

Scurte considerații cu privire la anumite modificări aduse prin OUG 26/2022 în materie de achiziții publice



Gabriela POP,
Managing Associate,
Bondoc și Asociații SCA

În contextul necesității implementării Planului Național de Redresare și Reziliență sau a reglementării anumitor situații specifice apărute în piață (după cum vom detalia mai jos), am asistat în perioada relativ recentă la adoptarea mai multor reglementări în domeniul achizițiilor publice.

Semnalăm astfel publicarea a patru acte normative cu impact în derularea procedurilor și contractelor de achiziție publică, și anume (în ordinea intrării lor în vigoare):

i. Ordonanța de urgență nr. 19/2022 privind unele măsuri referitoare la garanțiile de bună execuție constituite în cadrul contractelor de achiziție

publică și al contractelor sectoriale ("OUG 19/2022"), în vigoare de la 4 martie 2022 și ulterior modificată prin Ordonanța de urgență nr. 62/2022,

ii. Ordonanța de urgență nr. 26/2022 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul investițiilor publice ("OUG 26/2022"), în vigoare de la 21 martie 2022,

iii. Ordonanța de urgență nr. 47/2022 privind ajustarea prețurilor contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale/contractelor de concesiune/acordurilor-cadru ("OUG 47/2022"), în vigoare de la 15 aprilie 2022, și

iv. Legea nr. 86/2022 pentru completarea Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și pentru modificarea și completarea Legii nr. 99/2016 privind

Simona PETRIȘOR,
Partner,
Bondoc și Asociații SCA

achizițiile sectoriale ("Legea 86/2022"), în vigoare de la 16 aprilie 2022.

Cum remarcam mai sus, adoptarea actelor enumerate la punctele #i. și #iii. a devenit necesară ca urmare a apariției unor împrejurări externe pentru care legiutorul a trebuit să găsească soluții. Astfel, OUG 19/2022 reglementează modalitățile în care se pot constitui noi scrisori de garanție bancară în contextul retragerii autorizației de funcționare urmată de deschiderea procedurii falimentului împotriva unei societăți de asigurare ce deținea un portofoliu semnificativ de polițe de asigurare aferente contractelor de achiziție publică,

iar OUG 47/2022 prevede modalități de ajustare a prețurilor pentru a răspunde dificultăților cu care se confruntă operatorii economici implicați în executarea contractelor de achiziție publică, apărute ca urmare a creșterii prețului pe piețele de energie electrică și gaze naturale, pe piața combustibililor, inclusiv în contextul conflictului militar din Ucraina. Pe de altă parte, Legea 86/2022 (punctul #iv. din enumerarea de mai sus) are ca scop corelarea legislației în materie de achiziții publice cu reglementările existente cu privire la achizițiile publice verzi, acestea din urmă fiind definite de Legea nr. 69/2016 privind achizițiile publice verzi ca *"procesul prin care autoritățile contractante utilizează criterii privind protecția mediului care să permită îmbunătățirea calității prestațiilor și optimizarea costurilor cu achizițiile publice pe termen scurt, mediu și lung"*.

Fără a subaprecia importanța sau interesul suscitată de actele normative sus-menționate și de efectele lor, ne-am propus ca prin materialul de față să analizăm cu precădere modificările aduse legislației achizițiilor publice de către OUG 26/2022 (punctul #ii. din enumerarea de mai sus).

Astfel, printre modificările care au stârnit controverse și discuții numeroase printre practicieni este prevederea nou introdusă în Legea nr. 101/2016, conform căreia autoritățile contractante, în situația în care câștigă în mod definitiv o contestație, au obligația de a efectua demersurile necesare pentru reținerea cauțiunii constituite la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor ("CNCS" sau "Consiliul") de către operatorul economic care a depus contestația, în vederea și în limita acoperirii prejudiciilor create de întârzierile înregistrate în finalizarea procedurii de atribuire (nou introdusul alineat (5)¹ al articolului 61¹ din Legea nr. 101/2016¹).

Printr-o astfel de prevedere, se urmărește, conform Notei de fundamentare, descurajarea introducerii de contestații nefondate/neîntemeiate și, indirect, reducerea timpului necesar încheierii contractelor de achiziție publică.

Se continuă astfel seria de reglementări aduse prin OG 3/2021 care au redus anumite termene din cadrul procedurilor, au instituit obligația autorităților contractante de a încheia contractul cu ofertantul câștigător validat prin decizia Consiliului sau instanței (după caz), fără să se mai aștepte rezultatul definitiv al căilor de atac subsecvente contestației, etc.

Este evident însă că orice descurajare a potențialilor contestatori, indiferent cât de necesară din perspectiva fluidizării procedurilor de achiziție publică, accelerării realizării reformelor și utilizării eficiente a fondurilor puse la dispoziție, ar trebui să aibă loc doar cu condiția protejării și conservării drepturilor și libertăților garantate de legea fundamentală, mai precis fără a afecta accesul liber la justiție statuat de articolul 21 din Constituție sau alte principii constituționale relevante.

Deși prevederea care face obiectul discuției de față este prea recent adoptată pentru a exista în prezent jurisprudență relevantă strict prin raportare la aceasta, semnalăm că încercările anterioare ale legiuitorului de a impune restricții și sancțiuni asemănătoare au fost declarate în trecut ca fiind neconstituționale.

Astfel, o prevedere întrucâtva similară, urmărind aceeași finalitate, a fost adoptată prin OUG 51/2014 sub forma unei modificări a cadrului legal anterior în materia achizițiilor publice (Articolele 271² alineatele (1) și (2) din OUG nr. 34/2006³). Prin Decizia nr. 5/15 ianuarie 2015 instanța de contencios constituțional s-a pronunțat asupra prevederilor sus-menționate ale OUG 34/2006, indicând că sunt neconstituționale, nerespectând scopul pentru care garanția de bună conduită (*n.a.* echivalentul cauțiunii în actuala reglementare) a fost instituită, și anume protejarea autorității contractante de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatarului.

Prin aceeași decizie, Curtea Constituțională a reținut că în temeiul prevederilor legale respective, reținerea sumelor aferente se realiza necondiționat de conduita procesuală a inițiatorului

contestației, ignorându-se astfel prezumția bunei-credințe în exercitarea drepturilor procedurale și prezumându-se automat reaua-credință și comportamentul necorespunzător al contestatarului a cărui contestație este respinsă.

Curtea Constituțională a sancționat, de asemenea, prevederile alineatului (5) al art. 271¹ din OUG 34/2006 care prevedeau ca garanția de bună conduită, printre alte cerințe, să fie irevocabilă⁴ și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă⁵. Astfel, prin Decizia nr. 750/4 noiembrie 2015, sintagma precitată a fost constatată ca fiind neconstituțională.

Față de cele de mai sus, eventuale prevederi legale care să stabilească necondiționat, *de plano*, reținerea cauțiunii în cazul respingerii contestațiilor par vulnerabile raportat la practica Curții Constituționale în materia instituirii cauțiunii pentru căile de atac în materia achizițiilor publice.

Întrebarea care se pune este în ce măsură reglementarea nou introdusă prin OUG 26/2022 va fi considerată că îndeplinește astfel de cerințe constituționale, inclusiv din perspectiva criticilor și aspectelor statuate prin deciziile sus-menționate. Având în vedere practica anterioară cu privire la aceste subiecte, este de presupus că ridicarea excepțiilor de neconstituționalitate nu va întârzia să apară, cu atât mai mult cu cât prin jurisprudența sa, Curtea Constituțională a reținut că considerentele din deciziile referitoare la prevederile legale care instituiau o garanție de bună conduită sunt aplicabile, *mutatis mutandis*, și în privința prevederilor Legii nr. 101/2016 care instituie o cauțiune⁶.

Din perspectiva aplicării prevederilor alineatului (5)¹ al articolului 61¹ din Legea 101/2016 prin raportare la existența/îndeplinirea unor anumite condiții, și nu *de plano*, observăm în primul rând că formularea aleasă de legiuitor pare să instituie regula că reținerea cauțiunii se realizează în cazul îndeplinirii unor condiții, și anume: (i)

¹ În situația în care autoritatea contractantă câștigă în mod definitiv contestația depusă în cadrul procedurii de achiziție publică, aceasta are obligația de a efectua demersurile necesare pentru reținerea cauțiunii constituite la Consiliul de către operatorul economic care a depus contestația, în vederea și în limita acoperirii prejudiciilor create de întârzierile înregistrate în finalizarea procedurii de atribuire.

² În cazul în care contestația este respinsă de către Consiliul sau de către instanța de judecată, atunci când contestatorul se adresează direct instanței, autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de bună conduită de la momentul rămânerii definitive a deciziei Consiliului/botării instanței de judecată. [...]

³ Decizia nr. 501/17 septembrie 2019 și Decizia 865/17 decembrie 2019.

câștigarea definitivă, de către autoritatea contractantă, a contestației depuse de ofertantul nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire⁴ și (ii) existența unui prejudiciu cauzat de întârzierile înregistrate în finalizarea procedurii de atribuire. Astfel, reținerea cauțiunii este circumscrisă ideii de prejudiciu, prevederea conținând premisele pentru a fi aplicată doar ca o sancțiune față de un comportament cauzator de prejudicii al contestatarului, și nu automat, ca o consecință directă a respingerii definitive a contestației.

Analizând noile prevederi referitoare la reținerea cauțiunii în situația respingerii contestației remarcăm, de asemenea, că pentru o verificare riguroasă a întinderii și contextului de aplicare a acestora este necesar ca reglementarea să fie citită prin corelare cu prevederile pre-existente ale articolului 61¹ din Legea 101/2016.

Astfel, alineatul 5⁵, imediat anterior reglementării în discuție, instituie anumite reguli referitoare la restituirea cauțiunii, precizând că aceasta nu se va restitui celui care a depus-o dacă autoritatea contractantă face dovada că a formulat cerere în fața instanței pentru plata de despăgubiri. Această prevedere stabilește un drept în favoarea autorităților contractante - de a solicita despăgubiri în instanță pentru recuperarea prejudiciilor cauzate de depunerea contestațiilor. În analizarea unei astfel de cereri, instanța va trebui să aplice toate rigorile unei acțiuni în răspundere, inclusiv determinarea existenței și întinderii prejudiciului astfel cauzat.

Într-o interpretare pe care o găsim rezonabilă, se poate considera că prevederile alineatului (5)¹ introdus prin OUG 26/2022 în articolul 61¹ al Legii 101/2016 vin să le completeze pe cele ale alineatului (5) din același articol, stabilind obligația – și nu doar dreptul – autorităților contractante de a iniția o astfel de acțiune în răspundere în situația în care acestea câștigă în mod definitiv contestația depusă în cadrul procedurii de achiziție publică.

Menționăm însă că formularea aleasă de legiuitor prin OUG 26/2022 este cel puțin neclară, nefiind reglementat specific care sunt ”demersurile necesare pentru reținerea cauțiunii” pe care autoritatea contractantă ar trebui să le facă și neexistând nici măcar o referință la alineatul anterior care reglementează excepția de la principiul returnării cauțiunii. Pentru citirea coerentă a noului text introdus, ar fi fost preferabil ca terminologia folosită în alineatul (5)¹ și alineatul (5) existent înainte de intrarea în vigoare a OUG 26/2022 să fie unitară. Astfel, deși o astfel de interpretare nu ni se pare rezonabilă și în spiritul legii, raportat la redactarea actuală a prevederii legale nou introduse nu se poate exclude cu totul o aplicare a textului separat de regulile prevăzute în alineatul (5) din articolul 61¹, ceea ce ar atrage o incertitudine juridică importantă în legătură cu condițiile de reținere a cauțiunii în cazul câștigării definitive a contestației de către autoritatea contractantă.

O astfel de interpretare contrară a prevederilor alineatului (5)¹ al articolului 61¹ din Legea 101/2016, scoasă din contextul mai larg al articolului 61¹, conform căreia autoritățile contractante ar putea solicita reținerea cauțiunii și ar aprecia existența și întinderea prejudiciilor fără a apela la instanța de judecată, ar da naștere mai multor critici de neconstituționalitate, dar și unor dificultăți de aplicare a reglementării.

De exemplu, reținerea cauțiunii trebuie realizată ”în vederea și în limita acoperirii prejudiciilor” generate de contestațiile respinse. În lipsa unui control judiciar, pare neclar cum se va aprecia existența unui prejudiciu cauzat de întârzierea în finalizarea procedurii de atribuire, având în vedere că într-o interpretare rezonabilă se poate considera că orice contestație – indiferent dacă aceasta este depusă cu bună-credință, în apărarea unor drepturi și interese legitime, sau din-contră, cu intenția de a îngreuna demersurile celorlalți participanți la procedură, inclusiv ale autorităților contractante – este de natură să cauze-

ze astfel de întârzieri. Anticipăm că în practică ar fi, de asemenea, dificil pentru autoritățile contractante să cuantifice și să determine prejudiciile astfel create, având în vedere că în anumite cazuri acestea nu vor fi fost efectiv produse sau vor avea un caracter incert (de exemplu întârzierile în implementarea unui anumit proiect ar putea fi recuperate pe parcursul executării contractului).

De asemenea, legiuitorul nu face nicio referire la sau condiționare pentru reținerea cauțiunii în funcție de buna sau rea credință a contestatarului. Acest aspect pare să devieze de la prezumția bunei-credințe în exercitarea drepturilor procedurale și să readucă în actualitate criticile în acest sens cuprinse în Decizia nr. 5/2015 față de cadrul legal anterior.

Pe de altă parte, în cazul în care practica în materie va consacra interpretarea că sensul expresiei „demersurile necesare pentru reținerea cauțiunii” este dat prin raportare la prevederile alineatului (5) al art. 61¹, acestea fiind printre altele introducerea de către autoritatea contractantă a unei acțiuni în răspundere în instanță împotriva contestatarului, o astfel de interpretare a textului pare să fie singura care ar putea oferi o anumită garanție împotriva unor posibile abuzuri din partea autorităților contractante cu privire la reținerea cauțiunilor. Chiar și în această situație, rămâne în discuție temeiul pentru reținerea cauțiunilor respective pe durata acțiunilor în răspundere aferente. Într-o astfel de interpretare, este rolul instanței să filtreze cazurile deduse judecării și să stabilească în ce măsură au fost cauzate prejudicii prin depunerea contestațiilor în speța concretă, care este întinderea acestora și dacă se poate reține răspunderea contestatarului în acest sens în temeiul unui abuz de drept procesual.

Pentru clarificarea noilor prevederi legislative și a manierei lor de aplicare ar fi bine-venite fie un nou act normativ de modificare a Legii 101/2016 în vederea realizării legăturii

⁴ Este necesar ca în cazul contestațiilor formulate pe cale administrativ-jurisdicțională respingerea contestației să fie dispusă prin decizia Consiliului, rămasă definitivă prin neformularea de către contestatar a plângerii, sau prin botărarea instanței de judecată după judecarea plângerii formulate față de decizia CNIS. Semnalăm că această condiție era prevăzută și în reglementarea anterioară, declarată neconstituțională.

⁵ Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a botărării Consiliului. 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 despăgubirilor convenite până la împlinirea termenului de 30 de zile de la data rămânerii definitive a botărării.

care pare să lipsească în redactarea actuală a textelor, fie acte normative

secundare de punere în aplicare sau puncte de vedere ori îndrumări din

partea autorităților competente.

