

APĂRAREA INTERESULUI PUBLIC LA ATRIBUIREA CONTRACTELOR DE ACHIZIȚII PUBLICE

Elaborarea unor reglementări clare, simple, neechivoce care să faciliteze derularea procedurilor de achiziții publice reprezintă un deziderat semnificativ care se regăsește în preocupările legiuitorului Uniunii Europene.

Construcția legală actuală din România este întemeiată în principiu pe prevederile din dreptul Uniunii Europene, Ordonanța nr.34/2006 fiind adoptată ca urmare a asumării de către România a angajamentelor de armonizare a legislației cu normele de drept ale Uniunii Europene.

În acest context, având în vedere atât necesitatea transpunerii actelor normative care nu au aplicabilitate directă, cât și imperativul ca dreptul intern să corespundă spiritului reglementărilor Uniunii Europene, reiese că principiile care guvernează procesul de achiziții publice sunt comune tuturor statelor din cadrul Uniunii Europene.

În prezent, UE organizează o amplă consultare publică privind măsurile care ar spori competitivitatea pieței achizițiilor publice și ar reduce cheltuielile în acest sector, în timp ce Comisia a publicat, la 27 .01.2011, o carte verde care propune astfel de măsuri. Prin modificarea legislației europene se urmărește asigurarea, în aceeași măsură, a transparenței, accesului egal și concurenței loiale în cadrul procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Corolarul tuturor acestor principii este constituit de dezideratul ca întreaga activitate de atribuire a contractelor de achiziții publice să vizeze respectarea și apărarea interesului general al societății, interesului public și să evite orice alterare a a egalității de șanse între ofertanți

Atribuirea contractelor încheiate în statele membre în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de Tratatul privind Uniunea Europene și de Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în special principiul liberei circulații a mărfurilor, principiul libertății de stabilire și principiul libertății de a presta servicii, precum și principiile care decurg din acestea, precum egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența.

1. Existența unor criterii obiective de atribuire a contractului-garanție de respectare a interesului public

Atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor criterii obiective care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență. Legiuitorul european a introdus regula potrivit căreia este admisibilă numai aplicarea a două criterii de atribuire, și anume criteriul "prețului cel mai scăzut" și criteriul "ofertei cele mai avantajoase din punct de vedere economic".

Pentru a garanta egalitatea de tratament, criteriile de atribuire trebuie să permită compararea și evaluarea ofertelor în mod obiectiv. În cazul în care aceste condiții sunt îndeplinite, criteriile economice și calitative de atribuire, ca și îndeplinirea cerințelor de mediu, pot permite autorității contractante să răspundă necesităților colectivității publice vizate, astfel cum sunt ele exprimate în specificațiile contractului. În aceleași condiții, o autoritate contractantă poate utiliza criterii care urmăresc satisfacerea cerințelor sociale ce răspund în special necesităților – definite în specificațiile contractului – specifice unor categorii de populație defavorizate din care fac parte beneficiarii/utilizatorii lucrărilor, bunurilor sau serviciilor care fac obiectul contractului.

O problemă extrem de serioasă în materia achizițiilor publice o reprezintă în România încălcarea principiului determinării de către autoritatea publică a unor criterii obiective de selecție, acesta fiind argumentul principal datorită căruia Comisia Europeană a suspendat plățile pentru Axa 2 a Programului Operațional Regional (POR). Absența unor criterii obiective, introducerea unor factori de discriminare în procedura de selecție reprezintă de multe ori un indiciu al existenței unor fapte sau tentative de corupție.

2. Ocrotirea liberei concurențe din perspectiva participării întreprinderilor afiliate

O limitare esențială a principiului libertății de a participa la procedura de achiziție publică constă în interdicția depunerii mai multor oferte în cadrul aceleiași proceduri, ori a depunerii unor oferte în cadrul cărora un agent economic să depună o ofertă individuală sau comună cu alți agenți și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul altei oferte.

Legea română permite în cadrul art. 46 alin.2 al OUG nr. 34/2006 ca două sau mai multe întreprinderi afiliate să depună oferte în cadrul aceleiași proceduri de atribuire a contractului, sub rezerva ca aceste oferte să nu denatureze concurența.

Intrarea în acorduri de asociere diferite a unor întreprinderi aflate sub un control comun, în vederea depunerii unor oferte concurențe, poate ridica riscuri majore pentru partenerii din acordul de asociere. Poate exista situația ca, în anumite domenii sau pentru anumite lucrări specifice, ofertele să fie depuse numai de consorții (asocieri) care au fiecare un partener din cadrul aceluiași grup. În acest mod, grupul respectiv, care

reprezintă în esență o entitate cu un interes unic, încalcă obligația de a nu depune două sau mai multe oferte.

În lipsa unui text comunitar, legea română face vorbire de cerința neafectării concurenței și de obligația publicării tuturor întreprinderilor afiliate.

3. Excluderea participanților vinovați de fapte de corupție, spălare de bani, criminalitate organizată sau fraudă în dauna Uniunii Europene

Un principiu esențial care guvernează directiva cadru în materia atribuirii contractelor de achiziții publice constă în excluderea operatorilor economici care au participat la o organizație criminală sau care au fost găsiți vinovați de corupție sau de fraudă în detrimentul intereselor financiare ale Comunității Europene sau de spălare de bani. Autoritățile contractante trebuie să ceară candidaților/ofertanților, după caz, să prezinte documente corespunzătoare și, în cazul în care au incertitudini cu privire la situația personală a acestor candidați/ofertanți, pot solicita cooperarea autorităților competente ale statului membru în cauză. Excluderea unor astfel de operatori economici trebuie să intervină în cazul în care autoritatea contractantă are la cunoștință o hotărâre privind delictele menționate anterior, pronunțată conform dreptului intern și cu caracter definitiv, care îi conferă autoritatea de lucru judecat. În cazul în care dreptul intern prevede dispoziții în acest sens, nerespectarea legislației privind mediul sau a legislației privind înțelegerile ilegale în contractele de achiziții publice, care au făcut obiectul unei hotărâri cu caracter definitiv sau al unei decizii cu efecte echivalente, poate fi considerată o încălcare a eticii profesionale de către operatorul economic sau ca o abatere gravă.

În conformitate cu legislația internă a statului membru în care sunt stabiliți candidații sau ofertanții, solicitările se referă la persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul, potrivit dispozițiilor art.45 alin. (1) din Directiva 2004/18/CE..

Aplicarea acestui principiu de drept european este necesar a se realiza într-o modalitate care să permită identificarea tuturor situațiilor în care persoane care reprezintă sau controlează entități participante la procesul de achiziții publice au fost în situația de excludere vizată. Legea română (OUG nr.34/2006) nu conține transpunerea textului din directivă care stabilește sfera de incidență a obligațiilor de informare cu privire la persoanele sancționate pentru fapte de corupție, fraudă față de interesele Comunității, grup criminal organizat sau spălare de bani.

În aceste condiții, în fața insuficienței normative, există riscul de a se naște situații în care persoane fizice condamnate pentru corupție, exercitând un control indirect asupra unor persoane juridice, să participe la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice prin intermediul acestor persoane.

4. Contestarea actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică

Conform art. 255 alin 1 din O.U.G. nr. 34 din 2006, așa cum a fost modificat de Legea nr. 278/2010 „*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, **prin contestație**, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim **pe cale administrativ-jurisdicțională**, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.*”

După cum se poate observa, sub pretextul utilizării abuzive a căilor de atac, respectiv a contestațiilor, dispozițiile Legii nr. 278/2010 modifică procedura de contestare în materia achizițiilor publice, eliminându-se posibilitatea persoanei, care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, de a formula alternativ contestație în justiție, așa cum era aceasta prevăzută inițial în cuprinsul art. 255, alin. 1 și următoarele din O.U.G. 34/2006.

Astfel, conform noii reglementări o atare persoană poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim **doar pe cale administrativ-jurisdicțională, prin contestație adresată direct Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor.**

Apreciem că prin eliminarea căii contenciosului administrativ, ca modalitate de atacare a actelor emise de către autoritățile contractante, aceste acte sunt sustrate de la controlul judecătoresc eludându-se în acest mod dreptul de a formula acțiunea în anulare a actului administrativ, drept prevăzut și garantat de art. 126 alin 6 din Constituție, așa cum vom arăta în continuare.

Prin excluderea posibilității de opțiune între contestarea actului administrativ pe calea administrativ-jurisdicțională și formularea unei acțiuni direct în fața instanței judecătorești, în temeiul dreptului comun în materia contenciosului administrativ, apreciem că este încălcată și cerința constituțională consacrată de art. 21 alin. (4), potrivit căreia "*Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite*", calea administrativ jurisdicțională fiind obligatorie.

Cu toate că Directiva 2007/66/CE permite instituirea unor organisme jurisdicționale care să soluționeze în primă instanță căile de atac, Constituția României este neechivocă. Preeminența dreptului comunitar față de dispoziții constituționale ale unui stat membru nu operează în cazul în care norma comunitară are un caracter dispozitiv, așa cum este cazul art.2 alin. (9) din Directiva 2007/66/CE. În esență directiva

europăeană nu interzice ca, în primă instanță, calea de atac să fie soluționată de un organism care nu este instanță de judecată.

În concluzie, apreciem că noile dispoziții legale sunt neconstituționale, impunându-se modificarea legislației în sensul revenirii la vechea reglementare în domeniu, potrivit căreia atacarea actelor emise cu încălcarea legislației achizițiilor publice se putea realiza pe două căi¹, respectiv *calea administrativ jurisdicțională* și *calea contenciosului administrativ*. În acest mod se asigură exercitarea controlului judecătoresc pe calea contenciosului administrativ, instituit de Constituție și se menține caracterul facultativ al procedurilor administrativ jurisdicționale, acestea neputând limita în niciun mod accesul la justiție.