocării excepției de neconstituționalitate, precum și motivarea acesteia, Curtea reține că obiect al acesteia îl constituie dispozițiile art. 167 alin.(4) din Legea nr.98/2016, care au următorul cuprins:

— Art.167 alin.(4): „(4) *Dispozițiile alin.(1) lit.c) sunt aplicabile și în situația în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin.(2) este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin.(1).*”

14. Dispozițiile legale la care face trimitere textul criticat, prevăd următoarele:

— Art.167. — „(1) *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;*”

— Art.164: „(1) *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și*

documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni:

a) constituirea unui grup infracțional organizat, prevăzută de art.367 din Legea nr.286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

b) infracțiuni de corupție, prevăzute de art.289—294 din Legea nr.286/2009, cu modificările și completările ulterioare, și infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție prevăzute de art.10—13 din Legea nr.78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

c) infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, prevăzute de art.18¹—18⁵ din Legea nr.78/2000, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

d) acte de terorism, prevăzute de art.32—35 și art.37—38 din Legea nr.535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

e) spălarea banilor, prevăzută de art.29 din Legea nr.656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, sau finanțarea terorismului, prevăzută de art.36 din Legea nr.535/2004, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

f) traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, prevăzute de art.209—217 din Legea nr.286/2009, cu modificările și completările ulterioare, sau de dispozițiile corespunzătoare ale legislației penale a statului în care respectivul operator economic a fost condamnat;

g) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995.

(2) *Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin.(1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.*"

15. În opinia autoarei excepției de neconstituționalitate, dispozițiile legale criticate încalcă prevederile constituționale ale art.23 alin.(11) privind prezumția de nevinovăție, art.53 privind restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți, precum și ale art.4 din Codul de procedură penală, art.11 alin. 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului referitoare la prezumția de nevinovăție, art.14 pct.2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice privind prezumția de nevinovăție, art.20 și art.48 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene privind egalitatea în fața legii și prezumția de nevinovăție, art.6 paragraful 2 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale privind prezumția de nevinovăție, precum și ale art.57 din Directiva 2014/24/UE.

16. Examinând excepția de neconstituționalitate, Curtea constată că dispozițiile art.164—167 din Legea nr.98/2016 reglementează motive de excludere a unui operator economic de la participarea la procedura de achiziții publice. Aceste dispoziții legale reprezintă o transpunere în legislația națională a Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr.94 din 28 martie 2014.

17. Astfel, art.164 din Legea nr.98/2016 prevede ca motiv de excludere condamnarea operatorului economic, prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru constituirea unui grup infracțional organizat, infracțiuni de corupție, infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, acte de terorism, spălarea banilor, traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile, fraudă, în sensul art.1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995. În ceea ce privește motivele de excludere, potrivit art.167 alin.(1) lit.c) din lege, autoritatea contractantă, având în vedere o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative, exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea. În înțelesul legii [art.167 alin.(3) din lege], *abatere profesională gravă* reprezintă orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă. Din conținutul normativ al art.167 alin.(1) lit.c) și al art.167 alin.(3) din Legea nr.98/2016, Curtea reține

că, indiferent de înțelesul dat de lege, abaterea profesională gravă trebuie stabilită în mod definitiv de o instanță de judecată sau de o autoritate administrativă competentă în domeniul respectiv. Așadar, în ambele ipoteze, operatorul economic va fi exclus din procedura de achiziție numai în temeiul unei hotărâri judecătorești, respectiv al unei decizii emise de o autoritate administrativă.

18. În continuare, Curtea constată faptul că printre motivele de excludere, astfel cum rezultă din coroborarea dispozițiilor art. 164 cu cele ale art.167 alin.(1) lit.c) din Legea nr.98/2016, se regăsește și excluderea operatorului economic de la procedura de atribuire a contractului în situația în care există în curs de derulare o procedură judiciară de investigație a săvârșirii unei infracțiuni, pe motivul că aceasta reprezintă o abatere profesională gravă, care pune în discuție integritatea operatorului economic. Astfel, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului orice operator economic și în situația în care acesta sau orice membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere sau care are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia este supus unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea unor fapte dintre cele expres prevăzute de art.164 alin.(1) din lege, și nu doar atunci când există o condamnare definitivă. Totodată, prin trimiterea făcută la art.167 alin.(1) lit. c) din lege, textul califică situația operatorului economic ca fiind o abatere profesională gravă ce poate pune în discuție integritatea și reputația acestuia. Cu alte cuvinte, Curtea reține că, potrivit art.167 alin.(4) din Legea nr.98/2016, existența în curs de derulare a unei proceduri judiciare de investigație a săvârșirii unei infracțiuni constituie temei de excludere a operatorului economic, pe motivul că aceasta reprezintă o abatere profesională gravă.

19. Din analiza conținutului normativ al art.167 alin.(4) din Legea nr.98/2016, Curtea observă că acest motiv de excludere a operatorului economic reprezintă o prevedere suplimentară față de art.57 din Directiva 2014/24/UE potrivit căruia „*Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: [...] (c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa*”. În acest sens, Curtea constată, astfel cum a reținut la paragraful 11 al prezentei decizii, că dispozițiile art.167 alin.(4) din Legea nr.98/2016 au fost abrogate prin art.I pct.22 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.107/2017, intervenția legislativă fiind motivată prin faptul că această dispoziție legală restricționa participarea la procedura de atribuire a ofertanților care nu au fost condamnați definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni, fiind, astfel, contrară sensului prevăzut de Directiva 24/2014/UE.

20. Sub acest aspect, având în vedere critica formulată prin raportare la încălcarea principiului prezumției de nevinovăție, precum și calitatea de persoană juridică a autoarei excepției de neconstituționalitate, Curtea reține că devin incidente dispozițiile titlului VI din Codul penal care reglementează răspunderea penală a persoanei juridice. Pentru a putea fi angajată răspunderea penală a acesteia, entitatea trebuie să aibă personalitate juridică, să nu facă parte din categoria celor excluse (statul și autoritățile publice), iar infracțiunea să fie săvârșită în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice. Vinovăția persoanei juridice se raportează la organele și organizarea acesteia, respectiv la conduita unor persoane fizice din cadrul persoanei juridice. Corelativ răspunderii penale a persoanei juridice devin aplicabile în privința acesteia, chiar dacă fac referire la noțiunea generică de „*persoană*”, dispozițiile art.4 din Codul de procedură penală potrivit cărora „*Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă*”. În jurisprudența sa, Curtea a statuat că din analiza acestui text de lege rezultă fără echivoc că, în absența unei hotărâri de condamnare, persoana în cauză beneficiază de prezumția de nevinovăție. De altfel, prezumția consacrată nu are în vedere existența sau inexistența unor proceduri preliminare în funcție de care aceasta operează, ci are în vedere, pe de o parte, un termen până la care este activă, respectiv până la pronunțarea unei hotărâri penale definitive, și, pe de altă parte, vizează dreptul suspectului de a nu fi obligat să își probeze nevinovăția. Altfel spus, până la dovedirea vinovăției de către organele judiciare, suspectul este presupus inocent. Prezumția are deci caracter procesual, așa încât, atunci când sunt indicii sau chiar probe temeinice de vinovăție, persoana în cauză continuă să beneficieze de această prezumție până la stabilirea vinovăției printr-o hotărâre definitivă de condamnare (a se vedea, în acest sens, Decizia nr.225 din 15 martie 2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.284 din 27 aprilie 2012).

21. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a aplicat în jurisprudența sa garanțiile dreptului la apărare prevăzute de art. 6 din Convenție și persoanelor juridice, considerând că acesta se aplică în același mod ca și persoanelor fizice și că o societate poate fi „*acuzată de o infracțiune*”, în sensul autonom al expresiei respective, în temeiul art.6 (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 12 noiembrie 2002 pronunțată în Cauza *Fortum Oil & Gas Oy împotriva Finlandei*, Hotărârea din 10 decembrie 1982, pronunțată în Cauza

Corigliano împotriva Italiei, paragraful 34, Hotărârea din 25 ianuarie 2000, pronunțată în Cauza *Aannemersbedrijf Gebroeders Van Leeuwen B.V. împotriva Țărilor de Jos*). Curtea Europeană a Drepturilor Omului a mai statuat că prezumția de nevinovăție figurează printre elementele procesului penal echitabil prevăzut de art.6 paragraful 1 din Convenție și garantează dreptul oricărei persoane de a nu fi considerată sau tratată ca fiind vinovată de săvârșirea unei infracțiuni înainte ca o instanță să decidă cu privire la vinovăția sa (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 25 martie 1983, pronunțată în Cauza *Minelli împotriva Elveției*, paragraful 27, Hotărârea din 10 februarie 1995, pronunțată în Cauza *Allenet de Ribemont împotriva Franței*, paragraful 35, sau Hotărârea din 21 septembrie 2006, pronunțată în Cauza *Pandy împotriva Belgiei*, paragraful 42, Hotărârea din 13 martie 2012, pronunțată în Cauza *Societe Bouygues Telecom împotriva Franței*, paragraful 53).

22. Garantarea dreptului la prezumția de nevinovăție incumbă nu numai autorităților judiciare, ci și oricărei persoane sau autorități publice. Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în jurisprudența sa, a extins sfera de aplicare a art.6 paragraful 2 din Convenție la diferite proceduri administrative care au avut loc în același timp cu procedurile penale împotriva unei persoane sau după încheierea acestor proceduri, fără ca o decizie privind stabilirea vinovăției penale să fie emisă, atât timp cât există o legătură între cele două proceduri (Hotărârea din 27 septembrie 2007, pronunțată în Cauza *Vassilios Stavropoulos împotriva Greciei*, paragrafele 31 și 32).

23. Și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a statuat că persoanele juridice beneficiază de prezumția de nevinovăție și de dreptul la apărare, acest principiu presupunând că orice persoană acuzată este prezumată nevinovată până în momentul în care vinovăția ei a fost legal stabilită. Astfel, ea se opune oricărei constatări formale și chiar oricărei aluzii referitoare la răspunderea unei persoane acuzate de o încălcare, formulată într-o decizie care pune capăt procedurii, fără ca această persoană să fi putut beneficia de toate garanțiile care trebuie să însoțească exercitarea dreptului la apărare în cadrul unei proceduri care își urmează cursul normal și care se finalizează printr-o decizie privind caracterul întemeiat al contestației (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 26 noiembrie 2013 pronunțată în Cauza C-58/12P, *Groupe Gascogne împotriva Comisiei*, paragraful 32, Hotărârea din 6 octombrie 2015, pronunțată în Cauza T-22/02, *Sumitomo Chemical și Sumika Fine Chemicals împotriva Comisiei*, paragraful 106, Hotărârea din 12 octombrie 2007 pronunțată în Cauza T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse împotriva Comisiei*, paragraful 76, și Hotărârea din 16 septembrie 2013, pronunțată în Cauza T-373/10, *Villeroy & Boch Austria împotriva Comisiei*, paragraful 158).

24. În ceea ce privește art.47 și art.48 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene privind dreptul la apărare și prezumția de nevinovăție, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că aceste drepturi trebuie să fie respectate în toate procedurile cu privire la încălcări ale normelor de concurență susceptibile să conducă la aplicarea unor sancțiuni, cum ar fi amenzi sau penalități cu titlu cominatoriu, chiar dacă este vorba de o procedură care are un caracter administrativ. În această privință, Curtea s-a întemeiat în mod expres pe natura încălcărilor în cauză, precum și pe natura și pe gradul de severitate ale sancțiunilor aferente. Curtea a mai reținut, de asemenea, că respectarea acestor garanții este de o importanță cu atât mai mare, cu cât ne aflăm în cadrul unei proceduri cu caracter cvasipenal, în care Comisia exercită funcții de investigație, de cercetare și de decizie și dispune, în această privință, de o largă putere de apreciere (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 8 iulie 1999, pronunțată în Cauza *Hüls împotriva Comisiei*, paragrafele 149 și 150 și Hotărârea din 21 noiembrie 1991, pronunțată în Cauza *Technische Universität München*, paragraful 14).

25. În acest context, raportat la cauza de față, Curtea reține că sancțiunea excluderii unui operator economic din procedura de atribuire intervine atunci când autoritatea contractantă stabilește că acesta a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești pentru una dintre infracțiunile enumerate strict și limitativ de art.164 alin.(1) din Legea nr.98/2016. De asemenea, potrivit art.167 alin.(1) lit.c) din lege, autoritatea contractantă, având în vedere o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative, exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea. Așadar, în ambele ipoteze operatorul economic va fi exclus din procedura de achiziție numai în temeiul unei hotărâri judecătorești, respectiv al unei decizii a unei autorități administrative.

26. În schimb, Curtea reține că în ipoteza art.167 alin.(4) din Legea nr.98/2016 care extinde sfera situațiilor în care un operator economic este exclus din procedura de achiziții publice la situația în care acesta este subiectul unei investigații în derulare pentru săvârșirea infracțiunilor prevăzute de art.164 din lege, autoritatea contractantă are rolul de a stabili în sarcina operatorului economic săvârșirea unei abateri profesionale grave prin raportare la presupusa săvârșire a unei infracțiuni, substituindu-se, în acest fel, unei

instanțe de judecată sau unei autorități administrative competente, întrucât, potrivit art.167 alin.(1) din lege, dovedirea abaterii profesionale grave se face de către aceasta prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative. Astfel, potrivit dispoziției legale criticate, autoritatea contractantă dispune de o marjă largă de apreciere cu privire la condițiile săvârșirii unei presupuse infracțiuni, precum și la integritatea și reputația operatorului economic determinate prin raportare la circumstanțele faptei penale, putând decide cu privire la aceste elemente înainte ca vinovăția acestuia să fi fost stabilită de o instanță de judecată.

27. Prin urmare, în condițiile în care instanța judecătorească nu a pronunțat o hotărâre definitivă în sensul condamnării operatorului economic pentru săvârșirea unei infracțiuni, Curtea reține că autoritatea contractantă restricționează participarea acestuia la procedura de achiziție prin încălcarea prezumției sale de nevinovăție, fiind astfel nesocotit art.23 alin.(11) din Constituție, astfel cum acesta se interpretează, potrivit art.20 alin.(1) din Constituție, prin prisma exigențelor art.6 paragraful 2 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

28. Totodată, Curtea constată că prin încălcarea prezumției de nevinovăție a operatorului economic, acesta este pus într-o situație defavorizată față de alte persoane juridice participante la procedură și care se bucură de prezumția de nevinovăție. Sub acest aspect, în jurisprudența sa, Curtea a reținut că nesocotirea principiului egalității în drepturi are drept consecință neconstituționalitatea privilegiului sau a discriminării care a determinat, din punct de vedere normativ, încălcarea principiului și că discriminarea se bazează pe noțiunea de excludere de la un drept (Decizia Curții Constituționale nr.62 din 21 octombrie 1993, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.49 din 25 februarie 1994), iar remediul constituțional specific, în cazul constatării neconstituționalității discriminării, îl reprezintă acordarea sau accesul la beneficiul dreptului (a se vedea, în acest sens, Decizia nr.685 din 28 iunie 2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.470 din 11 iulie 2012, Decizia nr.164 din 12 martie 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.296 din 23 mai 2013, sau Decizia nr. 681 din 13 noiembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.889 din 8 decembrie 2014). În schimb, privilegiul se definește ca un avantaj sau o favoare nejustificată acordată unei persoane/categorii de persoane; în acest caz, neconstituționalitatea privilegiului nu echivalează cu acordarea beneficiului acestuia tuturor persoanelor/categoriilor de persoane, ci cu eliminarea sa, respectiv cu eliminarea privilegiului nejustificat acordat. Așadar, sintagma „*fără privilegii și fără discriminări*” din cuprinsul art.16 alin.(1) din Constituție privește două ipoteze normative distincte, iar incidența uneia sau alteia dintre acestea implică, în mod necesar, sancțiuni de drept constituțional diferite, astfel cum s-a arătat mai sus.

29. Or, în cauza de față, Curtea constată existența unei discriminări, remediul constituțional specific fiind acordarea sau accesul la beneficiul dreptului, respectiv a dreptului operatorului economic de a participa la procedură.

30. Pentru considerentele expuse mai sus, în temeiul art.146 lit.d) și al art.147 alin.(4) din Constituție, al art.1—3, al art.11 alin.(1) lit.A.d) și al art.29 din Legea nr.47/1992, cu unanimitate de voturi,

CURTEA CONSTITUȚIONALĂ

În numele legii

DECIDE:

Admite excepția de neconstituționalitate ridicată de Societatea Polaris M Holding — S.R.L. din Constanța în Dosarul nr.583/54/2017 al Curții de Apel Craiova — Secția contencios administrativ și fiscal și constată că dispozițiile art.167 alin.(4) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice sunt neconstituționale.

Definitivă și general obligatorie.

Decizia se comunică celor două Camere ale Parlamentului, Guvernului și Curții de Apel Craiova — Secția contencios administrativ și fiscal și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Pronunțată în ședința din data de 20 noiembrie 2018.