

## Ce mai este nou în legislația privind achizițiile publice – flexibilizarea, transparența și predictibilitatea sistemului remediilor și cailor de atac în materie de atribuire a contractelor



Dupa intrarea în vigoare a pachetului legislativ în domeniul achizițiilor publice în anul 2016 (compus din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, precum și Legea nr. 101/2016 privind remediile și caile de atac în domeniul achizițiilor publice), acesta a suferit o serie de modificări succesive implementate ca urmare a deficiențelor constatate în practica, dar și a alinierii cu legislația europeană în materie.

Iată că prima parte a anului 2020 aduce o nouă reformă a legislației aplicabile domeniului achizițiilor publice, legiuitorul român considerând că se impune modificarea și completarea actelor normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice, pornind de la premisele perfecționării și flexibilizării acestuia, clarificării anumitor concepte și îndreptării unor erori, cu luarea în considerare a sensului urmărit de legislația europeană în domeniu [mai ales în contextul în care la 24.01.2019 Comisia Europeană a aprobat declanșarea unei acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor (punere în întârziere) privind neconformitatea punerii în aplicare a Directivelor 2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE pentru mai multe state, printre care și România], în vederea asigurării creșterii gradului de cheltuire a fondurilor alocate, inclusiv a celor europene.

Astfel, Guvernul României a adoptat **Ordonanța de Urgență nr. 23/2020 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice**, ce a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 106 din 12 februarie 2020, intrând în vigoare la această dată (denumită în cele ce urmează **“O.U.G. 23/2020”**).

Prin O.U.G. 23/2020 au fost aduse amendamente Legilor 98/2016, 99/2016, 100/2016, 101/2016, dar și Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante (modul de realizare a controlului ex ante a fost modificat din voluntar în obligatoriu, iar intervenția ANAP în procesul de achiziție publică de la nivelul autorității contractante se va realiza o singură dată, prin emiterea avizului conform care se va realiza exclusiv prin SEAP; totodată, au fost modificate termenele referitoare la emiterea deciziei de conciliere în sensul scurtării acestora, pentru a se reduce timpul de derulare a procedurilor de atribuire a contractelor din domeniul achizițiilor publice).

În ceea ce privește Legile nr. 98/2016 și nr. 99/2016, aspectele de noutate relevante aduse de O.U.G. 23/2020 se referă la:

v obligativitatea ca informațiile indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale să fie însoțite de dovada care le conferă acest caracter, în caz contrar nemaisubzistând obligația autorității contractante de a nu dezvălui informațiile indicate de operatori economici ca fiind confidențiale;

v clarificarea și eliminarea situațiilor artificiale de excludere de la o procedură de atribuire în ceea ce privește plata impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat;

v posibilitatea candidaților/ofertanților care au participat la pregătirea procedurii de atribuire de a demonstra că implicarea lor în pregătirea acestora nu poate denatura concurența, înainte de a fi excluși din procedura de atribuire;

v necesitatea justificării de către autoritatea contractantă a măsurilor pe care aceasta le ia pentru a se asigura că participarea unui candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența, justificare care se realizează în cuprinsul raportului procedurii;

v impunerea unor termene clare în care autoritatea contractantă are obligația de întocmi raportul procedurii (în cazul Legii nr. 98/2016)/de a stabili oferta câștigătoare (în cazul Legii nr. 99/2016), detaliate în funcție de tipurile de proceduri de atribuire;

v stabilirea unui termen specific în care autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a reface raportul procedurii de atribuire în cazul în care s-a dispus reevaluarea ofertelor ca urmare a unei soluții emise de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (“CNSC” sau “**Consiliul**”)/instanța de judecată: maxim 20 de zile lucrătoare de la data comunicării deciziei prin care s-a dispus reevaluarea;

v definirea noțiunii de “*modificare substanțială*” a unui contract de achiziție publică/acord-cadru/contract sectorial/acord-cadru sectorial ca fiind modificarea prin care respectivul contract/acord-cadru prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial față de cele cuprinse în documentul semnat inițial; rămân aplicabile cele patru condiții reglementate de la început de Legea nr. 98/2016, respectiv Legea nr. 99/2016 pentru verificarea caracterului substanțial al unei modificări.

Legea nr. 100/2016 a fost modificată în sensul introducerii unor clarificări legate de noțiunile de autoritate și entitate contractantă, precum și unor clarificări privind criteriile de atribuire (specificându-se expres că acestea nu conferă autorității/entității contractante o libertate de alegere nelimitată).

Modificările cu cel mai vizibil impact sunt aduse, însă, Legii nr. 101/2016 privind remediile și caile de atac în domeniul achizițiilor publice. Acestea au în vedere atât predictibilitatea și transparența desfășurării procedurilor de achiziție publică, cât și asigurarea judecării cu precădere a litigiilor în domeniul achizițiilor publice. În cele ce urmează vom prezenta în mod detaliat noile reguli introduse în materia remediilor și cailor de atac prin O.U.G. 23/2020.

### **Precizări referitoare la achiziția directă**

A fost clarificată noțiunea de “*act al autorității contractante*”, în sensul că aceasta nu include și achiziția directă. Ca atare, soluționarea contestațiilor care au ca obiect actele emise de autoritățile contractante în legătură cu o achiziție directă nu intra în competența CNSC.

### **Contestațiile formulate împotriva documentației de atribuire**

Se stabilește că, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire. Implicit, termenul în care poate fi formulată contestația împotriva documentației de atribuire începe să curgă de la data publicării acesteia în SEAP. Aceasta prevedere exista anterior în Legea nr. 101 (la art. 6 alin. 3), însă fusese abrogată odată cu intrarea în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 45/2018. În practică însă, contestațiile care nu respectau acest termen au fost respinse în toate situațiile ca tardiv depuse, posibilitatea formulării de clarificări la documentația de atribuire și răspunsul nemulțumitor al autorității contractante neîndreptățind operatorii economici să fie repuși în termen sau să li se aplice un nou termen pentru contestare.

### **Publicarea contestației în SEAP**

Se prevede obligația autorității contractante de a publica contestația în integralitate în SEAP, eliminându-se restricția de a nu publica

informațiile pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală. Prin această modificare se da eficiență principiului transparenței întrucât se tinde la eliminarea situațiilor în care un operator economic contestator ar declara contestația formulată în integralitatea sa ca fiind confidențială, caz în care operatorii economici participanți la procedura s-ar afla în imposibilitatea de a formula cerere de intervenție voluntară potrivit art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

### **Cererile de intervenție voluntară formulate în fața CNSC**

A fost introdusă obligația operatorilor economici de a înștiința părțile cauzei cu privire la formularea unei cereri de intervenție voluntară. În forma anterioară a Legii 101/2016, se prevedea ca cererea de intervenție voluntară depusă la Consiliu urma să fie comunicată și celorlalte părți ale cauzei, în termen de două zile de la primire. Ca precizare din practică, în toate situațiile în care am asistat ofertanți declarați câștigători în formularea cererilor de intervenție, am procedat oricum la comunicarea acestora către celelalte părți implicate, din rațiuni logice de aplicare a principiului contradictorialității și soluționării cu celeritate a dosarelor.

### **Caracterul confidențial al documentelor ofertei**

Se stabilește o obligație în plus în sarcina operatorilor economici în ceea ce privește documentele confidențiale din oferte, pentru ca accesul la acestea să fie restricționat de CNSC celorlalte părți ale cauzei: nu este suficientă doar declararea caracterului confidențial al documentelor, ci este necesară și probarea caracterului confidențial al documentelor respective. Rămâne de văzut în practică care va fi limita probării caracterului confidențial, fiind suficiente simple afirmații și explicații, sau fiind necesar a fi aduse și documente justificative. În opinia noastră, justificarea va depinde de la caz la caz și va trebui să se țină cont și de natura informațiilor, dar și de specificul licitației. Este firesc și logic să fie declarat confidențial, de exemplu, know-how-ul dintr-o propunere tehnică în care sunt prezentate modele și concepte de design sau de construcție.

### **Termenul de soluționare a contestațiilor de către CNSC**

Termenele pentru soluționarea contestațiilor de către CNSC sunt stabilite în zile lucrătoare (și nu calendaristice, ca până acum), iar termenul pentru soluționarea contestației pe cale de excepție a fost prelungit, după cum urmează: CNSC va soluționa pe fond contestația în termen de 15 zile lucrătoare de la data primirii dosarului achiziției publice/sectoriale/concesiunii, respectiv în termen de 10 zile lucrătoare în situația incidenței unei excepții care împiedică analiza pe fond a contestației. Precizarea zilelor lucrătoare a fost necesară pentru a preîntâmpina luarea în calcul a zilelor libere, sărbătorilor legale și eventualelor punți între sărbători acordate de Guvern, care fac imposibilă respectarea termenelor.

### **Contestația formulată pe cale judiciară**

Ca și în cazul contestației formulate pe cale administrativ-jurisdicțională, este prevăzută obligația autorității contractante de a publica contestația în SEAP, în termen de o zi lucrătoare de la primirea acesteia; în cazul procedurilor de atribuire a caror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a comunica contestația și celorlalți operatori economici interesați/implicați în procedura, în termen de o zi lucrătoare de la data primirii acesteia.

În ceea ce privește formularea unei cereri de intervenție voluntară, aceasta este supusă aceluiași condiții ca cele prevăzute în cazul

conestației formulate pe cale administrativ-jurisdicțională (trebuie înștiințate celelalte părți). În legătura cu accesul la dosarul constituit la instanța de judecată, ca urmare a formulării unei contestații, acesta se va realiza în aceleași condiții ca accesul la dosarul constituit la CNSC.

Termenul pentru formularea recursului împotriva hotărârii judecătorești prin care este soluționată contestația formulată pe cale judiciară a fost corelat cu termenul pentru formularea plângerii împotriva deciziei CNSC: recursul poate fi formulat tot într-un termen de 10 zile lucrătoare de la comunicarea hotărârii, și nu 10 zile calendaristice (cum prevedea reglementarea anterioară).

Spre deosebire de contestațiile formulate pe cale administrativ-jurisdicțională, contestațiile formulate pe cale judiciară se taxează conform regulilor prevăzute la soluționarea litigiilor în instanța de judecată – 2% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică, dar nu mai mult de 100.000.000 Lei, iar recursul se taxează cu 50% din această taxă (autoritățile contractante care formulează recurs sunt scutite de taxa judiciară de timbru). De asemenea, este eliminată cautiunea pentru contestațiile formulate pe cale judiciară, aceasta rămânând aplicabilă însă în cazul contestațiilor formulate în fața CNSC.

Analizând practic aceste modificări și ideea de opțiune între a formula contestație pe cale administrativ-jurisdicțională sau pe cale judiciară, ar parea mai eficient din punct de vedere al costurilor implicate să optezi pentru prima variantă. Cauțiunea constituită la dispoziția Consiliului se poate recupera destul de repede, dacă nu introduce autoritatea contractantă cerere în solicitarea de despăgubiri în termen de 30 de zile de când rămâne decizia definitivă, pe când taxa de timbru achitată pentru soluționarea contestației pe cale judiciară de către tribunal se recuperează de la partea adversă (nu de la bugetul de stat, unde rămâne achitată) doar dacă se câștigă în mod definitiv litigiul.

### **Soluționarea litigiilor în instanța de judecată**

Unul dintre cele mai importante amendamente aduse de O.U.G. 23/2020 în legătura cu soluționarea litigiilor în instanța de judecată este reprezentat de [corelarea cu modificarea competenței adusa prin Legea 212/2018](#), stabilindu-se ca recursul la secția de contencios a curții de apel nu poate viza decât anumite litigii din materia achizițiilor publice. Mai exact, noua reglementare prevede ca:

v hotărârea pronunțată în cazul litigiilor privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind anularea sau nulitatea contractelor poate fi atacată cu **recurs**, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, la secția de contencios administrativ și fiscal a curții de apel;

v în schimb, hotărârea pronunțată în cazul proceselor și cererilor care decurg din executarea contractelor administrative poate fi atacată numai cu **apel**, în termen de 10 zile de la comunicare, la instanța ierarhic superioară; apelul este soluționat de urgență și cu precădere, într-un termen ce nu va depăși 30 de zile lucrătoare de la data sesizării legale a instanței. [De remarcat ca termenul de apel nu este pe zile lucrătoare, ci pe zile calendaristice.](#)

Căile de atac prevăzute mai sus suspendă executarea și se judecă de urgență și cu precădere, iar în caz de admitere a recursului/apelului, instanța rejudecă, în toate cazurile, litigiul în fond.

### **Cauțiunea constituită pentru formularea contestației în fața CNSC**

Astfel cum am precizat anterior, a fost eliminată cautiunea pentru contestațiile formulate pe cale judiciară, corelativ cu instituirea unei taxe de timbru pentru aceste contestații. Constituirea cautiunii rămâne însă obligatorie pentru contestațiile din fața CNSC.

Au fost aduse clarificări extrem de utile art. 61<sup>1</sup> din Legea 101/2016, în ceea ce privește constituirea cautiunii, modalitatea de restituire a recipsei de constituire a cautiunii, termenul de soluționare a acestor cereri și căile de atac și termenele de formulare a acestora, astfel:

v raportat la practica CNSC care permite constituirea ulterioară a cautiunii, se stabilește ca aceasta poate fi constituită în maximum 3 zile

lucratoare de la data sesizării CNSC;

v referitor la cuantumul cauțiunii:

- se înlocuiește noțiunea de valoare stabilită a contractului cu cea de valoare a ofertei declarate câștigătoare;
- se menține raportarea procentului de 2% la valoarea estimată a contractului și limitele maxime aferente acestuia, devenind aplicabile, însă, și următoarele modalități de stabilire a cuantumului cauțiunii: (i) 2% din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute pentru publicarea anunțului de participare în JOUE, dar nu mai mult de 88.000 Lei; (ii) 2% din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute pentru publicarea anunțului de participare în JOUE, dar nu mai mult de 880.000 Lei.
- în cazul unei proceduri de atribuire împărțite pe loturi, prevederile alin. (1) ale art. 61<sup>1</sup> se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot contestat;
- în cazul în care procedura de atribuire a acordului-cadru este organizată pe loturi, prevederile alin. (1) ale art. 61<sup>1</sup> 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.

v cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânării definitive a deciziei CNSC;

v cauțiunea nu se restituie celui care a depus-o în măsura în care autoritatea contractantă face dovada că asupra acesteia a formulat cerere în fața instanței pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea termenului de 30 de zile de la data rămânării definitive a hotărârii CNSC;

v cererea de restituire se depune la CNSC și la autoritatea contractantă după expirarea termenului de 30 de zile; cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă autoritatea contractantă declară în mod expres că nu urmărește obligarea contestatorului care a constituit cauțiunea la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate ca urmare a depunerii contestației; iar

v CNSC se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii în termen de 5 zile, printr-o încheiere supusă plângerii la instanța competentă; plângerea poate fi formulată în termen de 5 zile de la comunicare și este suspensivă de executare.

### **Nerespectarea termenelor sau a prevederilor Legii nr. 101/2016**

Se prevede în mod expres că nerespectarea termenelor ori a dispozițiilor din Legea nr. 101/2016 privind soluțiile ori măsurile ce pot fi dispuse de instanța constituie abatere disciplinară și se sancționează conform legii.

### **Dispoziții tranzitorii**

Procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a O.U.G. 23/2020 rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii acestora (prin “*procedura de atribuire în curs de desfășurare*” înțelegându-se orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare sau, după caz, un anunț de participare simplificat, până la data intrării în vigoare a O.U.G. 23/2020).

Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața CNSC sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a O.U.G. 23/2020 continuă să se judece în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost începute.

## Concluzii

Din ansamblul modificărilor aduse legislației privind achizițiile publice se poate remarca faptul că aspectele de noutate tind la flexibilizarea, transparența și predictibilitatea sistemului remediilor și cailor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, însă rămâne de văzut modalitatea în care aceste noi reguli vor fi aplicate și eventualele provocări ce pot apărea în practică.

Nu în ultimul rând, salutăm inițiativa legiuitorului de a clarifica aspectele referitoare la procedura restituirii cauțiunii, precum și corelarea dispozițiilor privind competența cu modificările aduse prin Legea 212/2018, prevederile anterioare ale Legii nr. 101/2016 fiind de natură să conducă la neclarități și la dezvoltarea unei practici neunitare în domeniu.