

PRIMELE EVALUĂRI ALE IMPACTULUI NOILOR REGLEMENTĂRI PROCEDURALE CONTENCIOASE DIN MATERIA ACHIZIȚIILOR PUBLICE

Avocat Radu Bălaș

Senior Associate

Coordonatorul practicii de litigii - DLA Piper România

În ședința de Guvern din data de 7 martie 2009 au fost adoptate, prin ordonanță de urgență, mult așteptatele modificări la reglementările privind achizițiile publice, asumate prin programul de guvernare la sfârșitul anului 2008. Ordonanța de urgență nr. 19/2009, conținând respectivele modificări, a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 156 din data de 12 martie 2009.

Deși modificările adoptate prin ordonanța de urgență nr. 19/2009 sunt semnificative, proiectul acestei ordonanțe nu a fost supus procedurii de informare și dezbateră publică. Unul dintre principalii piloni ai transparenței decizionale este consultarea publicului în procesul de elaborare a proiectelor de acte normative. Respectarea principiilor transparenței decizionale poate asigura o redactare mai clară a textelor legislative putând preîntâmpina într-o etapă incipientă formulări mai puțin exacte ce creează în practică premisele unor aplicări și interpretări diferite.

Constatând că Guvernul nu a pus până la urmă în practică măsura asumată prin programul de guvernare de a desființa Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (fapt de natură să genereze, în egală măsură, laude și critici, în funcție de diferitele puncte de vedere existente pe marginea acestui subiect), evidențiem în continuare câteva dintre consecințele importante ale noilor reglementări procedurale de atacare a actelor emise de autoritățile contractante în cadrul procedurilor de achiziții publice.

Reglementările pot conduce la limitarea dreptului persoanelor de a contesta actele emise în procedurile de achiziții publice

În primul rând, **introducerea taxei de timbru de 2% din valoarea contractului**, respectiv de 2000 RON pentru atacarea actelor juridice nepatrimoniale ale autorității poate fi privită ca o măsură de descurajare a contestărilor abuzive, dar, în același timp și ca un factor inhibitor pentru sesizarea instanțelor de judecată și descoperirea pe această cale a elementelor de nelegalitate. Aceasta cu atât mai mult cu cât reglementarea nu prevede destul de clar dacă taxa procentuală de 2% se referă numai la acțiunile privind invalidarea efectelor contractelor încheiate sau și la acțiunile privind alte acte emise de autoritate și care nu ar intra în sfera noțiunii de acte „nepatrimoniale”, noțiune care a determinat până acum o practică neunitară a instanțelor și în alte materii.

Prin modificarea art. 255 se reglementează dreptul persoanei vătămate de actele emise în cadrul procedurii de atribuire să conteste aceste acte pe cale administrativ-jurisdicțională sau în justiție, restrângându-se însă noțiunea de „persoană vătămată” la „orice operator economic implicat în procedura de atribuire”, care trebuie de asemenea să întrunească și condițiile de a avea un interes legitim și de a suferi sau a risca să sufere un prejudiciu.

Această limitare ridică serioase probleme atât de interpretare a întinderii sferei persoanelor asupra cărora operează limitarea, cât și a constituționalității textului de lege.

Astfel, există unele categorii de persoane care nu se pot încadra în sfera noțiunii de „operator economic implicat în procedura”, dar care ar avea totuși interesul să conteste actele pretins nelegale ale autorității contractante care le afectează drepturi sau interese legitime (spre exemplu, terții titulari de drepturi reale sau de proprietate intelectuală asupra bunurilor ce se oferă de către un participant în cadrul procedurii sau chiar ofertanții descalificați dar care, în ipoteza anulării procedurii și a refacerii acesteia, ar putea depune o nouă ofertă și remedia elementele care au condus la descalificarea ofertei lor).

Considerăm că acestor persoane, care nu intră în categoria de „operator economic implicat”, nu li se poate restrânge accesul liber la justiție și la contenciosul administrativ, astfel cum sunt garantate de art. 21, art. 52 (1) și art. 126 (6) din Constituție.

Din aceste motive, apreciem că în practică fie se va considera că textul art. 255 este neconstituțional (în ipoteza în care se va interpreta că limitează accesul la justiție a persoanelor care nu intră în categoria de „operator economic implicat”), fie se va considera că aceste persoane își pot exercita liberul acces la justiție prin atacarea actelor administrative emise de autoritățile contractante în baza și cu procedura prevăzută de Legea contenciosului administrativ, prin excepție de la prevederile OUG 34/2006.

Contractele de achiziții publice nu vor mai putea fi încheiate fără verificarea prealabilă de către instanțele sesizate în acest sens

Un mare câștig al noii reglementări este acela că se introduce în sfârșit interdicția încheierii contractului de achiziție publică până la verificarea legalității actelor emise în cadrul procedurii și semnalate de către persoanele interesate că ar putea fi nelegale.

În reglementarea anterioară, singura posibilitatea de a suspenda procedura de atribuire era formularea unei contestații la CNSC, care înceta însă de drept după pronunțarea hotărârii de respingere a contestației de către organismul administrativ-jurisdicțional. Instanța investită cu soluționarea căii de atac, precum și instanța care judeca acțiunea întemeiată pe Legea contenciosului administrativ (dacă partea opta să nu recurgă la contestația la CNSC ci să se adreseze direct justiției) puteau să decidă să suspende sau nu procedura până la darea hotărârii irevocabile.

Astfel, se putea ajunge la situația paradoxală în care până ce instanța ajungea să se pronunțe asupra cererii de suspendare sau până la soluționarea irevocabilă a cauzei (dacă cererea de suspendare este respinsă), contractul de achiziție publică să fie între timp încheiat, iar instanța să constate ulterior că procedura de achiziție era totuși nelegală. Acest fapt era de natură să creeze complicații juridice importante referitor la soarta contractului încheiat și la pretențiile de despăgubiri ale persoanelor astfel prejudiciate.

Potrivit noilor reglementări, indiferent de calea de atacare aleasă de parte, (fie contestația la CNSC, fie acțiunea directă în instanță) autoritatea contractantă nu va mai avea dreptul să încheie contractul de achiziție publică până la soluționarea cauzei de către instanță.

Pe de altă parte, introducerea contestației în procedură administrativ-jurisdicțională nu va mai avea ca efect suspendarea procedurii de atribuire în ansamblu în stadiul în care se află, ci, prin limitarea termenului de la care se produce efectul suspensiv (și anume după comunicarea

rezultatului procedurii), suspendarea va privi doar ultima etapă a procedurii, marcată în principal de încheierea contractului de achiziție publică.

Măsura introdusă este de salutat, având în vedere faptul că nu împiedică desfășurarea în continuare a procedurii și că, în același timp, asigură verificarea efectivă a legalității actelor emise de autoritate înainte de a se proceda la încheierea contractului. Pe de altă parte, ea nu va conduce în toate situațiile la scurtarea duratei procedurii de achiziție publică: atunci când contestația sau acțiunea judiciară va fi găsită întemeiată, anularea actului atacat va conduce la anularea și a actelor subsecvente îndeplinite în procedura care își continuă cursul, fiind necesară refacerea tuturor actelor ulterioare actului nelegal.

Contractele ilegale de achiziții publice vor putea fi menținute chiar de către instanțele care constată nelegalitatea lor

Prin noile reglementări se introduc totodată unele sancțiuni alternative pentru contractul constatat ca fiind nelegal. Astfel, se consacră în premieră posibilitatea instanței ca, deși constată existența unor motive de nelegalitate a contractului, să nu dispună în toate situațiile anularea/constatarea nulității acestuia ci să aplice sancțiuni sau măsuri alternative de remediere, pentru ipotezele în care (i) contractul (nelegal) a produs totuși efecte juridice sau (ii) măsura anulării contractului (nelegal) ar produce efecte negative mai mari decât cele pozitive, dar numai dacă există și motive imperative de interes general care să justifice măsura alternativă.

Această prevedere, novatoare pentru sistemul de drept românesc prin faptul că lasă judecătorului largi posibilități de apreciere a oportunității, imprimând procedurii elementele unei judecăți „în echitate”, reprezintă o transpunere a Directivei Consiliului 89/665/CEE privind căile de atac în materia achizițiilor publice.

Sancțiunile alternative prevăzute de ordonanță reprezintă de asemenea o transpunere a dispozițiilor cuprinse în Directiva 89/665/CEE. Aceste sancțiuni, care pot fi aplicate atât alternativ, cât și în paralel, sunt: (i) Limitarea efectelor contractului, prin reducerea termenului (duratei) de executare a contractului; și (ii) aplicarea unei amenzi autorității contractante, în cuantum de până la 2% din valoarea obiectului contractului.