
Sinteza discuțiilor purtate în cadrul

Seminarului pentru unificarea practicii administrativ – jurisdicționale, conform Legii nr. 101/2016

24 – 27 mai 2017

Târgu Mureș

Seminarul a fost organizat de către CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, în cooperare cu INSTITUTUL NAȚIONAL AL MAGISTRATURII și sprijinul CURȚII DE APEL Tg. MUREȘ

Moderator Horațiu PĂTRAȘCU - judecător Curtea de Apel București/formator I.N.M

Participanți

Judecători din cadrul Secțiilor de contencios administrativ și fiscal ale Curților de Apel București, Cluj, Brașov, Alba, Craiova, Ploiești, Pitești și Tribunalele: București, Constanța, Mureș, Bihor, Cluj și Brașov.

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, Ministerul Public.

Teme

1. Controlul de legalitate realizat de instanțele de contencios administrativ în materia achizițiilor publice în lumina noilor dispoziții ale Legii nr. 101/2016. Efectele Legii nr. 101/2016 sub aspectul cadrului procesual specific plângerii și limitării administrării de probe în cursul acesteia;

Instanța de judecată se pronunță în limitele învestirii sale prin plângere și în raport de dispozițiile art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016, coroborate cu art.1 și 8 din Legea nr.554/2004, care asigură acces la o cale de atac judiciară în fața instanței de contencios administrativ oricărei persoane vătămate prin Decizia CNSC și evident părților cauzei soluționate de CNSC.

Potrivit art.29 din Legea nr.101/2016, (1) Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către *oricare dintre părțile cauzei*, cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare. (2) În calea de atac a plângerii nu se poate schimba cadrul procesual stabilit în fața Consiliului. De asemenea, nu se pot schimba calitatea părților, cauza sau obiectul contestației și nici nu se pot formula pretenții noi.

Potentul, ofertant câștigător, care nu avea interes de a formula notificare și contestație împotriva rezultatului procedurii de atribuire și care nu a formulat cerere de intervenție în condițiile art.17 alin.3 din lege, prin urmare, 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 101/2016, i se asigură o informare completă asupra existenței și conținutului contestației care i-ar putea afecta interesele.

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. Calificarea corectă a acestei cereri prin raportare la specificul procedurilor de achiziție publică este evitarea distincțiilor din Codul de procedură civilă, o cerere de intervenție prin care ofertantul care nu avea interes să formuleze notificare și care nu vrea să câștige „procesul” pentru sine, întrucât nu solicită admiterea contestației, fiind un demers judiciar prin care tinde să-și apere dreptul câștigat în procedura de achiziție.

Din acest punct de vedere, formularea unei cereri de intervenție voluntară accesorie nu oferă garanții suficiente întrucât intervenientul accesoriu este limitat procedural de demersurile părții în folosul căreia a formulat cererea, astfel încât, în măsura în care această parte nu a formulat plângere, nici intervenientul accesoriu nu poate formula o asemenea cale de atac.

Prin urmare, intervenția ofertantului declarat câștigător sau al oricărui alt ofertant, în afara contestatorului în cadrul contestației, este o cerere de intervenție specifică procedurilor de achiziție publică, care conferă intervenientului drepturi procesuale proprii, calitatea de parte, cu toate garanțiile procesuale prevăzute de lege, pentru garantarea respectării dreptului la apărare, a principiului contradictorialității, a unui proces echitabil și a dreptului la o cale de atac eficientă.

2. Modul de aplicare a art.16¹ din Legea nr. 554/2004, limite, consecințe pe plan procedural; Modalități procedurale de intervenție a celorlalți operatori economici participanți la procedura de achiziție publică în procedura contestației.

Limitele de admisibilitate a analizei în contestație sau plângere atunci când acestea conțin motive suplimentare celor dezvoltate în notificarea prealabilă sau, după caz, contestație; Lipsa motivării concrete din notificarea prealabilă-consecințe.

2.1. Posibilitatea introducerii în cauză a altui subiect de drept, conform art.16¹ din Legea nr. 554/2004 (*Instanța de contencios administrativ poate introduce în cauză, la cerere, organismele sociale interesate sau poate pune în discuție, din oficiu, necesitatea introducerii în cauză a acestora, precum și a altor subiecte de drept.*).

În cadrul jurisdicției speciale administrative din fața Consiliului, acesta are posibilitatea și obligația de a stabili „cadrul procesual”, cu alte cuvinte de a identifica „titularii raportului juridic dedus judecății” și de a-i identifica ca părți, atât în dosar cât și în SEAP, pentru respectarea principiului contradictorialității, dreptului la apărare și art.78 din Codul de procedură civilă, cu care Legea nr.101/2016 se completează în mod corespunzător prin efectul art.68.

Dispozițiile procedurale speciale care reglementează procedura în fața Consiliului, deși nu prevăd expres, converg către o asemenea soluție, cu atât mai mult cu cât noile dispoziții prevăd la

art.11 o procedură similară procedurii de regularizare din Codul de procedură civilă, astfel încât aceasta presupune o „pregătire” a dosarului, în vederea judecării în condiții procedurale, operațiunea de identificare a cadrului procesual, fiind una administrativă, la primirea dosarului, de vreme ce oricum părțile nu se citează în fața Consiliului.

Operațiunea de stabilire a cadrului procesual este foarte importantă, deoarece, în afara ofertantului contestator, titularul notificării și persoana care se consideră vătămată printr-un act al autorității contractante, intimata-autoritatea contractantă, întotdeauna parte, se poate vorbi și de intimatul ofertant câștigător, al cărui drept câștigat în procedura de achiziție este contestat. De asemenea, ceilalți ofertanți pot să formuleze cerere de intervenție art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016.

Conferind drepturi procesuale proprii ofertantului câștigător, al cărui drept este contestat, acestuia i se garantează dreptul la apărare, se respectă principiul contradictorialității, specifice procedurilor speciale administrativ jurisdicționale, precum și calitate procesuală de a formula plângere împotriva Deciziei CNSC.

În măsura în care în fața instanței de contencios administrativ formulează totuși plângere ofertantul declarat câștigător, care nu a fost introdus în cauză din oficiu în calitate de intimat și care nu a formulat cerere de intervenție, nu i se poate refuza accesul la instanța de contencios administrativ în contextul în care a fost vătămat în drepturile sale dobândite în procedura de achiziție publică, numai pentru faptul că nu a avut „diligența” necesară de a urmări în SEAP dacă dreptul său a fost contestat în termen, în condițiile în care autoritatea contractantă are obligația comunicării către ceilalți ofertanți doar dacă adoptă măsuri de remediere nu și atunci când nu adoptă asemenea măsuri după formularea notificării sau a contestației.

Prin urmare, plângerea este admisibilă și nu se poate susține că nu are calitate procesuală activă întrucât este titular al raportului juridic de achiziție publică, depunând ofertă și fiind declarat câștigător.

Dacă, ofertantul declarat câștigător nu a fost introdus în cauză în fața CNSC, nu a formulat cerere de intervenție, însă contestația a fost respinsă, acesta nu are interes să formuleze plângere, însă în cazul în care formulează plângere contestatorul punând în discuție pe fond dreptul dobândit, se impune aplicarea art.16¹ din Legea nr. 554/2004, punerea în discuție din oficiu, dacă nu s-a solicitat de vreuna din părți, a necesității introducerii în cauză a ofertantului declarat câștigător, sub sancțiunea respingerii plângerii ca inadmisibilă, în raport de dispozițiile art.78 alin.2 din Codul de procedură civilă, întrucât soluționarea cauzei cu consecința anulării dreptului dobândit de o persoană, fără ca acesata să fi fost citată și să i se respecte dreptul la apărare este o încălcare a dreptului la un proces echitabil.

2.2. 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, însă nu este exclusă formularea cu ocazia formulării contestației a unor cereri, 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 investirea CNSC/instanței, nu ar trebui înlăturate din analiză, în măsura în care nu este o cerere nouă, respectiv nu modifică petitul formulat inițial. Cu alte cuvinte, dacă se aduc argumente suplimentare în sprijinul celor solicitate în notificare, acestea pot fi primite, însă dacă se solicită de exemplu, în plus, declararea ca neconformă a unei oferte, deși nu se solicitase inițial, suntem în prezența unei cereri noi.

Funcție de complexitatea cauzei, lipsa motivării explicite/detaliată 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.

Notificarea are natura juridică a unei proceduri administrative prealabile, fiind necesară formularea acesteia sub sancțiunea inadmisibilității, constituind condiție de exercițiu a contestației, fine de neprimire. Este expresia revocabilității actului vătămător emis de autoritatea contractantă, astfel că este de esența acesteia ca autoritatea contractantă să aibă posibilitatea să adopte măsuri de remediere. De altfel acesta este și sensul pentru care legiuitorul i-a dat un efect suspensiv, prin art.7 din lege.

Din acest punct de vedere (notificare), pentru a se evita formularea unei notificări formale, este necesar ca aceasta să conțină cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz. În cazul în care se formulează o notificare nemotivată, în lipsă de prevedere sancționatorie expresă, nu se poate respinge ca inadmisibilă contestația.

Contestatorul însă nu va putea formula contestația decât în limitele stabilite prin notificare, din punct de vedere al petitului, neputând formula solicitări suplimentare, dacă nu le-a invocat inițial prin notificare autorității contractante.

Totuși, în situația în care, autoritatea contractantă nu i-a comunicat notificatorului actul administrativ prin care oferta sa a fost respinsă sau care l-a vătămat în drepturile sale, ci doar o adresă de înștiințare că oferta sa a fost respinsă și nici o motivare a actului administrativ prin care să-i aducă la cunoștință motivele de fapt și de drept care au fundamentat decizia autorității contractante și nici alte informații privind oferta câștigătoare, iar autoritatea contractantă nu i-a oferit acestuia accesul la dosarul achiziției, în condițiile art.217 alin.6 din Legea nr.98/2017, notificatorul fiind pus în mod efectiv în imposibilitatea de a formula o cale de atac eficientă, contestatorului i se poate admite o completare la contestație, dacă motivele i-au parvenit ulterior depunerii acesteia și termenul de formulare a contestației a expirat.

De asemenea, când autoritatea contractantă nu a adoptat măsuri de remediere, comunicând explicit acest lucru sau când nu a răspuns la notificare, notificatorului contestator, care nu a putut în mod obiectiv și rezonabil să ia cunoștință de motivele pentru care oferta sa a fost respinsă și oferta câștigătorului admisă, i se poate permite acestuia să formuleze completare la contestație în termenul legal de formulare, de la data luării efectiv la cunoștință de dosarul achiziției.

Contestația administrativ-jurisdicțională trebuie să fie un remediu efectiv și o procedură eficientă care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, or, persoana vătămată de decizia autorității contractantă trebuie să aibă toate mijloacele legale pentru a putea formula o cale de atac efectivă și eficientă, fără a i se putea opune lipsa de transparență decizională și nerespectarea obligației autorităților de motivare a actului administrativ și a dreptului la informare, pentru a-i vătămă acest drept, fiind astfel încălcat dreptul la bună administrare, dreptul la apărare și dreptul la un proces echitabil.

Potrivit art.6 Titlul I din versiunea consolidată a TFUE, așa cum a fost modificat prin Tratatul de la Lisabona, Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile enunțate în Carta

Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, proclamată de Parlamentul European, Consiliul Europei și Comisiei Europene 2007/C 303/01, Uniunea Europeană, la art.41 *fiind prevăzut dreptul la bună administrare*, iar potrivit acestei prevederi, orice persoană are dreptul de a beneficia, în ceea ce privește problemele sale, *de un tratament imparțial, echitabil și într-un termen rezonabil din partea instituțiilor, organelor, oficiilor și agenților Uniunii*. Acest drept include în principal: a) dreptul oricărei persoane de a fi ascultată înainte de luarea oricărei măsuri individuale care ar putea să-i aducă atingere; b) dreptul oricărei persoane de a avea acces la dosarul propriu, cu respectarea intereselor legitime legate de confidențialitate și secretul profesional și comercial; c) obligația administrației de a-și motiva deciziile.

În activitatea sa, administrația publică trebuie să respecte legea. Astfel că noțiunea de bună administrare ajută la înțelegerea rolului controlului de legalitate, respectiv al controlului puterii discreționare a administrației și al abuzului de putere. O autoritate administrativă dispune de puterea discreționară (puterea de apreciere) atunci când are dreptul de a alege între mai multe decizii, care trebuie să fie conforme cu legalitatea. Ea rămâne liberă de a aprecia oportunitatea în funcție de circumstanțe, soluția care îi pare mai bună adaptată la situație, legea în vigoare lăsându-i acesteia o marjă de autonomie în acest sens.

În dreptul european puterea discreționară a administrației este limitată de *principiul proporționalității*. În virtutea acestui principiu, conținutul și forma de acțiune a instituțiilor Uniunii nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor tratatelor constitutive. Dacă o instituție comunitară este nevoită să intervină într-o situație dată, această intervenție trebuie limitată la eficacitatea sa, mai precis mijloacele folosite, trebuie să fie proporționale cauzei în vederea atingerii eficienței acțiunii. Orice depășire a mijloacelor intră în sfera abuzului prin încălcarea flagrantă a principiului proporționalității. *Principiul proporționalității este de asemenea un instrument indispensabil și folosit în mod frecvent, în situațiile în care se permite ca exercitarea drepturilor individuale să fie limitată, însă astfel de limitări sau restricții trebuie să îndeplinească cumulativ anumite condiții: trebuie să fie legale și să fie adecvate scopului pentru care au fost instituite.*

Prin urmare, în situația în care notificatorul-contestator nu a avut la îndemână toate elementele necesare pentru a susține o procedură eficientă, notificare și contestație, întrucât autoritatea a încălcat dreptul la bună administrare, astfel cum s-a arătat, o respingere formală a contestației administrativ-jurisdicționale, fără ca persoana vătămată de decizia autorității contractante să poată în mod efectiv să susțină demersul său jurisdicțional, reprezintă o încălcare a principiului proporționalității.

3. *Aplicarea condiției de admisibilitate a ofertei prevăzută de art.137 alin.2 lit. b) din HG nr. 395/2016; sancțiunea necompletării DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă; Natura juridică a Notificării privind utilizarea DUAE din 01.09.2016; condiții de formă și fond; Lipsa semnăturii electronice a DUAE; Aplicație practică utilizare DUAE.*

3.1. 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 DUAE 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;

3.2. Posibilitatea solicitării de clarificări în legătură cu lipsa unor informații din DUAE nu trebuie exclusă, de principiu, ci trebuie analizată în raport cu principiul proporționalității, în lipsa unor dispoziții exprese, contrarii, ale documentației de atribuire;

3.3. Notificarea privind utilizarea DUAE, din 01.09.2016, emisă de ANAP, nu poate aduce

reguli suplimentare sau superioare celor regăsite în HG nr. 395/2016, care se vor aplica cu prioritate. Trimiterile, din ea, la "condiții de fond" și "condiții de formă" sunt exemplificative și nu obligatorii.

3.4. Semnătura electronică pe DUAE 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). Respingerea automată a unei astfel de oferte poate fi considerată excesiv de formală, în lipsa unor dispoziții exprese, contrarii, ale documentației de atribuire;

3.5. Utilizarea DUAE este o obligație pentru orice procedură de atribuire pentru care se publică un anunț de participare, conform Legilor nr. 98 și 99 din 2016 și Regulamentului 2016/7/CE.

4. *Regimul solicitării de clarificări din partea autorității contractante; Limitele solicitării de clarificări. Consecințe pe plan procedural și substanțial.*

Clarificarea ofertei nu trebuie să conducă, în principiu, la depunerea unei oferte noi. Modificarea sau completarea ofertei nu poate fi admisă decât în condițiile precizate la art. 134 din Norma de aplicare a Legii, aprobată prin HG nr. 395/2016. Solicitarea în mod repetat de clarificări nu este, de principiu, interzisă, mai ales în situația în care obiectul acestora este diferit. Instanța/Consiliul poate impune autorității contractante reevaluarea ofertelor, inclusiv asupra aspectelor aparent clarificate în precedent, dacă, în raport cu principiul proporționalității, acest demers este necesar și adecvat. Este sancționabilă decizia autorității contractante de a respinge o ofertă ca inadmisibilă sau neconformă, fără ca în prealabilă prin formularea de clarificări să facă toate diligențele rezonabile pentru a lămuri aspectele în discuție.

5. *Criterii de calificare și selecție în contextul noilor prevederi în domeniul achizițiilor publice; Motive de excludere a candidatului / ofertantului din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică / acordului – cadru;*

Excluderea ofertantului pentru nerespectarea, în precedent, a obligațiilor contractuale trebuie să se bazeze pe o evaluare completă a cauzelor de neîndeplinire. Nu este suficientă, pentru excluderea ofertei, existența unui document care atestă nerespectarea unor obligații contractuale. Se impune verificarea condițiilor obligatorii, cumulative, din art. 167 alin. (1) lit. g) Legea nr. 98/2016, cât și a celor din art. 168 alin. (1), respectiv a dovezilor relevante asupra credibilității ofertantului, înaintea oricărei excluderi pe acest tip de motiv. Documentele constatatoare emise sub regimul OUG nr. 34/2006 vor fi analizate, sub aspect probatoriu, în raport cu condițiile amintite din art. 167 din Legea 98/2016.

6. *Limitele revocării de către autoritatea contractantă a actelor administrative emise în cadrul unei procedurii 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”.

Autoritatea contractantă are obligația de analiza ofertele din punct de vedere al respectării cerințelor prevăzute de documentația de atribuire, reținând toate motivele de inadmisibilitate sau neconformitate a unei oferte.

Prin urmare, în ipoteza adoptării unor măsuri de remediere, urmare a formulării notificării, contestației, a efectuării controlului de legalitate de către CNSC sau instanța de judecată, nu se mai poate pune în discuție din nou admisibilitatea sau conformitatea acelei oferte. Cu alte cuvinte, aspectele de conformitate sau admisibilitate, urmare a revocării sau anulării actului autorității contractante, sunt probleme de drept dezlegate, etapă depășită, urmând ca autoritatea contractantă să procedeze la evaluarea în continuare a ofertei.

7. Dificultăți procedurale în aplicarea procedurii de soluționare a contestației în fața CNSC și a plângerii în fața curții de apel.

De principiu, răspunsul întârziat al autorității contractante la notificarea prealabilă (peste termenul de 3 zile) nu ar trebui să conducă la *modificarea* termenului de contestare, care ar începe să curgă din prima zi de după expirarea termenului de răspuns. Prevederile art. 8 alin. (2) lit. a și b din Legea nr. 101/2016 se pun în aplicare în mod corespunzător situației calificate, aplicabile (existența unui răspuns, și, după caz, inexistența răspunsului), fără a fi pus contestatorul într-o situație nefavorabilă, datorată chiar conduitei autorității contractante, pentru aceleași argumente de la pct.2.2.