

CĂILE DE ATAC ÎMPOTRIVA ACTELOR EMISE DE AUTORITĂȚILE CONTRACTANTE ÎN MATERIA ACHIZIȚIILOR PUBLICE. PROCEDURA ÎN FAȚA CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Author: Casina Dorina VALEA*

***Abstract:** En attendant le moment de l'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne, une Ordonnance d'urgence gouvernementale a été adoptée, la no. 34 du 19 avril 2006 concernant l'attribution des contrats pour l'acquisition publique, des contrats de concession des travaux publics et des contrats de concession des services. Par dérogation du droit commun établi par la loi du contentieux administratif no. 554/2004, la loi d'acquisition publique a déterminé en manière expresse que l'autorité compétente à solutionner la contestation formulée contre un document délivré par les autorités contractantes concernant les acquisitions publiques est le Conseil National de Solution des Contestations. En ce qui concerne l'O.U.G. 34/2006, elle confère une compétence exorbitante au Conseil National de Solution des Contestations, organisme avec des attributions administratives juridictionnelles, qui déborde même celle de l'instance judiciaire, être capable de prendre une décision qui peut : annuler en partie ou en complet un document administratif, elle force l'autorité contractante d'émettre un document ou elle peut disposer n'importe quelle mesure nécessaire pour remédier les documents qui affectent la procédure d'attribution. A la fin nous arrêterons sur l'analyse de la procédure devant le Conseil National de Solution des Contestations.*

***Keywords:** Acquisition Publique, Concession des services, Contrat, Compétence exorbitante.*

***JEL Classification:** K23*

1. Aspecte introductive

În întâmpinarea momentului aderării României la Uniunea Europeană a fost adoptată Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34 din 19 aprilie 2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a

* Master Student at the "Petru Maior" University of Târgu-Mureș, Faculty of Economics, Law and Administrative Science, "Public Administration Management" Master Study, Romania.

contractelor de concesiune de servicii¹, urmată de Hotărârea Guvernului nr. 925 din 19 iulie 2006 privind aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică² din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Adoptarea și punerea în practică a legislației românești specifice privind achizițiile publice, a venit și din necesitatea adaptării legislației la normele europene considerate a fi flexibile și la îndemâna autorităților și a ofertanților, gestionari ai contractelor de achiziții publice.

Cu toate acestea, criticile nu au întârziat să apară, reproșându-se faptul că ordonanța care reglementează domeniul achizițiilor publice este o traducere fidelă a textelor unor directive comunitare, fără a se ține cont în elaborarea acesteia de ideile și recomandările directe ale doctrinarilor formulate de-a lungul evoluției contractelor administrative în dreptul român.

Prin derogare de la dreptul comun stabilit de legea contenciosului administrativ, legislația privind achizițiile publice stabilește în mod expres că autoritatea competentă să soluționeze contestația formulată împotriva unui act emis de autoritățile contractante în materia achizițiilor publice este Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor³, iar aceasta poate anula actul administrativ emis de autoritatea contractantă.

Înființarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în temeiul art. 257 alin. 1 coroborat cu art. 307 alin. 2 lit. b din O.U.G. 34/2006, a schimbat radical sistemul de rezolvare a actelor apreciate nelegale în materia achizițiilor publice, consacându-se procedura atacării actului nelegal prin contestații la nou-înființatul consiliu și nu la autoritatea contractantă care derulează procedura de atribuire a contractului de achiziție publică în cauză – soluție promovată de O.U.G. 60/2001⁴.

2. Analiza competenței Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor

Legislația în vigoare dispune în mod expres că persoana care se simte vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, adoptat cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, are dreptul de a contesta actul respectiv pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile O.U.G nr. 34/2006 sau în justiție, în condițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Legea contenciosului administrativ nu definește în mod expres instituția contenciosului administrativ-jurisdicțional, dar definește actul administrativ-jurisdicțional ca fiind „actul juridic emis de o autoritatea administrativă cu atribuții jurisdicționale în soluționarea unui conflict, după o procedură bazată pe contradictorialitate și cu asigurarea dreptului la apărare”.

¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări prin Legea nr. 337 din 17 iulie 2006, publicată în Monitorul Oficial nr. 625 din 20 iulie 2006 prin care se abrogă Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 60 din 25 aprilie 2001, modificată și completată de Legea nr. 128 din 5 mai 2007, publicată în Monitorul Oficial nr. 309 din 9 mai 2007.

² Publicată în Monitorul Oficial nr. 625 din 20 iulie 2006.

³ Denumirea Consiliului este criticabila deoarece poate induce opinia că acest organism soluționează contestațiile în toate domeniile și nu numai cele care privesc atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice sau a contractelor de concesiune de servicii.

⁴ A se vedea Dumitru Daniel Șerban „Contribuții la corecta soluționare a contestațiilor în lumina dispozițiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii”, articol în Revista „Dreptul” nr. 2/2007, pag. 117.

Astfel, persoana interesată poate fie să parcurgă procedura de soluționare a contestațiilor, situație în care trebuie să respecte termenele și condițiile din legea achizițiilor publice, fie să formuleze acțiune direct în justiție, situație în care acțiunea în contencios administrativ nu este condiționată de îndeplinirea procedurii prealabile de soluționare a contestațiilor⁵.

Înainte de revizuirea constituțională din 2003, recursul administrativ-jurisdicțional trebuia, obligatoriu, exercitat înainte de sesizarea instanței de contencios administrativ, sub sancțiunea decăderii, fiind, prin urmare, un recurs administrativ prealabil sesizării instanței⁶.

Deși a rămas un recurs prealabil sesizării instanței de contencios administrativ, caracterul obligatoriu al recursului administrativ-jurisdicțional nu mai subzistă, el devenind facultativ, în considerarea art. 21 alin. (4) din Constituție, conform căruia jurisdicțiile administrative sunt facultative și gratuite”. Astfel, persoanele fizice sau juridice nu mai sunt obligate să recurgă la recursul administrativ-jurisdicțional atunci când intenționează să conteste un act administrativ pentru care legea prevede această procedură, putând intenta direct acțiunea în contencios administrativ⁷.

Legea dispune că obiectul contestației poate fi, după caz, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, obligarea autorității contractante de a lua orice măsuri necesare pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire. Despăgubirile pot fi solicitate de către persoana interesată numai prin acțiune la justiție, în conformitate cu dispozițiile legii contenciosului-administrativ.

Conform prevederilor art. 7 alin. 1 din Legea contenciosului administrativ, plângerea prealabilă are ca obiect „revocarea în tot sau în parte a actului administrativ” iar cererea de chemare în judecată trebuie să aibă ca obiect de principiu: anularea actului administrativ atacat, obligarea autorității administrative la emiterea actului administrativ solicitat, obligarea autorității administrative la daune morale.

În conformitate cu legislația în materia achizițiilor publice, prin persoana care se consideră vătămată se înțelege orice persoană care are un interes legitim în legătură cu un anumit contract de achiziție publică și a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice. În legătură cu aceste prevederi este de remarcat faptul că în O.U.G. nr. 34/2006, legiuitorul nu mai folosește noțiunea de vătămare a unui drept subiectiv ci promovează acțiune fundamentată pe vătămarea unui interes legitim⁸.

De asemenea în legislație se specifică faptul că este considerat act al autorității contractante: orice act administrativ sau lipsa unui act administrativ sau a oricărui alt act al autorității contractante ori refuzul de a-l emite sau orice alt act al autorității contractante care produce sau poate produce efecte juridice.

⁵ A se vedea Mădălin Irinel Niculeasa, „Legislația achizițiilor publice – comentarii și explicații”, Editura „C.H. Beck”, București, 2007, pag. 451.

⁶ În sensul identității de regim juridic între recursul administrativ prealabil tipic și recursul administrativ-jurisdicțional s-a pronunțat și instanța supremă în deciziile sale; a se vedea C.S.J. secția de contencios administrativ, nr. 823/2000, publicată în „Buletinul Jurisprudenței Curții Supreme de Justiție”, 2000, pag. 1005.

⁷ A se vedea Dacian Cosmin Dragoș, „Legea contenciosului administrativ – comentarii și explicații”, Editura „All Beck”, București, 2005, pag. 187.

⁸ A se vedea Lucian Chiriac „Drept administrativ – activitatea autorităților administrației publice”, curs universitar, Universitatea „Petru Maior” Târgu-Mureș, 2007, pag. 158.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este un organism cu activitate administrativ-jurisdicțională, care funcționează pe lângă Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. Începând cu data de 1 ianuarie 2007, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a dobândit personalitate juridică, președintele acestuia are calitatea de ordonator de credite, iar finanțarea cheltuielilor curente și de capital ale Consiliului se asigură de la bugetul de stat, prin bugetul Cancelariei Primului-ministru. Legea 128/2007⁹ privind modificarea și completarea O.U.G. 34/2006, prevede expres faptul că activitatea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor este controlată de Parlament printr-o comisie parlamentară.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în exercitarea atribuțiilor sale, adoptă decizii. În ceea ce privește deciziile sale, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este independent și nu este subordonat Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. Această independență este însă îndoielnică având în vedere faptul că la și art. 261 alin. 1 din O.U.G nr. 34/2006 prevede că membrii Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sunt numiți de primul-ministru, iar, cum am specificat și mai sus, finanțarea cheltuielilor curente și de capital ale Consiliului se asigură de la bugetul de stat, prin bugetul Cancelariei Primului-ministru.

În ceea ce privește activitatea sa, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent:

a) să soluționeze contestațiile formulate în cadrul procedurii de atribuire, înainte de încheierea contractului – în această ipoteză se încadrează contestațiile formulate împotriva actelor administrative sau de altă natură emise de către autoritatea contractantă între momentul inițierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică și momentul încheierii contractului;

b) să se pronunțe asupra legalității procedurilor și operațiunilor desfășurate în atribuirea unui contract de achiziție publică;

c) să emită o opinie asupra litigiului dedus judecătii, dacă instanța de judecată solicită acest lucru.

Un alt aspect asupra căruia ne oprim este prevăzut de art. 278 alin 2 și 3 din O.U.G. 34/2006 privind competența „exorbitantă” conferită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care o depășește chiar pe cea a instanțelor judecătorești, putând pronunța o decizie prin care poate: anula în parte sau în tot un act administrativ, obliga autoritatea contractantă să emită un act sau poate să dispună orice măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire. Prin interpretarea logico-gramaticală a termenului „remediere” putem constata o similitudine cu termenul de „modificare” a actelor administrative, competență care nu este recunoscută de lege nici chiar instanțelor judecătorești¹⁰.

Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare¹¹.

⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 309 din 9 mai 2007.

¹⁰ A se vedea Iordan Nicola „*Considerații cu privire la O.U.G. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii*”, articol în Revista de Drept Public, nr. 1/2007, pag. 113.

¹¹ A se vedea Dumitru-Daniel Șerban, *op.cit.*, pag. 118.

3. Considerații privind activitatea Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor are un număr de 21 de membri, numiți consilieri de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice și un președinte ales prin vot secret. Aceștia sunt constituiți în 7 complete de câte 3 membri. Toți membrii Consiliului sunt funcționari publici cu statut special cărora le este interzis să desfășoare activități comerciale, să dețină calitatea de asociat sau membru în conducerea unor societăți cu scop comercial sau să fie membri ai unui partid politic sau să participe la activități cu caracter politic. Președintele Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor va întocmi și va prezenta în fața Parlamentului un raport de activitate anual.

Are dreptul să se adreseze cu o contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor conform art. 255 din O.U.G. 34/2006 „persoana care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, adoptat cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice”¹².

Documentul se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: numele și datele de identificare ale persoanei respective, denumirea și sediul autorității contractante, denumirea obiectului contractului de achiziție publică, procedura aplicată, obiectul contestației, motivarea în fapt și în drept a cererii și în măsura posibilităților, mijloacele de probă.

Contestația poate fi depusă în toate fazele procedurii de atribuire și împotriva oricărui act al autorității contractante.

În ceea ce privește termenul de formularea a contestației, legea dispune că în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este mai mare decât următoarele praguri valorice: pentru contractul de furnizare: 40.000 euro, pentru contractul de servicii: 40.000 euro și pentru contractul de lucrări: 250.000 euro, contestația poate fi depusă în cel mult 10 zile de la data luării la cunoștință de către contestator despre actul pe care acesta îl consideră nelegal. Dacă valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este egală cu sau mai mică decât pragurile valorice amintite, contestația poate fi depusă în cel mult 5 zile de la data luării la cunoștință de către contestator despre un act al autorității contractante pe care îl consideră nelegal.

O copie a contestației se înaintează și autorității contractante, astfel că în termen de 5 zile de la depunerea ei, aceasta din urmă are obligația trimiterii la Consiliu a punctului de vedere asupra contestației. Tot într-un termen foarte scurt, respectiv la 5 zile de la primirea contestației, Consiliul poate solicita autorității contractante să comunice toate documentele aflate în dosarul achiziției publice. În cazul nerespectării acestor solicitări, Consiliul poate aplica sancțiuni sub formă de amenzi. În judecarea cauzei, Consiliul poate audia părțile, iar acestea pot fi reprezentate de avocați și pot solicita să depună oral concluzii în fața Consiliului.

¹² În dreptul comunitar a fost stabilit prin art. 1 alin 3 din Directiva 89/665/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative privind aplicarea procedurilor privind căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, că se poate adresa unui astfel de organism „orice persoană care este sau a fost interesată de obținerea unui anumit contract public de achiziție de produse sau unui contract public de lucrări și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare”.

Similar procedurii instanțelor de judecată, contestațiile se soluționează de un complet format din trei membri ai Consiliului, din care unul are calitatea de președinte de complet, cauzele fiind atribuite completelor în mod aleatoriu.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor are obligația să soluționeze contestația în termen de 10 zile lucrătoare de la data primirii dosarului de achiziție publică de la autoritatea competentă. În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit cu încă 20 de zile. Aceste termene sunt obligatorii, situație în care nerespectarea acestora poate atrage obligarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor la plata de daune-interese persoanei prejudiciate¹³.

Depunerea contestației în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor suspendă de drept procedura de atribuire până la data soluționării contestației. Contractul încheiat în perioada de suspendare a procedurii de atribuire este lovit de nulitate absolută, iar în cazuri temeinic motivate și la solicitarea uneia dintre părți, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor poate să dispună reluarea procedurii de atribuire.

Preluând dispozițiile Codului de procedură civilă, legea dispune că mai întâi se soluționează excepțiile de procedură și de fond, iar apoi, în măsura în care aceste excepții vor fi respinse, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va purcede la analiza pe fond a cauzei.

Cât privește soluțiile pe care le poate dispune Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor asupra contestației, acesta poate pronunța o decizie prin care anulează în parte sau în tot actul atacat, poate obliga autoritatea să emită un act sau poate dispune orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire.

De asemenea, potrivit art. 266 alin. 1 lit. b, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent să se pronunțe, la cerere, asupra legalității „procedurilor și operațiunilor desfășurate de autoritatea contractantă în atribuirea unui contract de achiziție publică”, conform O.U.G. 34/2006. Lăsând la o parte cerința respectării unității terminologice și a corelării textelor normative, legiuitorul stabilește în art. 282 că autoritățile contractante pot sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în scopul pronunțării asupra legalității „actelor și operațiunilor” derulate în cursul procedurii de atribuire, acesta putând „să constate legalitatea actelor” întocmite de autoritatea contractantă și „să ateste corectitudinea operațiunilor și procedeeleor” desfășurate de aceasta¹⁴.

Decizia Consiliului privind modul de soluționare a contestației va fi motivată și comunicată părților în termen de 5 zile de la pronunțare. Această decizie este obligatorie pentru părți, contractul de achiziție publică încheiat cu nerespectarea deciziei Consiliului fiind lovit de nulitate.

În ceea ce privește litigiile ivite după încheierea contractului de achiziție publică, s-a renunțat la prevederile din reglementarea anterioară, în favoarea unei dispoziții mai concise și cuprinzătoare, conform căreia acestea cad în competența exclusivă a instanțelor de judecată, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor putându-se pronunța numai asupra contestațiilor formulate în cadrul procedurii de atribuire înainte de

¹³ A se vedea Mădălin Irinel Niculeasa, *op. cit.*, pag. 473.

¹⁴ A se vedea Dumitru Daniel Șerban „Verificarea legalității procedurilor, operațiunilor și actelor autorităților contractante în atribuirea contractelor de achiziție publică”, articol în Revista „Dreptul”, nr. 5/2007, pag. 125 și urm.

încheierea contractului (reglementarea precedentă se raporta în principal la data publicării anunțului de atribuire a contractului, nu la cea de încheiere a contractului)¹⁵.

Plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este de competența Curții de Apel, secția de contencios administrativ și fiscal pe raza căreia se află sediul autorității contractante. Aceasta se judecă de urgență și cu precădere și va fi soluționată în complet format din 3 judecători.

Procedura de soluționare a plângerii este cea a recursului, potrivit dispozițiilor art. 304¹ din Codul de procedură civilă. Instanța poate dispune suspendare procedurii de atribuire, până la soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

În concluzie, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a devenit după primul an de existență un organism complex, cu o activitate intensă, lucru confirmat chiar de cifre, astfel un raport al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor arată faptul că în primele 9 luni de la funcționare au fost înregistrate 4677 contestații din care au fost soluționate 2815. Având în vedere volumul mare de contestații raportat la cele 7 complete, se ridică problema dacă termenele legale de soluționare a contestațiilor sunt într-adevăr respectate.

¹⁵ A se vedea Dumitru Daniel Șerban, *op.cit.*, pag. 124.