



Minuta Seminarului de unificare a practicii administrativ-jurisdicționale
și judecătorești desfășurată la Brașov,
în perioada 21-23 aprilie 2023

Seminarul de practică s-a desfășurat sub egida art. 62 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care prevede:

„(3) Pentru unificarea practicii administrativ-jurisdicționale, Consiliul organizează semestrial seminare cu judecători din cadrul instanțelor judecătorești și specialiști din cadrul ANAP, precum și alte categorii de experți”.

În acest sens, scopul seminarului a urmărit atât unificarea practicii administrative-jurisdicționale, cât și armonizarea soluțiilor Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor cu cele ale instanțelor de judecată și ale actelor de control și îndrumare ale Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, în vederea eliminării obstacolelor jurisprudențiale în procedurile de achiziții publice și pentru a răspunde imperativului de urgență a derulării fazei administrative-jurisdicționale a procedurilor de achiziții publice.

La întâlnire au participat consilieri de soluționare a contestațiilor din cadrul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, reprezentanți ai Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, judecători din cadrul Curților de Apel Alba Iulia, Bacău, Brașov, București, Cluj, Constanța, Craiova, Galați, Ploiești și din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii, reprezentanți și specialiști ai organismelor similare de soluționare a contestațiilor din Albania, Kosovo și Turcia, ai Consiliului Superior al Magistraturii din Albania și ai Băncii Europene pentru Reconstrucție și Dezvoltare (BERD).

Problemele de drept supuse dezbaterii în cadrul sesiunii au fost următoarele:

- Prezentare **Decizie CJUE C-403/21** - aplicabilitate în practica națională. Discuții, dezbateri, eventuale puncte de vedere exprimate de participanți – CNSC, ANAP, Curți de Apel;

- Opinii rezultate din practica neunitară administrativ – jurisdicțională și judecătorească – **problematica verificatorilor de proiecte** și participările lor la procedurile de atribuire;

- **Clauza suspensivă** prin prisma legislației, a practicii CJUE și a celei naționale, pornind de la aspectele identificate în controlul ex-ante de către ANAP;

- **Conflictul de competență** ivit între CNSC și instanțe;

- Practica instanțelor cu privire la **cauțiune** – constituire, restituire, reținere.

Cu privire la **primul subiect**, *Prezentare decizie CJUE C-403/21 - aplicabilitate în practica națională. Discuții, dezbateri, eventuale puncte de vedere exprimate de participanți*, concluziile au fost în sensul aplicării în mod unitar de către CNSC și instanțe a soluțiilor stabilite de CJUE, respectiv că:

-autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă;

-în măsura în care autoritatea contractantă nu a stabilit astfel de cerințe, principiile proporționalității și transparenței documentele achiziției nu pot fi completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză, respectarea acestora urmând a fi urmărită în etapa execuției contractului;

- nu este posibil ca un operator să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.

- Cu privire la **al doilea subiect** - *Opinii rezultate din practica neunitară administrativ – jurisdicțională și judecătorească – problematica verificatorilor de proiecte și participările lor la procedurile de atribuire*, practica prezentată relevă conturarea a două opinii, prima opinie fiind aceea că în nicio situație antreprenorul nu poate angaja verificatorul de

proiecte, acesta fiind atributul exclusiv și legal al investitorului/proprietarului/administratorului.

Într-o altă opinie, minoritară în cadrul dezbaterilor, dacă suntem în situația în care nu mai pot fi aduse corecturi asupra documentației de atribuire, aceasta nefiind criticată în timp util, procedura poate să continue cu angajarea verificatorului de către antreprenor.

În exprimarea celor două opinii, atât consilierii de soluționare, cât și judecătorii participanții au avut în vedere următoarele prevederi legale:

- Legea 10/1995 privind calitatea în construcții:

- art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 *„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificali de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. **Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică**”.*
- art. 22 lit. c) *„Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: (...) c) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verificali de proiecte atestați”.*
- art. 23 lit. c) *„Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: (...) c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor **verificali de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate;**”*

- Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995 astfel cum a fost modificat prin Hotărârea nr. 742/2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor:

- art. 1 alin. (1) *„Prezentul regulament privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, denumit în continuare regulament, stabilește și detaliază activitățile, atribuțiile și modul de exercitare a dreptului de practică al specialiștilor cu activitate în construcții, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, cu completările ulterioare”.*
- art. 6 *„(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificali/verificali de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor.*

(2) **Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului/ proprietarului/ administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.**

(3) **Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/ proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”.**

- **HG nr. 1/2018** pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice:

- art. 4 **„Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, precum și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții, care sunt prioritare”.**
- Clauza 19.2 din Modelul de contract stabilit în anexa nr. 2 HG nr. 1/2018 Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări din 10.01.2018: **„Antreprenorul va transmite Supervisorului documentația aferentă proiectului, verificată de către un verificator autorizat angajat de către Antreprenor, împreună cu o declarație privind conformitatea proiectului elaborat de el cu (i) caracteristicile imperative stabilite în Cerințele Beneficiarului, (ii) celelalte prevederi ale Cerințelor Beneficiarului și (iii) proiectul sau schița de proiect din Oferta tehnică”.**

O parte a participanților, minoritară, a subliniat caracterul contradictoriu al reglementărilor, dar și faptul că situațiile de conflict de interese se interpretează restrictiv, că interpretarea extensivă nu este permisă. Astfel, interdicția se referă la verificarea propriilor proiecte sau a unora la care a participat și verificatorul, precum și faptul că documentația necontestată în termen, a devenit obligatorie pentru părți.

Alți participanți au subliniat caracterul imperativ al reglementărilor în domeniul calității în construcții, precum și faptul că este evident că legea nu se referă doar la identitatea proiectantului cu verificatorul, ci are în vedere chiar angajarea acestuia de către autoritatea contractantă, și nu de către antreprenor, verificatorul urmând a fi independent e acesta din

urmă. Tot în această ultimă opinie, participanții au subliniat că încălcarea interdicției legale nu poate forma obiectul convenției părților, respectiv a transferului acestei obligații legale de la investitor/proprietar/administrator la antreprenor, atât timp cât legea stabilește expres și clar că verificarea proiectului este în sarcina beneficiarului. Mai subliniază participanții că nerespectarea dispozițiilor legale în materia calității în construcții reprezintă o abatere gravă, drastic sancționată, ce nu poate fi admisă de părți și că ar fi necesară adoptarea unei instrucțiuni ANAP care să orienteze autoritățile contractante în elaborarea documentațiilor de atribuire, respectiv scoaterea părții referitoare la verificarea proiectului din partea de proiectare și organizarea unei proceduri separate sau identificarea și legiferarea unor modalități de desemnare legală de către autoritatea contractantă a verficatorului de proiect.

Participanții sunt de acord că trebuie aplicate și regulile de interpretare prevăzute în Legea nr. 24/2000 privind tehnica legislativă, că există o ierarhie a actelor normative, iar Hotărârea nr. 742/2018 din 13 septembrie 2018 este ulterioară HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, prima fiind reglementarea special în materia alegerii verficatorului de proiect, normă pe care cea de-a doua hotărâre trebuie să o înglobeze, modelul de contract neputând deroga de la legislația imperativă domeniului construcțiilor.

În ceea ce privește cel de-**al treilea subiect**, *Clauza suspensivă prin prisma legislației, a practicii CJUE și a celei naționale*, participanții au fost de acord că spețele prezentate nu sunt similare, că astfel de clauze sunt acceptate în contractele cu finanțare europeană, unde există legislație specifică, respectiv art. 12 din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene, derogatorie de la normele comune care stabilesc obligația identificării fondurilor la momentul demarării procedurii, nefiind acceptată, însă, în contractele cu finanțare de la bugetul național sau local, unde legea stabilește la art. 143 (1) HG 395/2016: „*Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare*”. De la această regulă, art. 212 Legea nr. 98/2016 instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se situația neîndeplinirii condiției suspensive.

În ceea ce privește *Conflictul de competență ivit între CNSC și instanțe*, sunt prezentate o serie de spețe tratate neunitar, unele referindu-se la proceduri de achiziție organizate pe anexa 2 din Legea nr. 98/2016, iar altele referindu-se la restituirea cauțiunilor constituite la instanță. Participanții au arătat că în prima situație, decizia de declinare ar trebui să fie mai detaliată, pentru a se evita astfel de situații care întârzie procedurile.

În cea de-a doua situație, participanții sunt de acord că instanțele trebuie să restituie cauțiunile constituite în etapa căilor de atac și că au abandonat practica instituită prin regulatorul de competență de către ÎCCJ.

În ceea ce privește - *Practica instanțelor cu privire la cauțiune - constituire, restituire, reținere*, s-au discutat o serie de spețe contradictorii referitoare la cuantumul acestora, existând o cvasiunanimitate în ceea ce privește calculul cuantumului cauțiunii în cazul unor proceduri desfășurate pe loturi, astfel cum rezultă din prevederile art. 61¹ alin. (2²) din Legea nr. 101/2016: „În cazul în care procedura de atribuire a acordului-cadru este organizată pe loturi, prevederile alin. (1) se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv aferent fiecărui lot contestat”.

În ceea ce privește reținerea cauțiunii, s-a constatat că practica este majoritară în sensul nereținerii acesteia, autoritățile nereușind să dovedească existența unui prejudiciu.

Consiliul a constatat că autoritățile contractante, în marea lor majoritate, sunt de acord cu restituirea cauțiunilor, declarând că nu au prejudiciu.

Judecătorii participanți au arătat că în general, au respins cererile de despăgubiri, în condițiile în care nu au fost dovedite elementele răspunderii civile delictuale.

Concluziile seminarului au fost în sensul unificării la nivelul CNSC a soluțiilor și modului de aplicare a jurisprudenței CJUE din cauza C-403/21, a legislației obligatorii din materia verficatorilor de proiecte, a clauzei suspensive, a cauțiunii și factorilor de calificare, realizând, în același timp și o armonizare cu soluțiile instanțelor de judecată ce soluționează căile de atac împotriva deciziilor CNSC.

De asemenea, în urma identificării obstacolelor legislative, s-a decis sesizarea și cooperarea cu Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în vederea exercitării de către această instituție a atributului de inițiativă legislativă și de asanare a legislației din materia achizițiilor publice în vederea satisfacerii dezideratului de celeritate în soluționarea cauzelor ce fac obiectul competenței CNSC și unificare a practicii administrativ-jurisdicționale și a celei judiciare.

Președinte CNSC
Florentina DRĂGAN

