



CONCLUZIILE

Seminarului "Probleme jurisprudențiale în materia achizițiilor publice" *

Participanți

Judecători din cadrul Secțiilor de contencios administrativ și fiscal ale Curții de Apel București și Tribunalului București.

Consilieri de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice și personal tehnic implicat în activitatea de pe lângă completele de soluționare a contestațiilor – CNSC.

Invitați prezenți: Institutul Național al Magistraturii, Ministerul Fondurilor Europene, Autoritatea Națională pentru Achiziții Publice, Autoritatea de Audit, Curtea de Conturi, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Reprezentanța Comisiei Europene la București.

Teme/concluzii**

- 1. Limitele de admisibilitate a analizei în etapa de contestație administrativ jurisdicțională sau de plângere la decizia CNSC, după caz, a motivelor invocate suplimentar față de cele indicate în notificarea prealabilă sau, după caz, în contestație. Lipsa motivării concrete din notificarea prealabilă contestației poate avea consecința respingerii contestației (chiar dacă aceasta cuprinde motivarea concretă), ca inadmisibilă?**

1.1. Pornind de la prevederile coroborate ale art. 6 alin. (1) și (2) cu cele ale art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 se deduce că obiectul contestației ar trebui să concorde cu obiectul notificării (nu este exclusă formularea unor cereri subsecvente, implicite, doar în contestație), în sensul exercitării efective a dreptului la o cale de remediere rapidă și eficientă împotriva aceluia act vătămător pentru cel ce sesizează/atacă. Cu toate acestea, motivele suplimentare, care vizează aceeași finalitate a cauzei cu cea de la învestirea CNSC/instanței, nu ar trebui înlăturate din analiză.

1.2. Funcție de complexitatea cauzei, lipsa motivării explicite / detaliate a notificării prealabile nu poate avea drept consecință respingerea contestației, câtă vreme, aceasta din urmă conține toate elementele impuse la art. 10 și art. 50 din Legea nr. 101/2016, analiza urmând a se efectua în concret, de la caz la caz.

* organizat în perioada 22.11.2016 – 23.11.2016

**concluziile reflectă opinia majoritară a celor ce au dezbătut tema, funcție de caracteristicile individuale ale acestora

2. Limitele revocării de către autoritatea contractantă a actelor administrative emise în cadrul unei proceduri de atribuire.

CNSC/Instanța de judecată se pronunță în limitele investiției. Autoritatea contractantă obligată la anularea unui document, în parte, poate aprecia asupra necesității revocării/anulării acestuia în tot, precum și asupra anulării unor acte subsecvente sau nu, dar care sunt afectate de aceleași sau alte condiții de nelegalitate care au determinat anularea dispusă de instanță/Consiliu, în temeiul egalității de tratament a ofertanților aflați în situații similare. În această situație, revine autorității contractante sarcina de a proba temeinicia demersului său, în cazul în care i se opun drepturi pretins a fi dobândite de alți operatori economici implicați în procedură. Desemnarea ofertantului câștigător, comunicată acestuia, în orice fel permis de lege, nu reprezintă un drept/act „intrat în circuitul civil”.

3. Efectele Legii nr. 101/2016 sub aspectul cadrului procesual specific plângerii și limitării administrării de probe în cursul acesteia. Natura intervenției formulate de ceilalți operatori economici în procedura contestației, respectiv intervenție voluntară principală/ accesorie/ sui generis.

3.1 Instanța de judecată se pronunță în limitele investiției sale prin plângere și în raport de dispozițiile art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016, care asigură acces la o cale de atac judiciară oricărui dintre părțile cauzei soluționate de CNSC. Petentul ce nu a fost parte în litigiul din fața Consiliului este supus riscului de a-i fi respinsă plângerea, pentru lipsa calității procesuale active, motivat și de faptul că, prin art. 16 alin. 2 al legii, i se asigură o informare completă asupra existenței și conținutului contestației care i-ar putea afecta interesele.

3.2 În raport cu prevederile art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, cererea de intervenție înaintată CNSC poate fi considerată, după caz, o cerere de intervenție voluntară principală, o cerere de intervenție voluntară accesorie sau o cerere de intervenție sui – generis, specifică procedurii administrativ-jurisdicționale. În primele două situații, distincția poate fi dată de momentul și/sau modul de formulare a petiției cererilor înaintate și de interesul în procedură al autorului, în timp ce caracterul specific al cererii (a treia ipoteză) rezultă din regulile de înaintare specifice, spre deosebire de cele din Codul de procedură civilă (de ex. termen de exercitare de 10 zile; comunicarea către părți odată cu înaintarea la CNSC). De interes, în discuție, este admisibilitatea unei plângeri formulate de intervenientul accesoriu, aspect ce pare a fi tranșat prin dispozițiile amintitului art. 29 din Lege, care extinde posibilitatea formulării plângerii „de către oricare dintre părțile cauzei”.

4. În ce măsură este îndreptățit să primească cheltuieli de judecată intervenientul accesoriu? Analiza deciziei Curții de Apel Suceava nr. 861/2016/13.09.2016, pronunțată în dosarul nr. 659/39/2016, ce a respins solicitarea acordării lor.

Întrucât intervenientul accesoriu, în litigiile din domeniu, sprijină, aproape unanim, poziția procesuală a autorității contractante, pare că acesta nu ar putea pretinde cu succes cheltuielile,

înaintate voluntar, de la partea căzută în pretenții. În același timp, calitatea de parte în litigiu/proces poate reprezenta motivul principal de revendicare a cheltuielilor avansate în sprijinul aflării adevărului.

5. Executarea silită a deciziilor C.N.S.C.

Nu există un mecanism juridic specific și expres reglementat pentru executarea silită a deciziilor CNSC. În raport de disp. art. 68 din Legea nr. 101/2016, poate fi analizată după caz, în ipoteza unei preținse omisiuni de conformare a autorității contractante față de soluția dispusă, existența unui remediu judiciar reieșit din coroborarea Directivei 89/665/CEE cu dispozițiile art. 24 și urm. din Legea nr. 554/2004, respectiv art. 635 și art. 906 din Legea nr. 134/2010 republicată, instrumentul de executare silită trebuind să se afle la dispoziția părții care a obținut în procedura contestației / plângerii o soluție favorabilă în sensul remedierii actelor autorității contractante.

6. Cauze de anulare sau/și cauze de nulitate a contractului de achiziție publică.

6.1 Există o necorelare a textelor de interes din Legea nr. 101/2016 privind competența, în primă instanță, în cauzele privind anularea / constatarea nulității contractului de achiziție publică, față de art. 53 alin. (1) și art. 58 alin. (2) din Lege.

6.2 Enumerarea cazurilor în care ar putea fi pronunțată nulitatea absolută totală/partială a contractului, la alin. (2) al art. 58 din Legea nr. 101/2016, pare a avea caracter exhaustiv în cazul acțiunilor introduse de un terț față de contractul litigios, acțiunea formulată de părțile contractului fiind susceptibilă de încadrare în disp. art. 53 și urm. din același act normativ.

7. Taxa judiciară de timbru aferentă plângerii.

În raport de textele art. 36 și art. 56 din Legea nr. 101/2016, date fiind și considerentele deciziei nr. 2/2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul competent să judece recursul în interesul legii, taxa judiciară de timbru aferentă plângerii reiese a fi în cuantum de 225 de lei, acțiunea menționată având natura uneia neevaluabile în bani, cu sublinierea că atunci când, odată cu plângerea împotriva deciziei pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, partea formulează și capete de cerere vizând contractele aflate în sfera de aplicare a Legii, în aplicarea dispozițiilor art. 34 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013, taxa judiciară de timbru se determină pentru acestea la valoare, procentual.

8. Lipsa semnăturii electronice a DUAЕ poate constitui o inadvertență de formă, astfel încât să impună solicitarea de clarificări din partea autorității contractante? Aplicarea condiției de admisibilitate a ofertei prevăzută la art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016; sancțiunea necompletării DUAЕ în conformitate cu criteriile

stabilite de autoritatea contractantă. Natura juridică a Notificării privind utilizarea DUAЕ din 01.09.2016; inadvertențe de formă și fond.

8.1 Utilizarea DUAЕ este o obligație pentru orice procedură de atribuire pentru care se publică un anunț de participare, conform Legilor nr. 98 și 99 din 2016;

8.2 Regulamentul 2016/7/CE obligă la utilizarea DUAЕ începând cu 18.04.2016, iar în România este obligatorie chiar formatul electronic al acestuia;

8.3 Semnătura electronică pe DUAЕ este o obligație pentru orice ofertant, dar lipsa ei trebuie analizată de la caz la caz, funcție de complexitatea procedurii/ofertei și de capacitatea efectivă a celor implicați (autorități contractante; operatori economici), cel puțin pentru perioada imediată. Respingerea automată a unei astfel de oferte poate fi considerată excesiv de formală;

8.4 Posibilitatea solicitării de clarificări în legătură cu lipsa unor informații din DUAЕ nu trebuie exclusă, ci trebuie analizată în raport cu principiul proporționalității;

8.5 Textul de la art. 137 alin. 2 lit. b) din HG nr. 395/2016 („a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”) trebuie înțeles în sensul că reglementează, exclusiv, situația nerespectării criteriilor de calificare, prin completarea lui și nu erorile de întocmire/omisiunile de completare a informațiilor;

8.6 Notificarea privind utilizarea DUAЕ, din 01.09.2016, emisă de ANAP, nu poate aduce reguli suplimentare sau superioare celor regăsite în HG nr. 395/2016, care se va aplica cu prioritate.

8.7 Jurisprudența de viitor va clarifica toate posibilele abordări diverse ale regimului juridic aplicabil DUAЕ, inclusiv efectele utilizării lui în proceduri.

9. Modul de interpretare a prevederilor art. 134 alin. (10) din Normele aprobate prin HG nr. 395 din 2016. Analiza Deciziei nr. 1629/C6/1878 din 21.09.2016.

Posibilitatea de corectare a erorilor aritmetice, adică acele „aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant”, trebuie să fie utilizată, exclusiv, în sensul analizei cu obiectivitate a posibilității de corectare a prețului, fără a se accepta modificări interzise explicit de legislație (propunerea tehnică sau clasamentul ofertelor) sau încălcarea principiilor din domeniu.