



**COMBATEREA CRIMINALITĂȚII
ÎN DOMENIUL ACHIZIȚIILOR PUBLICE**

**FIGHTING PUBLIC
PROCUREMENT CRIMINALITY**

Ghid pentru practicieni în domeniul achizițiilor publice

Proiectul „Combaterea fraudei în achizițiile publice.
O abordare operațională” a fost finanțat cu sprijinul Comisiei Europene.

Această publicație reflectă strict opiniile autorilor, Comisia Europeană nefiind responsabilă pentru orice modalitate de folosire a informațiilor conținute.



With the financial support from the Prevention of and
Fight against Crime Programme of the European Union
European Commission - Directorate-General Home Affairs



Freedom House Romania
Bd. Ferdinand 125, sector 2, 021387, Bucharest, Romania
www.freedomhouse.ro/achizitii
freedomhouse@freedomhouse.ro
facebook.com/FreedomHouseRo
tel.: +40-21-253 2838
fax: +40-21-253 0063

Digitalizarea ghidului a fost realizată de Learn Forward



Learn Forward
28B Stefan Mihaileanu St., Ap. 2, Bucharest

www.learnfwd.com -
Dedicated to building the best authoring tool for digital textbooks.
www.readfwd.com
www.facebook.com/learnfwd

ISBN 9789738098398



Contributori

Ghidul pentru practicieni în domeniul achizițiilor publice este rodul unei munci de echipă, dar și rezultat al dezbaterilor ocazionate de cele 15 seminare desfășurate timp de 18 luni în cadrul proiectului european „Combaterea fraudei în achizițiile publice. O abordare operațională.”

Lucrarea reflectă contribuțiile și efortul depus, în cele mai multe cazuri *pro bono*, de speakerii proiectului: experți în achiziții, judecători, procurori, ofițeri de poliție judiciară, funcționari de rang înalt. Considerăm, așadar, o obligație de onoare să îi trecem în revistă pe cei mai importanți contributori, alături de mulțumirile adresate pentru angajamentul lor în slujba interesului public.

Laura Ștefan este coordonatorul activităților anticorupție al Expert Forum, expert internațional pentru Comisia Europeană, UNDP și OECD în reforma juridică, anticorupție și combaterea spălării banilor. În 2011, Comisia Europeană a numit-o membru al Expert Group on Corruption. Între 2005-2007, Laura Ștefan a fost director în cadrul Ministerului de Justiție, responsabilă de politicile anticorupție. A elaborat și a pledat pentru adoptarea legislației anticorupție. A absolvit LL.M. (Masters of Law), program organizat de Universitatea Cambridge între 2003-2004.

Diana Bulancea este judecător de contencios administrativ și formator coordonator al Institutului Național al Magistraturii în domeniile dreptului administrativ și dreptului concurenței. Cu o vechime de peste 11 ani ca judecător, doamna Bulancea activează, începând cu 2009, ca judecător în cadrul Secției de contencios administrativ și fiscal a Curții de Apel București. Din octombrie 2013, este detașată în cadrul Agentului Guvernamental pentru Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Serviciul de contencios al UE.

Diana Ungureanu este judecător la Curtea de Apel Pitești, secția civilă și de contencios-administrativ și fiscal, și formator în cadrul Institutului Național al Magistraturii. Coordonează programele INM de formare inițială în drept comercial și de formare continuă în dreptul european al concurenței. Diana Ungureanu își finalizează doctoratul în științe juridice în domeniul dreptului european, al afacerilor și al concurenței la

Universit  de Limoges, Faculté de Droit et des Sciences  conomiques. Are, de asemenea, o experien  practică în instan  de peste 10 ani.

Sorin Fusea este preşedintele Asocia ei Naționale a Specialiştilor  n Achiziții. Este specializat în achiziții publice, privatizare şi pia  de capital, cu o vastă experien  în coordonarea proiectelor vizând aplicarea legislativă a principiilor liberei concurențe şi eficienței utilizării fondurilor. A gestionat pregătirea şi implementarea documentațiilor pentru organizarea procedurilor de achiziții publice în domeniul infrastructurii şi are o experien  de peste 10 ani în cadrul unor organe de control financiar şi penal.

Corina Neaga este expert independent şi membru al Asocia ei Naționale a Specialiştilor  n Achiziții. Are o experien  de aproape 20 de ani în achiziții publice. A fost şef serviciu achiziții în cadrul Primăriei Bacău din anul 2007. Corina Neaga are o diplomă de masterand în „Management şi legislație în industrie, administrație şi servicii”, particip nd la numeroase programe de perfec ionare în domeniul achizițiilor publice.

Valeria Tudora este expert în achiziții publice, membru al Asocia ei Naționale a Specialiştilor  n Achiziții, manager de proiect şi formator. Oferă consultan  în vederea implementării contractelor de achiziții şi concesiune servicii şi în implementarea proiectelor de infrastructură derulate de beneficiari publici. Valeria Tudora a participat în calitate de expert cheie în achiziții publice în cadrul unor proiecte finanțate din fonduri europene: POS Mediu, ISPA, SAPARD, PNDR, POR.

Ştefan Gavrilescu este avocat specializat în achiziții publice. Activează atât în domeniul consultan ei acordate operatorilor din sfera lucrărilor publice, cât şi în domeniul litigiilor legate de achiziții. Datorită experien ei în lucrul direct cu diverşi operatori economici, Ştefan Gavrilescu este implicat şi în activitatea Asocia ei Naționale a Specialiştilor  n Achiziții.

Milica Ecaterina Dobrotă este economist specializat în verificarea procedurilor de achiziție publică finanțate din fonduri comunitare şi de stat, urmărirea derulării principalelor etape ale procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, a contractelor de concesiune de lucrări şi a contractelor de concesiune de servicii. Publică în mod regulat articole de specialitate în Revista națională de achiziții publice.

Cicerone Stan este directorul Direcției generale de supraveghere, monitorizare şi evaluare din cadrul Autorității Naționale pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achizițiilor Publice. Cicerone Stan

coordonează activitatea de supraveghere și control derulată de ANRMAP în atribuirea contractelor. A fost trainer în cadrul multor cursuri privind implementarea cadrului legislativ național pentru achiziții publice în corelație cu legislația europeană.

Silviu Cristian Popa este membru al Colegiului Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, președinte de complet din 2010. Este licențiat în drept și absolvent al Școlii Naționale de Studii Politice și Administrative – Facultatea de Administrație Publică (Master), respectiv Maastricht School of Management (MBA).

Mihai Fentzel este șef de serviciu al Inspecției de integritate în cadrul Agenției Naționale de Integritate. A fost membru al grupului de lucru inter-instituțional care a elaborat *Codul de conduită în evitarea situațiilor de incompatibilitate și conflicte de interese*. Înainte de a deveni inspector ANI, Mihai Fentzel a fost șef de birou în Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, unde a coordonat activitățile de control și audit intern.

Constantin Preoteasa este comisar șef în cadrul Direcției de Investigare a Criminalității Economice a Inspectoratului General al Poliției Române din anul 1993. În 2012, a fost împuternicit director adjunct al acestei structuri. În prezent, Constantin Preoteasa este șeful Serviciului de investigare a criminalității la regimul fondurilor publice și al corupției.

Horațiu Baias este procuror șef serviciu în cadrul Direcției Naționale Anticorupție, unde lucrează din 2005, urmărind investigarea fraudelor comise în cadrul procedurilor de achiziție publică, evaziune fiscală și spălare de bani. Expert al OECD, Horațiu Baias a participat la evaluarea progreselor Armeniei în lupta anticorupție și a contribuit la dezvoltarea și organizarea activităților de formare a investigatorilor anticorupție din Ucraina. A fost și expert al Consiliului Europei în proiectul împotriva corupției, spălării banilor și finanțării terorismului în Republica Moldova.

Crin Bologa este prim-procuror al Parchetului de pe lângă Tribunalul Sălaj, în cadrul căruia a mai ocupat și funcția de procuror șef secție. În perioada 2005 – 2007 a ocupat funcția de procuror șef al Serviciului Teritorial Cluj al DNA. Absolvent al Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai, a participat la numeroase cursuri de formare profesională organizate de INM, DNA, OLAF și Uniunea Europeană.

Marius Bulancea a lucrat timp de peste 14 ani ca procuror la toate nivelele judiciare, având o vastă experiență în investigarea corupției, fraudei și crimei organizate. Din 2008, a fost consilier al Procurorului General

al României și al Procurorului-șef al Direcției Naționale Anticorupție, fiind implicat direct în conceperea politicilor de reformă a sistemului, în redactarea strategiei de combatere a corupției și în coordonarea acțiunilor de standardizare a tehnicilor investigative. Marius Bulancea este formator în cadrul Institutului Național al Magistraturii.

Teodor Florin Cuciureanu este specialist șef serviciu în cadrul Direcției Naționale Anticorupție din noiembrie 2010. Are o experiență de peste șapte ani în domeniul fiscalității în achiziții publice – contabilitate, privatizare, administrație publică, evaluarea bunurilor imobiliare, specializat în TVA și în legislația impozitului pe venit. Este co-autor al unor publicații referitoare la practici de evaziune de la înregistrarea și plata impozitelor.

Radu Oltei este specialist în cadrul Direcției Naționale Anticorupție. Are o experiență de peste 10 ani în domeniul vamal, achiziții publice, administrație publică, evaluarea bunurilor imobiliare. Radu Oltei a participat la clarificarea unor aspecte tehnice în activitatea de urmărire penală, prin întocmire de rapoarte de constatare tehnico-științifică.

Frédéric Teillet este magistrat de legătură pentru România și Moldova al Ambasadei Franței la București, începând cu 2012. Frédéric Teillet deține un master în drept (LL.M.), cu specializare în Drept Civil, obținut la Universitatea Panthéon-Assas (Paris 2). Între 2000 – 2009, a fost procuror în cadrul Parchetelor din Caen, Saint-Malo și Rennes, iar între 2009-2011 a fost consilier în cadrul Ministerului de Justiție din România.

Oliver Aldea este judecător la Curtea de Stat Kassel din Hesse, Germania, membru al completelor de judecare a cazurilor de infracțiuni economice, criminalitate juvenilă, amenzi administrative. A studiat dreptul la Universitatea din Göttingen, devenind în 2008 doctor în drept cu calificativul “summa cum laude”, cu o lucrare pe tema dreptului francez de reziliere.

Mărgărit Marinescu este comisar șef, având 10 ani de experiență de ofițer de poliție judiciară în DNA, cu specializări efectuate în Spania, Marea Britanie și Franța. Sub coordonarea procurorului, a anchetat infracțiuni în achiziții publice comise de directori din companii naționale, ministere și agenții din transporturi, educație, construcții și domeniul sanitar-veterinar, precum și anchete vizând președinți de consilii județene, miniștri și secretari de stat. Mărgărit Marinescu are o vastă experiență în identificarea bunurilor în vederea punerii sub sechestru, aplicând efectiv sechestrare în valoare de peste 10 milioane euro.

Adrian Pascu este comisar, cu o experiență de șapte ani ca ofițer de poliție judiciară în DNA. Între 2003–2008, a activat în cadrul Direcției de Investigare a Fraudelor a IGPR. Sub coordonarea procurorului, a desfășurat activități de cercetare penală și de recuperare a prejudiciilor în cazuri complexe de fraudare a fondurilor publice. A participat în anchete vizând fapte de corupție săvârșite de demnitari, persoane din conducerea administrației centrale și locale și manageri ai unor companii naționale.

CUPRINS

1. Principii care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică – Practică europeană	1
1.1. Cadrul legislativ european	1
1.2. Transpunerea directivelor UE în legislația națională	4
1.3. Principiul nediscriminării	7
1.4. Principiul tratamentului egal	11
1.5. Principiul recunoașterii reciproce	14
1.6. Principiul transparenței	15
1.7. Principiul proporționalității	28
1.8. Principiul eficienței utilizării fondurilor	30
1.9. Principiul asumării răspunderii	30
1.10. Aplicabilitatea principiilor de drept UE în cazul contractelor cu o valoare estimată sub valorile-prag prevăzute de directive	32
2. Etapele procesului de achiziție publică. Instituții și autorități publice implicate	39
2.1. Autoritățile contractante	41
2.2. Etapa ex-ante	43
2.3. Etapa ex-post	54
2.4. Cazuri practice privind greșeli de evaluare și moduri deficitare de aplicare a criteriilor de calificare și selecție	65
2.5. Măsurile de prevenire a fraudei prin mijloace administrative	77
2.6. Natura juridică a raportului de control întocmit de ANRMAP	84

3. Contestațiile în fața CNSC	87
3.1. Sediul materiei. Competența alternativă	87
3.2. Procedura contestațiilor în fața CNSC	88
3.3. Calea de atac împotriva deciziilor CNSC	100
4. Soluționarea litigiilor	103
4.1. Procedura specială a litigiilor din achizițiile publice	103
5. Nereguli în atribuirea contractelor cu consecințe asupra implementării	111
5.1. Respectarea scopurilor OUG nr. 34/2006 și a principiilor care stau la baza atribuirii contractului	111
5.2. Nereguli în atribuirea contractului sancționate contravențional și / sau penal	113
5.3. Modificarea contractelor de achiziție publică – între legitimitate și fraudă	118
5.4. Modificarea contractelor - jurisprudență europeană	133
5.5. Nereguli în pregătirea documentației de atribuire cu consecințe asupra implementării contractului - exemple practice	134
6. Frauda în achiziții publice	139
6.1. Indicatori de fraudă	139
6.2. Modalități de fraudare	143
6.3. Activități care concură la producerea de prejudicii - exemple	144
6.4. Metodologia de lucru a investigatorului	150
6.5. Documentele achiziției care trebuie analizate cu prioritate	153
6.6. Cuantificarea prejudiciului	155

7. Exemple privind metodologia de investigare a infracțiunilor în legătură cu achizițiile publice	159
7.1. Metodă practică de investigare plecând de la un caz real	159
7.2. Bune practici în instrumentarea cazurilor de fraudă în achiziții	167
8. Conflicte de interese și incompatibilități	169
8.1. Combaterea corupției prin mijloace administrative. Agenția Națională de Integritate	170
8.2. Exemple privind evaluarea conflictelor de interese și a incompatibilităților din perspectivă administrativă și penală	172
8.3. Sistemul electronic integrat de prevenire a conflictelor de interese „PREVENT”	180
8.4. Practica sistemului de drept francez în materia conflictului de interese	180
9. Cazuri practice privind modul de acțiune în cauzele de fraudare a achizițiilor publice – metodologie de lucru	185
10. Practica instanțelor în judecarea infracțiunilor privind fraudă în achiziții publice	201
10.1. Dosarul Electrica Banat	201
10.2. Dosarul Electrica Moldova	215

Cuvânt-înainte

Cu 17 parteneri, „Combaterea fraudei în achizițiile publice. O abordare operațională” este cel mai complex proiect internațional coordonat de fundația Freedom House România.

Proiectul a fost dezvoltat în parteneriat cu autorități și instituții publice:

- Ministerul Justiției, Ministerul Public, Direcția Națională Anticorupție, Consiliul Superior al Magistraturii și Institutul Național al Magistraturii, Inspectoratul General al Poliției Române - Direcția de Investigare a Criminalității Economice, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, Agenția Națională pentru Integritate, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor;
- reprezentanți ai societății civile: Asociația Națională a Specialiștilor în Achiziții și Expert Forum;
- un partener responsabil de vizibilitatea proiectului: rețeaua EurActiv (Bruxelles și România);
- parteneri internaționali: Magistrats européens pour la démocratie et les libertés (MEDEL), Fundația Konrad Adenauer – Programul pentru Stat de Drept și Divizia penală și de grațieri a Ministerului de Justiție din Franța.

Proiectul a fost co-finanțat în proporție de 90% de programul Comisiei Europene “Prevention of and Fight against Crime” în cadrul unui grant în valoare totală de 474.620 euro, fiind sprijinit financiar și de ambasadele Olandei și Marii Britanii în România. Finanțarea restului de 10% din grantul total a fost asigurată de Freedom House România, Expert Forum, Consiliul Superior al Magistraturii, Ministerul de Justiție și Ministerul Public.

Lansat în 20 martie 2013, proiectul a avut drept scop creșterea capacității instituționale a autorităților române de a soluționa cazurile de fraudă, corupție, conflict de interese și alte infracțiuni din domeniul achizițiilor publice.

În cele 15 seminare au fost formați 396 de magistrați și ofițeri de poliție judiciară, dintre care:

- 138 judecători români și șase judecători din Republica Moldova,
- 58 de procurori din cadrul parchetelor de pe lângă tribunale și curți de apel,

- 41 de procurori, ofițeri de poliție judiciară și experți ai Direcției Naționale Anticorupție,
- 153 de polițiști din cadrul Direcției de Investigare a Criminalității Economice a IGPR.

Alți 230 de participanți au fost prezenți în cadrul workshop-ului și la cele două conferințe ale proiectului – magistrați, ofițeri de poliție, reprezentanți ai autorităților române, ai Comisiei Europene, mediului diplomatic, experți în achiziții, avocați sau jurnaliști.

Cu un puternic caracter interactiv, având grupe de lucru mixte formate din polițiști, procurori și judecători care au analizat spețe concrete și dosare cu soluții definitive, aceste seminare au ocazionat numeroase dezbateri între magistrați, ofițeri de poliție judiciară, experți în achiziții și înalți functionari ai autorităților de reglementare și monitorizare de integritate și de soluționare a contestațiilor participanți.

Ghidul de față reflectă în mare măsură aceste dezbateri și desfășurarea seminarelor:

- de la principiile care stau la baza atribuirii contractului - cu rădăcini în directivele europene și aplicare în jurisprudența Curții de Justiție a UE și în practica judiciară din România -, până la consecințele concrete ce apar în etapa de implementare, urmare a unor proceduri de atribuire a contractelor derulate cu încălcarea acestor principii;
- de la prezentarea în amănunt a etapelor procesului de achiziție publică, până la enumerarea vulnerabilităților caracteristice fiecărei etape, evaluarea conflictelor de interese și incompatibilităților;
- de la soluționarea disputelor pe cale administrativ-jurisdicțională la CNSC și a litigiilor în achiziții în instanță, până la descrierea indicatorilor de fraudă, a unor metodologii de investigare și prezentarea practicii instanțelor în judecarea infracțiunilor privind fraudă în achiziții.

Prin prezentarea de studii de caz ilustrative și a spețelor discutate și rezolvate, ghidul dorește să păstreze și în această formă scrisă caracterul practic, aplicat al seminarelor desfășurate, atât de util magistraților și ofițerilor de poliție judiciară chemați să investigheze posibile fraude ori să decidă în legătură cu litigii în achizițiile publice.

Formatul e-book pe care îl dezvoltăm plecând de la acest manual oferă posibilități sporite de interactivitate practicienilor în domeniul achizițiilor

publice. De asemenea, va oferi oportunitatea actualizării conținutului odată cu schimbările legislative și consolidarea practicii judiciare. Dorim să mulțumim tuturor speakerilor care au făcut eforturi pentru a duce la bun sfârșit acest proiect de anvergură.

1. Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică. Practică europeană

Principiile care guvernează achizițiile publice menționate în directivele europene reprezintă o concretizare a principiilor exprimate în Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene,¹ începând cu principiul nediscriminării consacrat în art. 18 din acesta.

Articolul 18

În domeniul de aplicare a tratatelor și fără a aduce atingere dispozițiilor speciale pe care le prevede, se interzice orice discriminare exercitată pe motiv de cetățenie sau naționalitate.

Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, pot adopta orice norme în vederea interzicerii acestor discriminări.

1.1. Cadrul legislativ european

Următoarele trei directive sunt relevante în materia achizițiilor publice:

- *Directiva 2009/81/CE* a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE;²
- *Directiva 2004/17/CE* a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale;³
- *Directiva 2004/18/CE* a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.⁴

1 Denumit în continuare „TFUE”.

2 Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L nr. 216/76 din 20 august 2009.

3 Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L nr. 134/1 din 30 aprilie 2004.

4 Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L nr. 134/114 din 30 aprilie 2004.

Un nou pachet legislativ care va governa domeniul achizițiilor publice la nivel european a fost adoptat la 15 ianuarie 2014 de Parlamentul European, actele normative fiind publicate în Jurnalul Oficial seria L nr. 94 din 28 martie 2014.

Noul pachet legislativ cuprinde trei directive:

- *Directiva privind achizițiile publice clasice* (va înlocui Directiva 2004/18/CE): Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE;
- *Directiva privind contractele sectoriale* (va înlocui Directiva 2004/17/CE): Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, și
- *Directiva privind contractele de concesiune* - act normativ nou; concesiunile de lucrări erau incluse în Directiva 2004/18/CE, iar concesiunile de servicii nu făceau obiectul directivelor: Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune.

Și directivele de remedii,⁵ modificate ultima dată în 2007,⁶ se află sub lupa legiuitorului european, urmând a fi adaptate la noile realități europene.

Accesul companiilor din state terțe pe piața UE de achiziții

Tot la data de 15 ianuarie 2014, Parlamentul European a adoptat o propunere de regulament care va impune un regim de *quid pro quo* pentru accesul companiilor din statele terțe la piața europeană a achizițiilor publice. Astfel, firmele din state terțe nu vor mai putea participa la procedurile de atribuire a contractelor cu o valoare mai mare de cinci milioane de euro, decât dacă statele de origine vor permite la rândul lor accesul companiilor europene la piața națională a achizițiilor publice.

5 Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, publicată în JO UE seria L nr. 395 din 30.12.1989, p. 33-35, ediție specială în limba română: capitol 06 volum 001 p. 237 – 239, și Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor, publicată în JO UE seria L nr. 76 din 23.03.1992, p. 14-20.

6 Prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, publicată în JO UE seria L nr. 335 din 20.12.2007, p. 31-46.

Noile directive urmăresc **simplificarea și flexibilizarea legislației achizițiilor publice**. Acest din urmă obiectiv se dorește a fi atins prin stabilirea unor termene mai scurte și a unor praguri mai ridicate sau prin **aplicabilitatea mai largă a procedurilor de negociere cu publicare prealabilă și dialog competitiv**.

Noul pachet legislativ va avea, de asemenea, un impact pozitiv prin diminuarea gradului de incertitudine și risc în ceea ce privește **respectarea obligațiilor de transparență pentru atribuirea contractelor ce exced sferei de aplicare a directivelor, dar cărora le pot fi aplicabile prevederile TFUE**.

Noile reglementări europene au câteva linii de forță, precum:

- accentul pus pe raportul calitate-preț (valorificarea eficientă a banilor publici), în cadrul procedurii de atribuire fiind introdus criteriul „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, care „va pune capăt dictaturii prețului mai avantajos, făcând din calitate tema centrală a procesului de achiziții”, după cum a spus Raportorul Parlamentului European, Marc Tarabella;¹
- soluții inovatoare prin crearea unor „parteneriate de inovație” ce vor permite unei autorități publice să intre în parteneriat cu un furnizor pentru dezvoltarea unui produs inovator ori a unui nou serviciu, cu cumpărarea ulterioară a respectivului produs ori serviciu;
- mai puțină birocrație pentru ofertanți și un acces mai ușor la achizițiile publice pentru întreprinderile mici;
- reguli mai stricte privind subcontractarea.

¹ “New EU-procurement rules to ensure better quality and value for money - press release” – Parlamentul European, 15 ianuarie 2014

1.2. Transpunerea directivelor UE în legislația națională

Pentru România, *armonizarea legislației în domeniul achizițiilor publice* a reprezentat o obligație asumată încă de pe parcursul procesului de negociere a aderării la Uniunea Europeană.

Actualul cadru normativ de bază în materia achizițiilor publice în România este reprezentat de Ordonanța 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.⁷

Începând cu data de 30 iunie 2014, OUG nr. 34/2006 a fost modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014,⁸ una din modificări vizând introducerea, după articolul 271, a două noi articole, articolele 271¹ și 271², care prevăd, în esență, următoarele:

- *o obligație de constituire a unei garanții de bună conduită*, în sarcina contestatorului, într-un quantum raportat la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia, având o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, care să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă. (articolul 271¹).
- *o obligație de reținere a garanției de bună conduită*, în sarcina autorității contractante, în cazul în care contestația este respinsă sau contestatorul renunță la contestație/cerere/plângere, dar nu ca urmare a adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere necesare. (articolul 271²).
- La data de 15 ianuarie 2015, Curtea Constituțională a României a luat în dezbatere excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 271¹ - art. 271² din OUG nr. 34/2006, iar prin Decizia nr. 5/15.01.2015 a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 271² alin. (1) și (2) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, denumită în continuare „OUG nr. 34/2006”.

⁸ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51 din 28 iunie 2014 pentru modificarea și completarea 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, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 486 din 30 iunie 2014, denumită în continuare „OUG nr. 51/2014”.

34/2006 sunt neconstituționale.⁹ Decizia nu este încă publicată în Monitorul Oficial al României, astfel încât la această dată nu sunt cunoscute considerentele avute în vedere la luarea sa.

Această modificare face obiectul unor întrebări preliminare¹⁰ adresate Curții de Justiție a Uniunii Europene¹¹ de către Curtea de Apel București și de Curtea de Apel Oradea. Judecătorul național dorește să afle dacă dispozițiile articolului 1 alineatele (1) - (3) din *Directiva 89/665/CEE*,¹² respectiv din *Directiva 92/13/CEE*¹³ trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei „garanții de bună-conduită”, precum cea reglementată de art. 271¹ și 271² din OUG nr. 34/2006.

Scopul directivelor europene este aplicarea unei politici transparente, echitabile și nediscriminatorii, pentru toate formele de licitații publice organizate pe baze concurențiale.

În aplicarea normelor europene, cadrul legislativ românesc preia șapte principii pentru achizițiile publice:

1. nediscriminarea;
2. tratamentul egal;
3. recunoașterea reciprocă;
4. transparența;
5. proporționalitatea;
6. eficiența utilizării fondurilor (exista și înainte de aderare acest principiu, intitulat: „eficiența utilizării fondurilor publice”);
7. asumarea răspunderii.

9 Potrivit comunicatului de presă al Curții Constituționale, accesibil la adresa: <http://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-140>.

10 Cauzele conexe C-439/14 și C-488/14, Star Storage și alții au ca obiect două cereri de pronunțare a unor hotărâri preliminare formulate, potrivit art. 267 din TFUE, de Curtea de Apel București și de Curtea de Apel Oradea din România, și privesc interpretarea dreptului UE în materia achizițiilor publice, în legătură cu obligativitatea depunerii unei „garanții de bună conduită”, precum cea reglementată de art. 271¹ și art. 271² din OUG nr. 34/2006.

11 Denumită în continuare „CJUE” sau „Curtea”.

12 *Directiva 89/665/CEE* a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată ultima dată prin *Directiva 2007/66/CE* a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, denumită în continuare „*Directiva 89/665/CEE*”.

13 *Directiva 92/13/CEE* a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor, publicată în JO UE seria L nr. 76 din 23.03.1992, p. 14-20, astfel cum a fost modificată prin *Directiva 2007/66*, denumită în continuare „*Directiva 92/13/CEE*”.

Pe lângă principiile explicite menționate de OUG nr. 34/2006 la art. 2 alin. (2) se adaugă principii implicite care decurg din restul prevederilor actului normativ: *imparțialitatea, confidențialitatea sau evitarea concurenței neloiale*.

Deși nu este un principiu, ci mai degrabă un obiectiv al politicilor europene în materie de achiziții publice, deschiderea spre concurență se cuvine, de asemenea, menționată în acest context.

În sensul deschiderii spre concurență s-a pronunțat și CJUE în cauza C-305/08 (par.37-39):

„Astfel, Curtea a hotărât că unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este *deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil*¹⁴ și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă.¹⁵ Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.¹⁶

În acest spirit de deschidere a achizițiilor publice concurenței cât mai extinse posibil, Curtea a hotărât de asemenea că normele comunitare care reglementează această materie sunt aplicabile atunci când entitatea cu care o autoritate contractantă intenționează să încheie un contract cu titlu oneros este ea însăși o autoritate contractantă.¹⁷ Or, potrivit articolului 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18, o autoritate contractantă este o entitate care îndeplinește o funcție de interes general, de altă natură decât industrial sau comercial. Un astfel de organism nu exercită, cu titlu principal, o activitate lucrativă pe piață.

În mod similar, Curtea a hotărât că normele comunitare se opun oricărei reglementări naționale care exclude de la atribuirea contractelor de achiziții publice de servicii, a căror valoare depășește

14 A se vedea printre altele în acest sens Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, punctul 39.

15 Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C538/07, nepublicată încă în Repertoriu, punctul 26.

16 A se vedea în acest sens, în privința ofertelor anormal de scăzute, Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP și Santorso, C147/06 și C148/06, Rep., p. I3565, punctul 29.

17 A se vedea în acest sens Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau, citată anterior, punctul 47 și jurisprudența citată.

prag de aplicare a directivelor, candidații sau ofertanții abilitați în temeiul legislației statului membru în care își au sediul să furnizeze serviciul în cauză numai pentru motivul că acești candidați sau ofertanți nu au forma juridică ce corespunde unei categorii determinate de persoane juridice.”¹⁸

1.3. Principiul nediscriminării

Prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant.

În aplicarea acestui principiu, trebuie respectate următoarele **reguli**:

- autoritățile contractante nu trebuie să discrimineze potențialii ofertanți pe baza unor motive nejustificate (de exemplu, naționalitatea) și nu trebuie să includă specificații tehnice care ar putea favoriza întreprinderile naționale;
- autoritățile contractante trebuie să evite stabilirea de cerințe de calificare care să favorizeze anumiți participanți la procedura de achiziție publică;
- autoritățile contractante trebuie să evite practicile de favorizare a unui ofertant prin stabilirea de condiții discriminatorii în caietele de sarcini.

Efectele obținute sunt:

- deschiderea și dezvoltarea pieței de achiziții publice;
- crearea unui cadru competitiv pentru obținerea celui mai bun raport calitate-preț în ceea ce privește fondurile publice, întotdeauna considerate ca fiind insuficiente în raport cu necesitățile.

Instanțele europene au făcut aplicarea acestui principiu în cauza **C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA împotriva Unità sanitaria locale n 2 di Carrara**, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare privind interpretarea articolelor 30, 92 și 93 din Tratatul CEE, introdusă în fața CJCE, în temeiul articolului 177 din Tratatul CEE, de Tribunale amministrativo regionale della Toscana (Republica Italiană).

¹⁸ A se vedea în acest sens Hotărârea din 18 decembrie 2007, Frigerio Luigi & C., C357/06, Rep., p. I12311, punctul 22.

Situația de fapt din această cauză a fost creată de aplicarea Legii nr. 64 din 1 martie 1986 (Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno), prin care statul italian a impus tuturor organismelor și administrațiilor publice, precum și organismelor și întreprinderilor cu participare de stat, inclusiv USL [Unità sanitaria locale], amplasate pe întreg teritoriul național, obligația de a se aproviziona, în proporție de cel puțin 30 % din necesarul lor, de la întreprinderile industriale, agricole și artizanale stabilite în Mezzogiorno, unde erau prelucrate produsele respective.

Potrivit legislației naționale, Unità sanitaria locale n 2 di Carrara („USL”) a stabilit în decizia din 3 iunie 1986 condițiile unei proceduri restrânse de licitație pentru un contract de livrare de filme și substanțe radiologice. În caietul special de sarcini anexat, contractul a fost împărțit în două loturi, dintre care unul, reprezentând 30% din valoarea globală, era rezervat întreprinderilor stabilite în Mezzogiorno. Du Pont de Nemours Italiana SpA a atacat această decizie în fața Tribunale amministrativo regionale della Toscana argumentând că fusese exclusă de la participarea la procedura de licitație a lotului respectiv, deoarece nu avea sediu în Mezzogiorno. Prin decizia din 15 iulie 1986, USL a procedat la adjudecarea lotului reprezentând 70 % din valoarea totală a contractului respectiv. Du Pont de Nemours Italiana SpA, de asemenea, a atacat această decizie în fața aceleiași instanțe.

În cadrul examinării celor două acțiuni, instanța națională a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții mai multe întrebări preliminare pentru a stabili:

1. dacă articolul 30 din Tratat care interzice restricțiile cantitative la import și orice măsură cu efect echivalent trebuie să fie interpretat în sensul că se opune reglementării naționale în cauză,
2. dacă obligația de a rezerva o parte din comenzi prevăzută la articolul 17 din Legea nr. 64 din 1 martie 1986 prezintă caracteristicile unui ajutor în sensul articolului 92, în măsura în care urmărește promovarea dezvoltării economice a unei regiuni în care nivelul de trai este anormal de scăzut, prin înființarea unor întreprinderi care să contribuie la dezvoltarea economico-socială a acelor regiuni și
3. dacă articolul 93 din Tratat acordă în mod exclusiv Comisiei misiunea de a aprecia compatibilitatea ajutoarelor vizate la articolul 92 sau dacă o asemenea funcție îi revine, de asemenea, instanței naționale atunci când cercetează conflictul eventual dintre legea națională și norme din sistemul juridic comunitar.

Curtea a stabilit că articolul 30, care interzice între statele membre măsurile cu un efect echivalent restricțiilor cantitative la import, vizează orice măsură care poate reprezenta un obstacol direct sau indirect, existent sau potențial, pentru comerțul intracomunitar.

Conform Directivei 77/62/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1976 de coordonare a procedurilor de adjudecare a contractelor de achiziție publică de bunuri, în vigoare în perioada când s-au petrecut faptele din acțiunea principală, restricțiile la libera circulație a mărfurilor aplicate în domeniul achizițiilor publice sunt interzise în conformitate cu articolul 30 și următoarele din Tratat.

Un regim care favorizează mărfurile prelucrate într-o anumită regiune a unui stat membru împiedică administrațiile și organismele publice în cauză să se aprovizioneze pentru o parte din necesarul lor de la întreprinderi situate în alte state membre. În aceste condiții, produsele originare din alte state membre sunt discriminate în raport cu produsele fabricate în statul membru respectiv și este obstrucționat cursul normal al schimburilor comerciale intracomunitare.

Toate produsele care beneficiază de regimul preferențial sunt produse naționale, iar faptul că efectul restrictiv al unei măsuri de stat asupra importurilor favorizează numai o parte a produselor naționale nu este de natură să excepteze măsura respectivă de la interdicția prevăzută la articolul 30.

Din cauza caracterului discriminatoriu, un asemenea regim nu poate fi justificat în temeiul cerințelor imperative recunoscute de jurisprudența Curții, care nu pot fi luate în considerare decât în privința măsurilor care se aplică în mod egal produselor naționale și produselor importate, și nici nu intră sub incidența domeniului de aplicare a excepțiilor enumerate exhaustiv la articolul 36 din Tratat.

Cu privire la a doua întrebare, Curtea a arătat că, în acord cu jurisprudența sa constantă, articolul 92 nu poate fi folosit pentru a obstrucționa normele din Tratat referitoare la libera circulație a mărfurilor. Normele respective, ca și dispozițiile Tratatului referitoare la ajutoarele de stat, urmăresc un obiectiv comun, acela de a asigura libera circulație a mărfurilor între statele membre în condiții normale de concurență.

Faptul că o măsură națională poate fi considerată drept ajutor în sensul articolului 92 nu reprezintă un motiv suficient pentru ca

această măsură să fie exceptată de la interdicția prevăzută la articolul 30.

Soluția instanței comunitare a fost aceea că:

1. Articolul 30 din Tratatul CEE trebuie să fie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care rezervă întreprinderilor stabilite în anumite regiuni ale teritoriului național un procent din contractele de achiziție publică de bunuri.
2. În eventualitatea că o reglementare națională este considerată un ajutor în sensul articolului 92 din Tratat, această reglementare nu poate fi exceptată de la interdicția prevăzută la articolul 30 din Tratat.

O altă aplicare a principiului nediscriminării o reprezintă cauza C-196/08, Acoset SpA. În această cauză s-a arătat că (pag.48-49,56):

„Alături de principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate, principiul egalității de tratament între ofertanți își găsește de asemenea aplicarea în cazul concesiunilor de servicii publice, și aceasta chiar și în lipsa unei discriminări pe motiv de cetățenie sau naționalitate.¹⁹

Principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau naționalitate implică, printre altele, o obligație de transparență care permite autorității publice concedente să se asigure că aceste principii sunt respectate. Această obligație de transparență care revine autorității respective constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui nivel de publicitate adecvat, care să permită exercitarea concurenței în materia concesiunii de servicii, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire.²⁰

Din jurisprudență rezultă că atribuirea unui contract de achiziții publice unei întreprinderi cu capital mixt fără asigurarea concurenței ar aduce atingere obiectivului privind concurența liberă și nedenenaturată și principiului egalității de tratament, în măsura în care o asemenea procedură ar oferi unei întreprinderi private prezentă în capitalul acestei întreprinderi un avantaj în raport cu concurenții săi.²¹

19 A se vedea în special Hotărârea ANAV, citată anterior, punctul 20.

20 A se vedea în special Hotărârea ANAV, citată anterior, punctul 21.

21 Hotărârea Stadt Halle și RPL Lochau, citată anterior, punctul 51, precum și Hotărârea din 10 noiembrie 2005, Comisia/Austria, C29/04, Rec., p. I9705, punctul 48.

1.4. Principiul tratamentului egal

Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca oricând, pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criteriile identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

În aplicarea acestui principiu, trebuie respectate următoarele **reguli**:

- eliminarea elementelor de natură subiectivă care pot influența deciziile în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică;
- furnizarea, concomitent, către toți operatorii economici implicați într-o procedură de achiziție a informațiilor aferente procedurii.

Efectele acestui principiu sunt:

- toți participanții vor dispune de aceleași șanse în pregătirea documentelor asociate procedurii în cauză;
- instituirea unui cadru bazat pe încredere, cinste, corectitudine și imparțialitate pe tot parcursul derulării procedurii;
- favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la o procedură de achiziție publică.

În jurisprudența CJUE s-a arătat că principiul tratamentului egal obligă ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv.¹

1 Hotărârea MilkMarque, C-137/00, cauza 106/83, Sermide.

„Potrivit jurisprudenței Curții”, se arată în cauza C305/08 (litigiul între Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare și Regione Marche, par. 40), „principiul egalității de tratament nu este încălcat prin simplul fapt că autoritățile contractante admit participarea la o procedură de atribuire a unui contract public a organismelor care beneficiază de subvenții ce le permit să facă oferte la prețuri sensibil mai mici decât cele ale ofertanților concurenți nesubvenționați.”

„Dacă legiuitorul comunitar ar fi avut intenția de a obliga autoritățile contractante să excludă astfel de ofertanți, ar fi enunțat acest lucru în mod expres”, se mai arată în par. 40 al aceleiași cauze.²²

22 A se vedea și Hotărârea ARGE, punctele 25 și 26, în cauza C-94/99.

În schimb, nerespectarea principiului tratamentului egal a dus la acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor formulată în temeiul articolului 226 CE, introdusă la 12 aprilie 2007, de Comisia Comunităților Europene împotriva Republicii Elene, soluționată de CJUE în cauza C-199/07, în care s-a arătat că (par.37-45):

„În această privință, trebuie subliniat că, potrivit unei jurisprudențe constante, principiul egalității de tratament implică principiul transparenței. Aceste principii, care constituie baza directivelor comunitare în materia contractelor de achiziții publice, au drept semnificație în special faptul că ofertanții, chiar potențiali, trebuie să se afle în general pe o poziție de egalitate și să dispună de aceleași șanse în legătură cu formularea termenilor cererilor lor de participare sau a ofertelor lor.²³

În special, interesele potențiale trebuie să se găsească într-o situație de egalitate în legătură cu conținutul informațiilor cuprinse în anunțul de participare. Nu ar respecta aceste principii necesitatea ca o categorie a persoanelor interesate să se adreseze entității contractante vizate pentru a obține clarificările și informațiile suplimentare legate de sensul real al conținutului unui anunț de participare, din moment ce formularea acestuia din urmă nu lasă nicio îndoială unei persoane interesate suficient de avizate și diligente.

În plus, Curtea a stabilit că, interzicând orice discriminare între ofertanți, articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/38 protejează de asemenea persoanele care au fost descurajate să depună oferte întrucât au fost dezavantajate prin proceduri urmate de o entitate contractantă.²⁴

Nu se poate contesta faptul că o clauză litigioasă poate avea, în sine, un efect descurajant asupra birourilor de consultanță străine sau a proiectanților străini, cum s-a întâmplat de altfel în speță.

Astfel, clauza menționată sugerează în mod clar acestora că o eventuală diferență între calificările declarate cu ocazia unei proceduri precedente lansate de aceeași entitate contractantă și calificările necesare pentru procedura vizată în anunțul de participare în litigiu are în mod automat ca efect excluderea participării la acest contract de achiziții.

²³ A se vedea în acest sens Hotărârea din 12 decembrie 2002, *UniversaleBau și alții*, C470/99, Rec., p. I11617, punctul 93, și Hotărârea din 16 decembrie 2008, *Michaniki*, C213/07, nepublicată încă în Repertoriu, punctele 44 și 45, precum și jurisprudența citată.

²⁴ Hotărârea din 5 octombrie 2000, *Comisia/Franța*, C16/98, Rec., p. I8315, punctul 109.

În consecință, un candidat străin precum autoarea plângerii depuse la Comisie, nu dispune de aceleași șanse ca persoanele interesate naționale, din cauza formulării disuasive neechivoce a clauzei menționate și a necesității de a proceda, în pofida acestei formulări, la demersuri suplimentare pentru a obține clarificări cu privire la condițiile de admitere la procedura de concurs.

Așadar, trebuie să se constate că modul de redactare a anunțului de participare în litigiu implică o diferență de tratament în funcție de statul membru în care are sediul persoana interesată, în defavoarea candidaților străini, diferență în raport cu care Republica Elenă nu a furnizat nicio justificare.

În al treilea rând, trebuie subliniat că, potrivit considerentului (34) al Directivei 93/38, «normele comunitare relevante în materie de recunoaștere reciprocă a diplomelor, a certificatelor și a altor titluri de calificare oficială sunt aplicabile în cazul în care este necesară prezentarea unor acte doveditoare privind o anumită calificare pentru a participa la o procedură de atribuire a unui contract sau la un concurs.»

În speță, rezultă în mod clar din modul de redactare a clauzei conținute în secțiunea III punctul 2.1.3 litera b) al doilea paragraf din anunțul de concurs în litigiu că acei candidați străini care și-au exprimat anterior interesul pentru alte anunțuri de participare lansate de aceeași entitate contractantă nu dispun în aparență, spre deosebire de candidații naționali, de posibilitatea de a se prevala în fața entității menționate de toate diplomele sau calificările profesionale.”

1.5. Principiul recunoașterii reciproce

Respectarea principiului recunoașterii reciproce presupune acceptarea de către autoritatea contractantă a:

- produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene;
- diplomelor, certificatelor și a oricăror documente emise de autoritățile competente din alte state;
- specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Regulamentul (CE) nr. 764/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 iulie 2008 de stabilire a unor proceduri de aplicare a anumitor norme tehnice naționale pentru produsele comercializate în mod legal în alt stat membru și de abrogare a Deciziei nr. 3052/95/CE prevede că:

„Principiul recunoașterii reciproce care rezultă din jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene este una dintre modalitățile de a asigura libera circulație a mărfurilor în cadrul pieței interne. (...) În conformitate cu principiul menționat, un stat membru nu poate interzice vânzarea pe propriul teritoriu a produselor comercializate în mod legal în alt stat membru, chiar dacă respectivele produse sunt fabricate în conformitate cu norme tehnice diferite de cele la care sunt supuse produsele naționale.”

Prin urmare, orice produs importat dintr-un stat membru este admis, în principiu, pe teritoriul oricărui alt stat membru, dacă produsul a fost în mod legal produs/comercializat (chiar și în condițiile în care produsul este fabricat/comercializat după reguli specifice) în statul membru de origine și oferă un grad echivalent de protecție.

Domeniul recunoașterii reciproce a calificărilor profesionale se referă la sistemele de recunoaștere a diverselor calificări și profesii la nivel comunitar pe bază de reciprocitate. În domeniul recunoașterii calificărilor în baza directivelor sistemului general de recunoaștere există două directive, Directiva 89/48/CEE și Directiva 92/51/CEE. Directiva 89/48 se referă la recunoașterea calificărilor profesionale obținute în urma finalizării studiilor superioare cu o durată minimă de trei ani. Directiva 92/51 se referă la calificările profesionale obținute prin învățământul profesional secundar, postliceal și prin programe de studii superioare cu o durată mai

mică de trei ani. Directivele sistemului general nu impun o armonizare prealabilă sau ulterioară a structurilor și conținutului formării lor și nu impun reglementarea similară a profesiilor în statele membre.

Mod de aplicare:

- acceptarea documentelor și a certificatelor emise de autoritățile în drept situate pe teritoriul altui stat.

Efecte obținute:

- crearea pieței comune prin eliminarea barierelor în calea comerțului existente între statele membre;
- descurajarea suprareglementării de către statele membre, deoarece aceasta ar putea induce obstacole asupra exercitării de către propriii producători a liberei circulații a mărfurilor;
- introducerea unui element de concurență între reglementări naționale în privința schimburilor transfrontaliere, facilitând, în consecință, cele mai bune practici.

1.6. Principiul transparenței

Principiul transparenței presupune aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire în scopul garantării eliminării riscului de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante.

Aplicarea acestui principiu presupune:

- formularea tuturor informațiilor cu privire la procedura de achiziție în mod clar, precis, univoc în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire oferind operatorilor economici o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă;
- asigurarea vizibilității regulilor, oportunităților, proceselor, înregistrărilor și rezultatelor aferente procedurii de achiziție publică.

Efectele obținute din aplicarea acestui principiu sunt:

- claritatea documentelor elaborate pe parcursul procesului de achiziție;
- înțelegerea de către potențialii candidați/ofertanți a necesităților obiective ale autorității contractante și a modului în care aceste necesități se reflectă în documentația de atribuire.

În practica CJUE, principiul transparenței și principiul nediscriminării au fost puse în balanță cu principiul proporționalității în cauza C213/07, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Symvoulio tis Epikrateias (Grecia) în care s-a arătat că (par.44, 45, 54-56):

„Enumerarea exhaustivă de la articolul 24 primul paragraf din Directiva 93/37 nu exclude totuși posibilitatea statelor membre de a menține sau de a adopta reguli materiale destinate în special să asigure, în domeniul achizițiilor publice, respectarea principiului egalității de tratament, precum și a principiului transparenței pe care îl implică acesta din urmă, care sunt impuse autorităților contractante în orice procedură de atribuire a unui astfel de contract.²⁵

Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă,²⁶ constituie, într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice,²⁷ iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive.²⁸

Coordonarea comunitară a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice urmărește în special să excludă atât riscul de a li se acorda un tratament preferențial ofertanților naționali la atribuirea unui contract, cât și posibilitatea ca o autoritate contractantă publică să se lase ghidată de considerente străine contractului în cauză.²⁹

În acest context, astfel cum a arătat Avocatul General la punctul 30 din concluzii, trebuie să se recunoască statelor membre o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării de măsuri destinate să garanteze principiile egalității de tratament a ofertanților și transparenței, care, astfel cum s-a amintit la punctul 45 din prezenta hotărâre, constituie

25 A se vedea în acest sens Hotărârea ARGE, citată anterior, punctul 24, și Hotărârea din 16 octombrie 2003, Traunfellner, C421/01, Rec., p. I11941, punctul 29.

26 A se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C19/00, Rec., p. I7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C448/01, Rec., p. I14527, punctul 47.

27 A se vedea, printre altele, Hotărârea UniversaleBau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C315/01, Rec., p. I6351, punctul 73.

28 A se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C513/99, Rec., p. I7213, punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C21/03 și C34/03, Rec., p. I1559, punctul 26.

29 A se vedea în acest sens Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge, C380/98, Rec., p. I8035, punctul 17, Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța, C237/99, Rec., p. I939, punctul 42, precum și Hotărârea Lombardini și Mantovani, citată anterior, punctul 36.

temeiul directivelor comunitare din domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice.

Într-adevăr, fiecare stat membru este cel mai în măsură să identifice, în lumina considerațiilor istorice, juridice, economice sau sociale care îi sunt proprii,³⁰ situațiile propice apariției de comportamente de natură să conducă la nerespectarea acestor principii.”

Un alt exemplu de aplicare în jurisprudența CJUE a principiului transparenței, împreună cu principiul egalității de tratament, este cauza T437/05, Brink's Security Luxembourg SA în care Curtea s-a pronunțat asupra unei proceduri comunitare de cerere de ofertă cu privire la securitatea și supravegherea clădirilor Comisiei din Luxemburg. Situația de fapt a fost următoarea:

Brink's Security Luxembourg SA („reclamanta”), societate cu sediul în Luxemburg, a fost însărcinată cu supravegherea și paza clădirilor Comisiei Comunităților Europene începând cu mijlocul anilor '70.

În 2000, reclamanta a încheiat cu Comisia un contract de supraveghere și de pază a clădirilor acesteia, situate în Luxemburg și aflate în responsabilitatea Oficiului pentru Infrastructură și Logistică din Luxemburg (OIL), a Oficiului pentru Publicații ale Uniunii Europene și a Centrului de Traduceri pentru Organismele Uniunii Europene.

Acest contract, care nu prevedea prelungirea sa ulterior celui de-al cincilea an, a expirat la 31 decembrie 2005. Prin anunțul de intenție publicat în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene din 19 martie 2005 (JO S 56), Comisia a făcut cunoscut că data prevăzută pentru inițierea unei proceduri de atribuire a unui contract de securitate și de supraveghere a clădirilor menționate la punctul 13 de mai sus era 15 mai 2005.

Prin anunțul de participare publicat în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene din 1 septembrie 2005 (JO S 168), Comisia a făcut publică cererea de ofertă 16/2005/OIL privind contractul de securitate și de supraveghere în discuție (denumită în continuare „cererea de ofertă”). Data limită de prezentare a ofertelor a fost stabilită la 13 octombrie 2005. Deschiderea ofertelor a avut loc la 18 octombrie 2005, iar evaluarea acestora a fost efectuată la 11 noiembrie 2005.

30 A se vedea în acest sens Hotărârea La Cascina și alții, citată anterior, punctul 23.

La 30 noiembrie 2005, Comisia a informat reclamanta despre faptul că nu i-a fost atribuit contractul, oferta sa neobținând cea mai bună notă finală cu ocazia evaluării calitative și financiare a ofertelor. Prin aceeași corespondență (denumită în continuare „decizia de respingere”), Comisia a informat-o pe reclamantă că aceasta avea dreptul de a obține informații suplimentare cu privire la motivele de respingere a ofertei sale. Prin scrisoarea din 1 decembrie 2005, reclamanta a solicitat Comisiei să îi comunice motivele de respingere a ofertei sale, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei reținute, precum și numele ofertantului câștigător al contractului. Prin scrisoarea din 5 decembrie 2005, Comisia a informat-o pe reclamantă că ofertantul câștigător era Group 4 Falck – Société de surveillance et de sécurité SA, devenită G4S Security Services SA (denumită în continuare „Group 4 Falck” sau „intervenienta”), și i-a comunicat acesteia elementele de comparație privind evaluarea ofertei sale față de oferta prezentată de Group 4 Falck.

Prin trei corespondențe din 5 decembrie 2005, reclamanta a solicitat Comisiei să reexamineze decizia sa de atribuire din 30 noiembrie 2005 (denumită în continuare „decizia de atribuire”) și să i se atribuiască contractul de achiziție, precizând în această corespondență motivele pentru care, în opinia sa, ar fi trebuit să nu se rețină oferta prezentată de Group 4 Falck. Prin scrisoarea din 7 decembrie 2005, Comisia a răspuns corespondențelor reclamantei din 5 decembrie 2005.

Prin scrisoarea din 8 decembrie 2005, reclamanta a solicitat Comisiei numele, prenumele, gradul, vechimea și încadrarea membrilor comisiei de evaluare a ofertelor, precum și o completare a argumentării, considerând că motivele indicate de Comisie nu erau suficiente.

Prin scrisoarea din 14 decembrie 2005, Comisia, invocând motive de confidențialitate, de protecție a vieții private și a integrității persoanelor, a refuzat să furnizeze informațiile solicitate de reclamantă în ceea ce privește membrii comisiei de evaluare a ofertelor. Cu toate acestea, Comisia a furnizat reclamantei informații suplimentare referitoare la motivele respingerii ofertei acesteia.

Prin scrisoarea din 14 decembrie 2005, Group 4 Falck a comunicat reclamantei intenția sa de a recruta o parte din personalul acesteia.

Reclamanta a solicitat anularea Deciziei Comisiei din 30 noiembrie 2005 de respingere a ofertei depuse de reclamantă în cadrul procedurii

de cerere de ofertă 16/2005/OIL (securitatea și supravegherea clădirilor), a Deciziei Comisiei din 30 noiembrie 2005 de atribuire a contractului unui alt ofertant, a unei pretinse decizii implicite a Comisiei prin care aceasta refuză să revoce cele două decizii menționate anterior, precum și a celor două scrisori ale Comisiei, din 7 și din 14 decembrie 2005, prin care aceasta răspunde cererilor de informații formulate de reclamantă. Reclamanta s-a plâns că respingerea ofertei sale este urmarea lipsei de egalitate de tratament în ceea ce privește accesul la documente.

Reclamanta a invocat șapte motive în susținerea acțiunii sale în anulare, și anume încălcarea principiului egalității de tratament întrucât Comisia nu a prevăzut în caietul de sarcini preluarea contractelor de muncă ale agenților repartizați de către reclamantă pentru executarea contractului de supraveghere, încălcarea dispozițiilor Legii din 19 decembrie 2003 și a Directivei 2001/23, pe care o transpune, încălcarea principiului egalității de tratament prin faptul deținerii de către intervenientă a unor informații privilegiate, încălcarea deciziei Comisiei din 28 mai 2004 și a normelor de concurență, încălcarea obligației de motivare, a principiului transparenței și a dreptului de acces la documentele instituțiilor, încălcarea normelor privind achizițiile și a caietului de sarcini în ceea ce privește evaluarea criteriului referitor la formarea de bază ca persoană care acordă primul ajutor sau ca pompier voluntar și existența unei erori vădite de apreciere, precum și încălcarea principiului transparenței și a dreptului de acces la documentele instituțiilor.

În acest context, Curtea a arătat că (pct.113-124, 211-216):

„Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, autoritatea contractantă are obligația, la fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, de a respecta principiul egalității de tratament față de ofertanți și, pe cale de consecință, de a respecta egalitatea de șanse a tuturor ofertanților.³¹

Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o achiziție publică, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și

31 Hotărârea Curții din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C496/99 P, Rec., p.I3801, punctul 108, Hotărârea Tribunalului din 17 decembrie 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamentul European, T203/96, Rec., p.II4239, punctul 85, și Hotărârea Tribunalului din 12 iulie 2007, Evropaiki Dynamiki/Comisia, T250/05, Rep., p. II85*, punctul 45.

presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți competitorii.³²

În ceea ce privește principiul transparenței, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, acesta are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini.³³

În același sens, articolul 131 alineatul (1) primul paragraf din normele de aplicare prevede că «specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al candidaților și ofertanților și să nu aibă ca efect crearea unor obstacole nejustificate în calea ofertării competitive».

În speță, reclamanta pretinde că, prin impunerea în caietul de sarcini a unei experiențe profesionale minime de un an, cererea de ofertă nu permite să se asigure egalitatea de tratament față de ofertanți.”

Trebuie să se constate că se aplică fără distincție tuturor ofertanților condiția unei experiențe profesionale în domeniul pazei de minimum un an pentru agenți, condiție prevăzută la punctul 21 din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, această condiție a fost formulată în mod clar, precis și univoc.

În plus, cerința unei experiențe profesionale de minimum un an nu pare să fie necorespunzătoare din perspectiva misiunilor de supraveghere care trebuie îndeplinite în cadrul executării contractului. Trebuie să se observe că, pentru posturile de responsabil de obiectiv aflat sub pază și de șef de echipă, caietul de sarcini impunea o experiență profesională minimă de cinci ani în domeniul pazei, din care cel puțin doi ani ca responsabil de echipe de pază, și o experiență profesională de minimum trei ani pentru operatorii de centre de control de securitate. Dispozițiile caietului de sarcini referitoare la experiența profesională a agenților arată, așadar, intenția autorității contractante de a adapta cerințele privind experiența profesională la caracteristicile postului ce urmează a fi ocupat.

32 A se vedea Hotărârea Tribunalului din 12 martie 2008, European Network/Comisia, T332/03, Rep., p. II32*, punctul 125.

33 Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, punctul 113, punctul 111.

În rest, reclamanta nu contestă că cerința unei experiențe profesionale minime de un an era perfect adaptată la caracteristicile sarcinii de îndeplinit.

În orice caz, Comisia, astfel cum subliniază reclamanta, prin impunerea unei experiențe profesionale mai mari de un an, ar fi contribuit la reducerea numărului de ofertanți potențiali și, astfel, ar fi restrâns dezvoltarea unei concurențe efective, fără ca aceasta să fie justificată de necesitățile misiunii. O astfel de condiție ar fi constituit un obstacol nejustificat în calea ofertării competitive în sensul articolului 131 din normele de aplicare.

De asemenea, trebuie arătat că Directiva 2001/23, transpusă în dreptul luxemburghez prin Legea din 19 decembrie 2003, are un domeniu de aplicare determinat. Din moment ce condițiile de transfer al unei întreprinderi nu erau reunite (...), nu era de competența Comisiei să impună preluarea contractelor de muncă. Într-adevăr, Comisia nu are competența de a obliga o societate să transfere contractele sale de muncă și nici chiar să angajeze persoane pe care aceasta nu le-a ales.

Prin urmare, trebuie să se conchidă în sensul că nu era de competența Comisiei, în temeiul principiului egalității de tratament față de ofertanți, să impună o experiență profesională minimală mai mare de un an și nici să impună preluarea agenților repartizați de Brink's pentru executarea contractului de achiziție. Așadar, prezentul motiv trebuie respins.

Așadar, trebuie să se stabilească dacă excepția prevăzută la articolul 4 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 1049/2001, referitor la protecția vieții private și a integrității individului, a putut servi drept temei pentru răspunsul Comisiei.

Potrivit unei jurisprudențe constante, excepțiile la principiul dreptului de acces la documentele instituțiilor trebuie să fie interpretate în mod restrictiv.³⁴ Potrivit unei jurisprudențe constante, examinarea impusă pentru soluționare unei cereri de acces la documente trebuie să aibă un caracter concret. Astfel, simpla împrejurare că un document vizează un interes protejat de o excepție nu este suficientă pentru a

34 Hotărârea Curții din 11 ianuarie 2000, Țările de Jos și van der Wal/Comisia, C174/98 P și C189/98 P, Rec., p. II, punctul 27, Hotărârea Tribunalului din 7 februarie 2002, Kuijer/Consiliul, T211/00, Rec., p. II485, punctul 55, și Hotărârea Tribunalului Franchet și Byk/Comisia, punctul 70 de mai sus, punctul 84.

justifica aplicarea acesteia din urmă.³⁵ O astfel de aplicare nu poate fi justificată, în principiu, decât în ipoteza în care instituția a apreciat în prealabil dacă accesul la document era de natură să aducă atingere în mod concret și efectiv interesului protejat. În plus, pentru a putea fi invocat, riscul de a se aduce atingere unui interes protejat trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic.³⁶

Pentru a stabili dacă se aplică excepția prevăzută la articolul 4 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 1049/2001, trebuie, așadar, examinat dacă accesul reclamantei la componența (nume, grad, vechime în muncă și repartizarea membrilor) a comisiei de evaluare este de natură să aducă atingere în mod concret și efectiv protecției vieții private și a integrității membrilor respectivei comisii.

Trebuie să se constate că membrii comisiei de evaluare au fost numiți în calitate de reprezentanți ai serviciilor interesate, și nu cu titlu personal. În aceste împrejurări, divulgarea componenței comisiei de evaluare nu pune în pericol viața privată a respectivelor persoane.

În orice caz, divulgarea acestei componențe nu este de natură să aducă atingere în mod concret și efectiv protecției vieții private și a integrității persoanelor respective. Simpla apartenență la această comisie, în calitate de reprezentant al entității vizate, nu constituie o astfel de atingere, iar protecția vieții private și a integrității persoanelor avute în vedere nu este compromisă.

Așadar, nu se dovedește că, prin comunicarea componenței comisiei de evaluare, s-ar fi putut aduce atingere vieții private și integrității persoanelor respective în sensul articolului 4 din Regulamentul nr. 1049/2001.

Prin urmare, trebuie să se anuleze decizia Comisiei din 14 decembrie 2005 prin care aceasta a refuzat să comunice reclamantei componența comisiei de evaluare.”

³⁵ Hotărârea Tribunalului din 13 aprilie 2005, Verein für Konsumenteninformation/Comisia, T2/03, Rec., p. II1121, punctul 69; a se vedea în acest sens și Hotărârea Tribunalului din 26 aprilie 2005, Sison/Consiliul, T110/03, T150/03 și T405/03, Rec., p. II1429, punctul 75.

³⁶ A se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 1 iulie 2008, Suedia și Turco/Consiliul, C39/05 P și C52/05 P, Rep., p. I4723, punctul 43.

O altă cauză în care CJUE a făcut aplicarea principiilor transparenței și egalității de tratament este cauza T-50/05, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*, în care s-a arătat că:

„Potrivit articolului 89 alineatul (1) din Regulamentul financiar, toate contractele de achiziții publice finanțate integral sau parțial din buget respectă principiile transparenței, proporționalității, tratamentului egal și nediscriminării.

Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, autoritatea contractantă este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților.³⁷

Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții.³⁸

Din jurisprudență reiese de asemenea că principiul egalității de tratament presupune o obligație de transparență pentru a permite verificarea respectării sale.³⁹

Acest principiu al transparenței are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini.⁴⁰

Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la

37 Hotărârea Curții din 29 aprilie 2004, *Comisia/CAS Succhi di Frutta*, C496/99 P, Rec., p. I3801, punctul 108, Hotărârea Tribunalului din 17 decembrie 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamentul European*, T203/96, Rec., p. II4239, punctul 85, și Hotărârea Tribunalului din 17 martie 2005, *AFCon Management Consultants și alții/Comisia*, T160/03, Rec., p. II981, punctul 75.

38 A se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 18 octombrie 2001, *SIAC Construction*, C19/00, Rec., p. I7725, punctul 34, și Hotărârea din 12 decembrie 2002, *UniversaleBau și alții*, C470/99, Rec., p. II1617, punctul 93.

39 Hotărârea Curții din 18 iunie 2002, *HI*, C92/00, Rec., p. I5553, punctul 45, și Hotărârea *UniversaleBau și alții*, punctul 56, punctul 91.

40 Hotărârea *Comisia/CAS Succhi di Frutta*, punctul 55, punctul 111.

dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de achiziții publice, astfel încât, pe de-o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză.⁴¹

Principiul transparenței a fost abordat și în cauza C-91/08, în care Curtea a arătat că (par. 36-37, 69-70):

„Obligația de transparență ce revine autorităților publice care încheie un contract de concesiune de servicii implică garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui nivel de publicitate adecvat care să permită exercitarea concurenței în domeniul concesiunii de servicii, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire.⁴²

Pentru a asigura transparența procedurilor și egalitatea de tratament între ofertanți, modificările substanțiale aduse dispozițiilor esențiale ale unui contract de concesiune de servicii ar putea impune, în anumite ipoteze, atribuirea unui nou contract de concesiune, dacă acestea prezintă caracteristici diferite în mod substanțial de cele ale contractului inițial de concesiune și, în consecință, sunt de natură să demonstreze voința părților de a renegocia clauzele esențiale ale acestui contract.⁴³

În această privință, trebuie să se arate că obligația de transparență decurge din dreptul Uniunii și în special din articolele 43 CE și 49 CE.⁴⁴ Aceste dispoziții, a căror respectare este asigurată de Curte, au un efect direct în ordinea juridică internă a statelor membre și prevalează față de orice dispoziție contrară a dreptului național.

În temeiul articolului 4 alineatul (3) TFUE, revine tuturor autorităților statelor membre sarcina să asigure respectarea normelor de drept ale Uniunii în cadrul competențelor acestora.⁴⁵

41 Hotărârea Evropaiki Dynamiki/Comisia, punctul 52, punctul 145.

42 A se vedea Hotărârile citate anterior Telaustria și Telefonadress, punctele 60-62, Parking Brixen, punctele 46-49, și ANAV, punctul 21.

43 A se vedea, prin analogie cu achizițiile publice, Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța, C337/98, Rec., p.I8377, punctele 44 și 46, și Hotărârea din 19 iunie 2008, presesext Nachrichtenagentur, C454/06, Rep., p.I4401, punctul 34.

44 A se vedea în acest sens Hotărârea Coname, citată anterior, punctele 17-19.

45 A se vedea în acest sens Hotărârea din 12 februarie 2008, Kempster, C2/06, Rep., p. I411, punctul 34 și jurisprudența citată.

Este de competența instanței naționale să dea legii interne pe care trebuie să o aplice, în cea mai mare măsură posibilă, o interpretare conformă cerințelor dreptului Uniunii și care să permită, în special, să se asigure respectarea obligației de transparență.”⁴⁶

La 23 iunie 2006, Comisia Comunităților Europene a adoptat o Comunicare interpretativă în legătură cu „legislația comunitară aplicabilă procedurilor de atribuire a contractelor nesupuse sau parțial supuse dispozițiilor directivelor privind achizițiile publice”, denumită în continuare „comunicarea”.

În ceea ce privește normele și principiile Tratatului CE (punctul 1.1 din comunicare) aplicabile atribuirii unui contract de achiziții publice care prezintă un interes pentru piața internă, comunicarea prevede la punctul 2.1 normele fundamentale aplicabile în materie de publicitate.

În această privință, punctul 2.1.1 este intitulat „Obligația de a asigura o publicitate adecvată” și dispune următoarele:

„Potrivit [Curtii], principiul egalității de tratament și cel al nediscriminării implică o obligație de transparență care constă în garantarea, în favoarea oricărui ofertant potențial, a unui grad de publicitate adecvat care permite asigurarea unui mediu concurențial.

Obligația de transparență presupune ca o întreprindere situată pe teritoriul unui alt stat membru să poată să aibă acces la informațiile corespunzătoare privind contractul înainte de atribuirea acestuia, astfel încât, dacă ar dori, această întreprindere ar fi în măsură să își manifeste interesul pentru obținerea contractului.

Comisia consideră că practica de a intra în contact cu un anumit număr de ofertanți potențiali nu este suficientă în această privință, chiar dacă entitatea contractantă se adresează unor întreprinderi din alte state membre sau se străduiește să intre în contact cu toți furnizorii potențiali. O abordare selectivă de această natură nu poate exclude orice discriminare față de ofertanții potențiali din alte state membre și în special față de noii veniți pe piață. Același lucru este valabil pentru orice formă de publicitate «pasivă», când o entitate contractantă nu asigură o publicitate activă, ci răspunde la cererile de informații care provin de la candidați ce au descoperit prin propriile

46 A se vedea în acest sens Hotărârea din 27 februarie 2003, Santex, C327/00, Rec., p. I1877, punctul 63 și jurisprudența citată.

mijloace existența unui contract. De asemenea, o simplă trimitere la articole sau la reportaje din mass-media, la dezbateri parlamentare sau politice ori la evenimente precum congresele ca fiind surse de informare nu ar constitui o publicitate adecvată.

În consecință, unicul mod de a respecta cerințele definite de [Curte] constă în difuzarea unei publicități suficient de accesibile înainte de atribuirea contractului. Această publicitate trebuie difuzată de entitatea contractantă în vederea asigurării unui mediu concurențial pentru contractul în cauză.”

Această *Comunicare interpretativă* a făcut obiectul unei **acțiuni în anulare** introduse de Republica Federală Germania în fața Tribunalului de Primă Instanță în cauza T-258/06, în cadrul căreia mai multe state membre și Parlamentul European au formulat cereri de intervenție. Tribunalul a respins însă acțiunea ca inadmisibilă și a formulat câteva concluzii extrem de interesante cu privire la aplicarea acestui principiu (par.70, 76-80):

„Primele două paragrafe ale punctului 2.1.1 din comunicare reiau jurisprudența Curții cuprinsă în Hotărârile Telaustria, Coname și Parking Brixen, punctul 36 (...)

Principiile egalității de tratament și nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate implică, astfel cum a statuat Curtea în mod constant, printre altele, o obligație de transparență care permite autorității publice concedente să se asigure că aceste principii sunt respectate,⁴⁷ această obligație fiind confirmată de considerentul (9) al Directivei 2004/17, precum și de considerentul (2) al Directivei 2004/18. În consecință, statele membre precum și entitățile lor contractante trebuie să respecte această obligație de transparență, astfel cum este interpretată de Curte, pentru atribuirea tuturor contractelor de achiziții publice.

Curtea a precizat în continuare că această obligație de transparență ce revine autorității contractante constă în garantarea, în favoarea oricărui potențial ofertant, a unui nivel de publicitate adecvat care să permită asigurarea unui mediu concurențial pentru contractele de achiziții publice de servicii, precum și controlul imparțialității procedurilor de atribuire.⁴⁸

47 Hotărârile Curții Unitron Scandinavia și 3S, punctul 74, punctul 31, și Telaustria, punctul 36, punctul 61, Hotărârea Curții din 18 iunie 2002, HI, C92/00, Rec., p. I5553, punctul 45, Hotărârile Curții Parking Brixen, punctul 36, punctul 49, și ANAV, punctul 74, punctul 21.

48 Hotărârile Telaustria, punctul 36, punctul 62, Parking Brixen, punctul 36, punctul 49, și ANAV, punctul 74, punctul 21.

Potrivit Curții, obligația de transparență ce revine autorităților contractante implică în special cerințe de natură să permită unei întreprinderi situate pe teritoriul altui stat membru decât cel în cauză să poată avea acces la informații adecvate privind respectivul contract de achiziții publice înainte ca acesta să fie atribuit, astfel încât, dacă această întreprindere ar fi dorit, ar fi fost în măsură să își manifeste interesul pentru obținerea acestui contract de achiziții publice.⁴⁹

Din această jurisprudență rezultă că obligația de transparență în sensul unei publicități adecvate cuprinde, prin urmare, o formă de publicitate înainte de atribuirea contractului de achiziții publice în cauză, cu alte cuvinte o publicitate prealabilă. În consecință, contrar argumentării Republicii Federale Germania și intervenientelor, prin faptul că a evocat o «publicitate suficient de accesibilă înainte de atribuirea contractului», comunicarea nu a creat o obligație nouă în sarcina statelor membre, ci s-a mulțumit să amintească o obligație existentă care rezulta din dreptul comunitar aplicabil contractelor de achiziții publice la care se referă comunicarea în cauză, astfel cum a fost interpretată de instanța comunitară.

(...) Astfel, conform jurisprudenței Curții, pe de o parte, se aplică în mod automat obligațiile care rezultă din dreptul primar privind egalitatea de tratament și transparența în privința contractelor care sunt totuși excluse din domeniul de aplicare al directivelor privind contractele de achiziții publice ce prezintă un anumit interes transfrontalier (...). Pe de altă parte, în opinia Curții, o publicitate expost nu poate garanta o publicitate adecvată în sensul jurisprudenței Telaustria și Coname, punctul 36 de mai sus, ceea ce înseamnă că obligația de transparență care rezultă din principiile Tratatului CE presupune că anunțul de participare trebuie să facă obiectul unei publicități prealabile, care să fie efectuată înainte de atribuire.⁵⁰

49 A se vedea în acest sens Hotărârea Coname, punctul 36, punctul 21.

50 Hotărârea Comisia/Irlanda, punctul 57 de mai sus, punctele 30 și 32.

1.7. Principiul proporționalității

Principiul proporționalității presupune corelarea dintre:

- a) necesitățile autorității contractante;
- b) obiectul contractului de achiziție publică;
- c) cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților.

Principiul proporționalității **impune** ca:

- măsurile luate de instituții nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;
- în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite;
- *când se confruntă cu o ofertă ambiguă*, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, autoritatea contractantă să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.

Efectul acestui principiu constă în:

- obținerea celui mai bun raport calitate – preț în utilizarea fondurilor publice, întotdeauna considerate ca fiind insuficiente în raport cu necesitățile.

Instanțele europene au aplicat principiul proporționalității în cauza T-195/08, AntwerpseBouwwerken NV contra Comisiei (par.57):

„Mai mult, principiul proporționalității impune ca măsurile adoptate de instituții să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.⁵¹

Acest principiu impune autorității contractante ca, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu

51 Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C157/96, Rec., p. I2211, punctul 60.

privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat, decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.”⁵²

Principiul proporționalității impune ca măsurile adoptate de instituții să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Exemple de încălcări ale acestui principiu identificate în practica judiciară:

- impunerea pentru calificare a unei cifre de afaceri anuale în cuantum excesiv în raport cu complexitatea și valoarea estimată a contractului;
- solicitarea unui număr excesiv de documente sau informații referitoare la demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale;
- solicitarea de resurse umane, utilaje sau echipamente fără relevanță pentru buna execuție a contractului de achiziție publică sau într-un număr excesiv;
- condiția de prezentare în original sau formă autenticată a unui număr mare de documente, deși ar fi suficientă copia certificată;
- stabilirea unui termen pentru depunerea ofertelor insuficient pentru elaborarea acestora, în raport de complexitatea obiectului contractului;
- descrierea unor specificații tehnice proprii unor produse ce depășesc necesitățile autorității contractante;
- alocarea unui punctaj foarte mare unui factor de evaluare, raportat la importanța factorului în îndeplinirea contractului;
- cererea de prezentare a unor garanții inadecvate riscului implicat de atribuirea și executarea corespunzătoare a contractului.

52 A se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, punctul 56, punctul 43.

1.8. Principiul eficienței utilizării fondurilor

Principiul eficienței utilizării fondurilor presupune să se aleagă sau să se aplice acele proceduri și să se utilizeze criteriile care să reflecte avantajele de natură economică ale ofertelor în vederea obținerii raportului optim între calitate și preț.

Procesul de derulare a achiziției publice trebuie să aibă ca rezultat costuri optime, acordare la timp și rezultate de calitate.

Aplicarea acestui principiu presupune:

- utilizarea criteriilor de atribuire în conformitate cu complexitatea procedurii de achiziție și specificul lucrărilor/serviciilor sau bunurilor care fac obiectul contractului; deși prețul cel mai scăzut reprezintă cel mai utilizat criteriu de atribuire în achizițiile publice, acesta nu asigură o calitate semnificativă a achizițiilor efectuate;
- elaborarea unui caiet de sarcini bine documentat atunci când contractul de achiziție se atribuie în baza criteriului prețului cel mai scăzut, aceasta fiind unica soluție care poate conduce la selectarea ofertei optime.

Efectul constă în:

- obținerea celui mai bun raport preț-calitate a achizițiilor efectuate.

1.9. Principiul asumării răspunderii

Principiul asumării răspunderii presupune determinarea clară a sarcinilor și responsabilităților persoanelor implicate în procesul de achiziție publică, asigurându-se profesionalismul, imparțialitatea și independența deciziilor adoptate pe parcursul acestui proces.

Aplicarea acestui principiu presupune:

- delegarea în calitate de membri ai comisiei de evaluare a persoanelor care dețin competențe în obiectul procedurii de achiziție;
- precizarea în documentația de atribuire a „datelor de identificare ale persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante”, conform prevederilor art. 69² coroborat cu art. 33¹ - (4) din OUG nr. 34/2006;

- solicitarea membrilor comisiei de evaluare a declarațiilor pe proprie răspundere, din care să rezulte neîncadrarea în situațiile de conflict de interese conform prevederilor art. 69 („Reguli de evitare a conflictului de interese”) din OUG nr. 34/2006.

Efectele obținute sunt:

- limitarea apariției erorilor pe parcursul desfășurării procesului de achiziție publică;
- reducerea fraudei și a corupției.

Principiul asumării răspunderii implică obligația de a raporta și a de răspunde pentru consecințele acțiunilor și deciziilor luate.

În cadrul procesului de achiziție publică, alături de principiile prevăzute în mod explicit de lege este de asemenea relevantă respectarea unor principii implicite: principiul imparțialității și principiul evitării concurenței neloiale.⁵³

Principiul imparțialității

Principiul imparțialității vizează ca aspecte cheie:

- modul de nominalizare a comisiei de evaluare,
- măsurile luate de autoritățile contractante pentru prezentarea factorilor de decizie în documentația de atribuire,
- solicitarea de declarații pe proprie răspundere candidaților/ofertanților/subcontractanților/terțului susținător privind inexistența unor relații de rudenie sau comerciale cu factorii de decizie din cadrul autorității contractante.

Principiul evitării concurenței neloiale

Principiul evitării concurenței neloiale presupune faptul că ofertanții nu sunt implicați în niciun fel în pregătirea documentației și nu au în mod exclusiv acces la informații despre procedură prin intermediul membrilor comisiei de evaluare sau al personalului autorității contractante.

⁵³ Aceste principii se regăsesc implicit în prevederi ale OUG nr. 34/2006

SECȚIUNEA a 7-a

Reguli de comunicare și de transmitere a datelor Art. 60 - (3) Comunicarea, transmiterea și stocarea informațiilor se realizează astfel încât să se asigure integritatea și confidențialitatea datelor respective.

SECȚIUNEA a 8-a

Reguli de evitare a conflictului de interese

Art. 66 Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale.

Art. 69 Nu au dreptul să fie implicați în procesul de verificare/evaluare a candidaturilor/ofertelor: (...) c) persoane despre care se constată că pot avea un interes de natură să le afecteze imparțialitatea pe parcursul procesului de verificare/evaluare a candidaturilor/ofertelor;

În cazul principiului enunțat mai sus se pot constata următoarele:
OUG nr. 34/2006 prevede la art. 67 faptul că „persoana fizică sau juridică care a participat la întocmirea documentației de atribuire are dreptul, în calitate de operator economic, de a fi ofertant, ofertant asociat sau subcontractant, dar numai în cazul în care implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire nu este de natură să distorsioneze concurența.”

Trebuie avută în vedere posibilitatea autorității contractante de a stabili care sunt cazurile în care operatorilor economici cărora li s-a conferit dreptul de a participa la elaborarea documentației de atribuire nu pot să distorsioneze concurența.

1.10. Aplicabilitatea principiilor de drept UE în cazul contractelor cu o valoare estimată sub valorile-prag prevăzute de directive

În jurisprudența instanțelor europene s-a ridicat problema dacă și în cazul în care valoarea unui contract nu atinge pragul prevăzut de normele UE trebuie respectate principiile prevăzute de Tratat, 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.

Această problemă a fost ridicată și în practica instanțelor naționale, în contextul aplicării a două acte UE, respectiv Regulamentul nr. 2988/1995 și Regulamentul nr. 1083/2006.

În practică,⁵⁴ instanțele întâmpină dificultăți în interpretarea noțiunii de „abatere” din Regulamentul nr. 2988/1995 și Regulamentul nr. 1083/2006 din perspectiva determinării existenței unei „încălțări a unei dispoziții de drept comunitar” (n.n. UE) în situația în care o autoritate contractantă care beneficiază de o subvenție din fonduri structurale nu respectă normele privind atribuirea unui contract de achiziție publică având o valoare estimată sub valoarea-prag prevăzută de articolul 7 litera a) din Directiva

⁵⁴ A se vedea dosarele Curții de Apel Bacău nr. 44/32/2014, respectiv nr. 749/32/2011*, în care au fost formulate cereri pentru pronunțarea unor hotărâri preliminare, potrivit art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, care formează obiectul cauzelor conexe C-260/14 și C-261/14, Județul Neamț și alții, pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene.

nr. 18/2004.⁵⁵ Este aceeași situație pentru orice tip de procedură a cărei valoare estimată se află sub pragurile prevăzute de directivele în materia achizițiilor publice.⁵⁶

Esențial este, așadar, să se stabilească dacă, în cazul unui contract de achiziție publică având o valoare estimată sub valoarea-prag prevăzută de directivele în materia achizițiilor publice, nerespectarea principiilor și a normelor esențiale aplicabile contractării constituie o încălcare a unei dispoziții de drept UE, pentru a fi în situația unei „abateri” în sensul Regulamentului nr. 2988/1995, respectiv al Regulamentului nr. 1083/2006, acesta fiind elementul esențial de diferențiere față de cauza C-465/10, *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre*.

Deși versiunile lingvistice în limba română ale dispozițiilor articolului 1 din Regulamentul nr. 2988/1995⁵⁷ și ale dispozițiilor articolului 2 punctul 7 din Regulamentul nr. 1083/2006⁵⁸ utilizează două noțiuni diferite, respectiv „abateri” și „neregularitate”, versiunile lingvistice în limba engleză și franceză utilizează aceeași noțiune, de „irregularity”, respectiv „irrégularité”. Astfel, chiar dacă versiunile în limba română utilizează noțiuni distincte, în fapt noțiunea este aceeași, doar traducerea fiind făcută prin două sinonime. Astfel, noțiunile de „abateri” și „neregularitate”, așa cum sunt definite în Regulamentul nr. 2988/1995, respectiv în Regulamentul nr. 1083/2006, au înțeles similar:

- în sensul art. 1 alin. (2) din Regulamentul nr. 2988/1995, „abateri” reprezintă „orice încălcare a unei dispoziții de drept comunitar, ca urmare a unei acțiuni sau omisiuni a unui agent economic, care poate sau ar putea prejudicia bugetul general al Comunităților sau bugetele gestionate de acestea, fie prin diminuarea sau pierderea

55 Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, publicată în JOUE seria L nr. 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p.116, denumită în continuare „Directiva nr. 18/2004”.

56 Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, publicată în JOUE seria L nr. 134 din 30 aprilie 2004, p. 1 – 113; Directiva nr. 18/2004; Directiva 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivei 2004/17/CE și 2004/18/CE, publicată în JOUE seria L nr. 216 din 20 august 2009, p. 76-136, denumite în continuare „directivele în materia achizițiilor publice”.

57 Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 al Consiliului din 18 decembrie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, publicat în JO UE seria L nr. 312 din 23.12.1995, ediție specială în limba română: capitol 01, volum 001, p. 166 – 169, denumit în continuare „Regulamentul nr. 2988/1995”.

58 Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului din 11 iulie 2006 de stabilire a anumitor dispoziții generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European și Fondul de coeziune și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999, publicat în JO UE seria L nr. 210 din 31.07.2006, p. 25, denumit în continuare „Regulamentul nr. 1083/2006”.

veniturilor acumulate din resurse proprii, colectate direct în numele Comunităților, fie prin cheltuieli nejustificate”;

- în sensul art. 2 pct. 7 din Regulamentul CE nr. 1083/2006, „neregularitate” înseamnă „orice încălcare a unei dispoziții a dreptului comunitar care rezultă dintr-un act sau dintr-o omisiune a unui operator economic care are sau ar putea avea ca efect un prejudiciu la adresa bugetului general al Uniunii Europene prin imputarea unei cheltuieli necorespunzătoare bugetului general”.

Potrivit considerentului (2) paragraful 1 al Directivei nr. 18/2004, la atribuirea oricărui contract de achiziție publică „trebuie să [se] respecte principiile prevăzute de Tratat, 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”, indiferent de valoarea estimată a acestuia, aspect subliniat și de Curte în jurisprudența⁵⁹ sa.

De asemenea, potrivit unei jurisprudențe constante,⁶⁰ faptul că valoarea unui contract nu atinge pragul prevăzut de normele UE, nu înseamnă că acest contract iese complet din sfera de aplicare a dreptului Uniunii, în cadrul atribuirii unui astfel de contract trebuind respectate normele fundamentale ale Tratatului și, în special, principiul egalității de tratament.

Curtea subliniază că elementul de diferențiere în raport cu contractele a căror valoare depășește pragul stabilit prin dispozițiile Directivei nr. 18/2004 este acela că numai acestea din urmă sunt supuse procedurilor speciale și riguroase prevăzute de aceste dispoziții.

În continuare, Curtea a stabilit⁶¹ că, deși valoarea estimată este situată sub pragurile de minimis, „normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului sunt aplicabile cu condiția ca respectivul contract să prezinte

59 A se vedea Hotărârea Curții în cauza C 358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, punctul 27, precum și jurisprudența la care se face referire în Comunicarea interpretativă a Comisiei cu privire la regulile comunitare aplicabile atribuirii contractelor nespuse sau spuse parțial prevederilor Directivelor privind Achizițiile Publice, analizată în Hotărârea Tribunalului în cauza T-258/06, RFG contra Comisiei.

60 A se vedea în acest sens Hotărârile Curții în cauza C 358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, punctul 25; în cauza C-376/08, Serrantoni și Consorzio stabile edili, punctele 21 și 22; în cauzele conexe C 147/06 și C 148/06, SECAP și Santorso, punctele 19 și 20.

61 A se vedea Hotărârile Curții în cauza C 358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, punctul 24 și în cauza C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce și alții, punctul 23 și jurisprudența citată.

un interes transfrontalier cert, ținând seama în special de importanța și de locul executării sale.”

Curtea a statuat⁶² că revine instanței de trimitere sarcina să aprecieze existența unui astfel de interes, iar în situația în care consideră că prezintă un interes transfrontalier cert, normele fundamentale și principiile generale menționate se aplică în litigiul principal.

În realizarea acestei aprecieri privind existența unui interes transfrontalier cert, instanțele au la îndemână „*Comunicarea interpretativă a Comisiei cu privire la regulile comunitare aplicabile atribuirii contractelor nesupuse sau supuse parțial prevederilor Directivelor privind Achizițiile Publice*”.¹

Deși nu conține norme noi de atribuire a contractelor de achiziții publice care depășesc obligațiile ce rezultă din dreptul UE existent la momentul emiterii ei,² această Comunicare:

- amintește normele fundamentale aplicabile atribuirii contractelor de achiziții publice care ar rezulta direct din prevederile Tratatului CE așa cum au fost interpretate de Curte în jurisprudența sa,
- explică interpretarea Comisiei cu privire la jurisprudența Curții și
- sugerează un anumit număr de bune practici în vederea sprijinirii statelor membre pentru a profita pe deplin de piața internă și în situația contractelor care nu intră în domeniul de aplicare a directivelor privind contractele de achiziții publice.

1 Publicată în JO UE seria C nr. 179 din 1.08.2006, p. 2.

2 Potrivit Hotărârii Tribunalului în cauza T-258/06, RFG contra Comisiei, punctul 162.

De menționat că această comunicare interpretativă a făcut obiectul unei acțiuni în anulare introduse de Republica Federală Germania în fața Tribunalului de Primă Instanță în cauza T-258/06, în cadrul căreia mai multe state membre și Parlamentul European au formulat cereri de intervenție. Tribunalul a respins acțiunea ca inadmisibilă, însă a formulat câteva concluzii deosebit de interesante (par.73-75):

„În această privință, trebuie mai întâi precizat că procedurile specifice și riguroase prevăzute de directivele comunitare privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice se aplică numai contractelor a căror valoare depășește pragul

62 A se vedea Hotărârile Curții în cauza C 358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, punctul 24 și în cauza C-221/12, Belgacom, punctul 30 și jurisprudența citată.

prevăzut în mod expres în fiecare dintre directivele respective.⁶³ Astfel, normele acestor directive nu se aplică acelor contracte a căror valoare nu atinge pragul stabilit de aceste directive.

Totuși, nu se poate deduce de aici că aceste din urmă contracte sunt excluse din domeniul de aplicare a dreptului comunitar.⁶⁴ Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, în ceea ce privește atribuirea contractelor care, având în vedere valoarea lor, nu sunt supuse procedurilor prevăzute de normele comunitare, autoritățile contractante sunt totuși ținute să respecte normele fundamentale ale Tratatului CE în general⁶⁵ și principiul nediscriminării pe motiv de cetățenie sau de naționalitate în special.⁶⁶

Acest lucru este confirmat de altfel de considerentul (9) al Directivei 2004/17, potrivit căruia, «pentru contractele de achiziții publice a căror valoare este mai mică decât cea care determină aplicarea dispozițiilor coordonării comunitare, este recomandabil să se facă apel la jurisprudența elaborată de Curte (...), conform căreia se aplică normele și principiile din tratatele menționate mai sus [principiul egalității de tratament, al cărui principiu de nediscriminare nu este decât o exprimare specifică, principiul recunoașterii reciproce, principiul proporționalității, precum și obligația de transparență]», precum și considerentele (1) și (2) ale Directivei 2004/18 care evocă aplicarea acelorași principii în cazul atribuirii oricărui contract încheiat în statele membre, cu o valoare inferioară sau superioară pragurilor în cauză.»

De asemenea, în vederea corectării neregulilor în procesul de achiziție publică, Comitetul de gestionare a fondurilor (COCOF),⁶⁷ constituit în temeiul prevederilor articolului 103 din Regulamentul nr. 1083/2006 din reprezentanți ai statelor membre, a emis ghiduri⁶⁸ orientative prin care au

63 Ordonanța Vestergaard, punctul 36 de mai sus, punctul 19, și Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctul 33.

64 Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 19.

65 Ordonanța Vestergaard, punctul 38 de mai sus, punctul 20, și Hotărârea Comisia/Franța, punctul 38 de mai sus, punctul 32.

66 A se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 18 noiembrie 1999, Unitron Scandinavia și 3S, C275/98, Rec., p.18291, punctul 29, Hotărârile Curții Telaustria, punctul 36 de mai sus, punctul 62, Coname, punctul 36 de mai sus, punctul 16, și Parking Brixen, punctul 36 de mai sus, punctul 46, precum și Hotărârea Curții din 6 aprilie 2006, ANAV, C410/04, Rec., p. I3303, punctul 18.

67 Denumit în continuare „COCOF”.

68 „Orientări pentru stabilirea corecțiilor financiare care trebuie aplicate cheltuielilor cofinanțate din fondurile structurale și fondul de coeziune în caz de nerespectare a normelor în materie de contracte de achiziții publice” COCOF 07/0037/03-EN și „Ghid pentru stabilirea corecțiilor financiare care trebuie aplicate cheltuielilor cofinanțate din fondurile structurale și fondul de coeziune în caz de nerespectare a normelor în materie de contracte de achiziții publice”, aprobat prin Decizia CE nr. C(2013) 9527.

fost trasate orientări aplicabile abaterilor detectate în aplicarea reglementărilor UE privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice cofinanțate din fondurile structurale și Fondul de Coeziune și în situația în care acestea nu se află sau se află doar parțial sub incidența directivelor UE.

În concluzie, apreciem că nerespectarea de către o autoritate contractantă beneficiară a unei subvenții din fonduri structurale a normelor privind atribuirea unui contract de achiziție publică având o valoare estimată sub valorile-prag prevăzute de directivele în materia achizițiilor publice cu ocazia atribuirii contractului care are ca obiect realizarea acțiunii subvenționate poate constitui o „*abaterere*” în sensul articolului 1 din Regulamentul (CE) nr. 2988/1995, respectiv o „*neregularitate*” în sensul articolului 2 punctul 7 din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006, în măsura în care nu sunt respectate reguli și/sau principii fundamentale ale Tratatului.

Revine însă instanței de trimitere sarcina să verifice dacă respectivul contract prezintă un interes transfrontalier cert, iar în situația în care consideră că prezintă un astfel de interes – că normele fundamentale și principiile generale se aplică în litigiul principal.

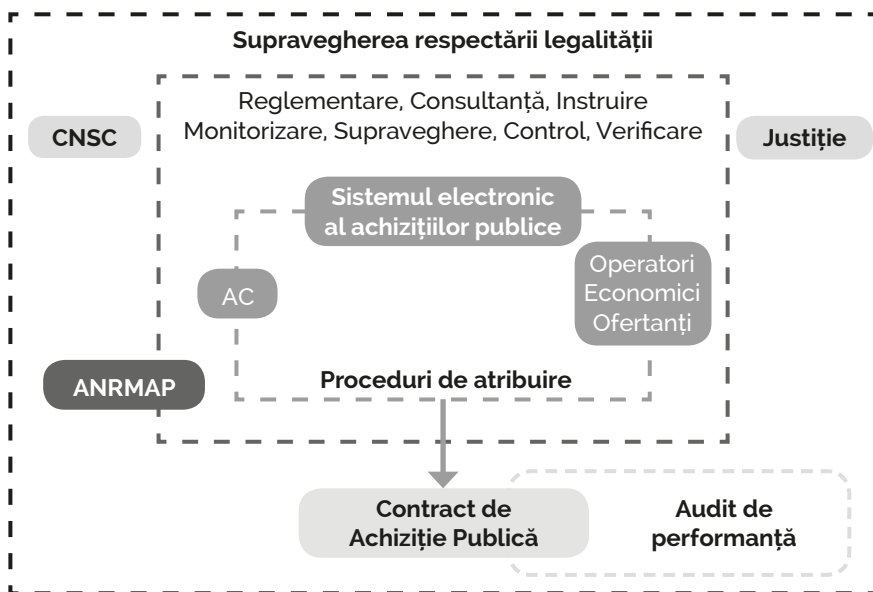
2. Etapele procesului de achiziție publică. Instituții și autorități publice implicate

Actorii cheie ai sistemului de achiziții publice, respectiv entitățile implicate în organizarea și verificarea procedurilor de achiziție publică, sunt:

- **Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice** – ANRMAP, autoritate publică cu rolul de a promova și implementa politica în domeniul achizițiilor publice, prin elaborarea proiectelor de acte normative ce au ca obiect reglementări în domeniu și având, totodată, și atribuții de monitorizare a sistemului.
- **Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice** – UCVAP, entitate din cadrul Ministerului Finanțelor Publice cu atribuții de control ex-ante;
- **Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor** – CNSC, care are competență în soluționarea contestațiilor formulate în cadrul procedurii de atribuire înainte de încheierea contractului;
- **Autoritățile Contractante** – AC, interesate în satisfacerea interesului general;
- **Operatorii Economici** – OE, oricare furnizor de produse, prestator de servicii ori executant de lucrări – persoană fizică/juridică, de drept public sau privat ori grup de astfel de persoane care oferă în mod licit pe piață produse, servicii și/sau execuții de lucrări;
- **Consiliul Concurenței** – organism autonom care administrează și pune în aplicare Legea concurenței nr. 21/1996, având drept scop protecția, menținerea și stimularea concurenței și a unui mediu concurențial normal;
- **Curtea de Conturi** – entitate cu atribuții de audit ex-post;
- **Agencia Națională de Integritate**, autoritate care evaluează eventualele conflicte de interese sau incompatibilități atât în etapa ex-ante, cât și în etapa ex-post;
- **Instanțele judecătorești**, care pot fi sesizate cu plângeri împotriva deciziilor emise de CNSC (în procedura administrativ-jurisdicțională) sau direct, în situația în care un ofertant consideră că procesul de achiziție publică a fost viciat. Ca urmare a sesizărilor primite, instanțele pot interveni, atât înainte, cât și după încheierea contractului public.

Modul în care aceste entități intervin în supravegherea procedurilor de achiziție publică și legăturile dintre elementele sistemului de achiziție

publică este prezentat pe site-ul ANRMAP în următoarea formulă sintetizată:



Etapile procesului de achiziție publică includ:

- I. planificarea;
- II. elaborarea documentației de atribuire;
- III. publicarea anunțului/invitației de participare în SEAP (Sistemul Electronic de Achiziții Publice) / JOUE (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene) și a documentației de atribuire;
- IV. clarificări referitoare la documentația de atribuire;
- V. investirea comisiei de evaluare a ofertelor;
- VI. deschiderea ofertelor;
- VII. evaluarea ofertelor;
- VIII. întocmirea și aprobarea raportului procedurii;
- IX. notificarea rezultatului către ofertanți;

- X. perioada de așteptare – contestații;
- XI. încheierea contractului și publicarea anunțului de atribuire în SEAP/JOUE.

Pentru o înțelegere facilă a procesului de achiziție publică, expunerea acestuia este realizată prin împărțirea pe două etape, respectiv ex-ante și ex-post, cu mențiunea că diferite autorități sau agenții dau sensuri diferite acestor termeni.

2.1. Autoritățile contractante

Ca regulă generală, procedurile de achiziție publică sunt obligatorii pentru autoritățile contractante, astfel cum sunt acestea definite prin art. 8 din OUG nr. 34/2006.⁶⁹ În legătură cu entitățile care se încadrează în categoria autorităților contractante, legiuitorul a adoptat în cursul anului anului 2013 unele modificări care au creat confuzie în legătură cu sfera de cuprindere a regiilor autonome sau companiilor naționale/societăților comerciale cu capital integral sau majoritar de stat ce aveau obligația de a derula proceduri de achiziție publică în conformitate cu prevederile ordonanței de urgență.

Astfel, în Monitorul Oficial 237 din 24 aprilie 2013 a fost publicată OUG nr. 31/2013 prin care art. 8 lit. b¹) din OUG nr. 34/2006, în cadrul căruia erau specificate entitățile care au calitatea de autorități contractante, se modifica și avea următorul cuprins:

Este autoritate contractantă în sensul prezentei ordonanțe de urgență (...) „b¹) orice regie autonomă sau companie națională/societate comercială cu capital integral sau majoritar deținut de o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public, cu excepția transportatorilor aerieni.“

Pentru modificarea operată la litera b¹) - prevedere ce fusese recent introdusă prin OUG nr. 77/2012-, Guvernul României invocă „necesitatea adoptării unor măsuri urgente pentru eliminarea blocajelor ce au loc în activitatea curentă a operatorilor din transportul aerian care își desfășoară activitatea pe o piață concurențială”. Până la momentul introducerii punctului b¹) odată cu intrarea în vigoare a OUG nr. 77/2012, transportatorii aerieni

⁶⁹ Ordonanța de urgență nr. 31/2013 pentru modificarea art. 8 lit. b¹) din OUG nr. 34/2006. Anterior, în versiunea OUG nr. 34/2006 aplicabilă în intervalul 15.02.2013 – 23.04.2013, textul art. 8 lit. b¹) din OUG nr. 34/2006 avea următorul conținut: „orice regie autonomă sau companie națională/societate comercială cu capital integral ori majoritar deținut de o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public”.

nu avuseseră calitatea de autoritate contractantă, arăta Guvernul în aprilie 2013. Două luni mai târziu, conform actului normativ publicat în Monitorul Oficial nr. 387 din 28 iunie 2013, acest text era abrogat prin Legea nr. 193/2013 care aproba OUG nr. 77/2012. De subliniat este faptul că, până la 1 ianuarie 2013, aveau calitatea de autoritate contractantă și erau obligate să deruleze proceduri de achiziție publică numai acele entități care se încadrau în prevederile art. 8 sau art. 9 din OUG nr. 34/2006, act normativ care transpune directivele europene în domeniul achizițiilor publice.

Abrogarea art. 8 lit. b¹) din OUG nr. 34/2006 a fost interpretată cvasiunanim de societatea civilă ca o scoatere de sub controlul regulilor instituite de OUG nr. 34/2006 a oricărei regii autonome sau companii naționale/societăți cu capital integral sau majoritar deținut de o autoritate contractantă.

În fapt, celelalte litere ale art. 8 sau art. 9 nu au suferit modificări prin legea de aprobare a OUG nr. 77/2012, aspect de natură a contrazice exceptarea în integrum a organismelor la care făcea referire art. 8 lit. b¹), textul de lege urmând a fi interpretat prin corelarea articolelor care indicau definiția unei autorități contractante și domeniul de aplicare.

Astfel, prin Legea nr. 193/2013 privind aprobarea OUG nr. 77/2012 legiuitorul a restrâns sfera acelor regii autonome sau companii naționale/societăți comerciale exceptate de la aplicarea regulilor instituite prin OUG nr. 34/2006. Totodată, prin această lege domeniul de aplicare a normei specifice a fost extins prin introducerea unui nou articol în cuprinsul OUG nr. 34/2006, respectiv art. 16¹, care prevede că regiile autonome sau companiile naționale/societățile comerciale care nu se încadrează în prevederile art. 8 sau art. 9, dar al căror capital integral ori majoritar este deținut de un organism al statului trebuie să elaboreze norme procedurale interne care să asigure respectarea principiilor nediscriminării și egalității de tratament, transparenței, proporționalității și recunoașterii reciproce în ceea ce privește atribuirea contractelor de furnizare/prestare de servicii/execuție de lucrări, a căror valoare estimată depășește pragul prevăzut la art. 19.

Așadar, pentru unele regii autonome și societățile naționale gestionare a importante fonduri publice s-a prevăzut o excepție de la aplicarea OUG nr. 34/2006 – permisiunea de a-și defini singure regulile pe care trebuie să le respecte atunci când doresc să achiziționeze bunuri, servicii sau lucrări –, însă trebuie menționat faptul că 16¹ face referire expresă la organismele care nu se încadrează în prevederile art. 8 sau art. 9 din OUG nr. 34/2006.

Cu toate acestea, regiile autonome și societățile naționale românești rămân pe lista autorităților contractante care trebuie să respecte legislația referitoare la achizițiile publice, listă pe care România a notificat-o Comisiei Europene. În aceste condiții, interpretările în practică vor rămâne contradictorii cu privire la obligativitatea acestor agenți economici de a respecta normele OUG nr. 34/2006.

2.2. Etapa ex-ante

Evaluarea ex-ante reprezintă evaluarea realizată înainte de etapa implementării unui program sau proiect, cu scopul de a aduce eventuale corecții necesare designului programului sau proiectului, pentru a asigura realizarea cu succes a obiectivelor propuse. Complementar, evaluarea ex-post este realizată ulterior etapei de implementare a unui program sau proiect.

Din legislația care reglementează modul de organizare și funcționare a ANRMAP reținem că în cadrul acestei entități există compartimente specializate în verificarea documentațiilor de atribuire (ex-ante) și modul de atribuire a contractelor de achiziție publică (ex-post) finanțate/cofinanțate din fonduri europene.

Pornind de la aceste norme, concluzionăm că, pentru ANRMAP, etapa ex-ante a procesului de achiziție publică include etapele și operațiunile derulate de autoritățile contractante până la momentul publicării anunțului/ invitației de participare.

Acest format al etapelor din primul ciclu de până la publicarea anunțurilor/ invitațiilor de participare nu este unitar nici chiar la nivelul entităților implicate în verificările aspectelor procedurale, iar ca exemplu putem indica OUG nr. 30/2006. Potrivit acestei ordonanțe de urgență, UCVAP-ului i se stabilește un domeniu de competență pentru etapele ex-ante care includ activitățile derulate după publicarea anunțului/invitației de participare și până la semnarea contractului.

I. Planificarea

În etapa de planificare, autoritățile contractante realizează o anumită previzionare a procedurilor de achiziție publică ce ar urma să fie derulate în cursul unei anumite perioade, respectiv ce proceduri va derula entitatea publică pe termen scurt, mediu și lung. În această etapă, prioritară este identificarea nevoilor obiective la nivelul fiecărei autorități contractante care culege informațiile (referatele de necesitate) de la nivelul compartimentelor funcționale din structură.

Potrivit normelor de aplicare a OUG nr. 34/2006, aprobate prin HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă are obligația de a stabili Programul anual al achizițiilor publice (PAAP). Într-o primă formă, Programul anual al achizițiilor publice se elaborează până la sfârșitul ultimului trimestru al anului în curs și cuprinde totalitatea contractelor/acordurilor-cadru pe care autoritatea contractantă intenționează să le atribuie/încheie în decursul anului următor.

Când stabilește Programul anual al achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația de a ține cont de:

- a) necesitățile obiective de produse, de lucrări și de servicii;
- b) gradul de prioritate a necesităților prevăzute la lit. a);
- c) anticipările cu privire la fondurile ce urmează să fie alocate prin bugetul anual.

Programul anual al achizițiilor publice reprezintă un instrument managerial care nu obligă autoritățile contractante să deruleze o achiziție publică înscrisă în cadrul acestuia. Achiziția publică este derulată în funcție de fondurile identificate și de posibilitățile de atragere a altor fonduri, astfel că PAAP are o formă variabilă în timp, o primă modificare urmând a fi obligatoriu făcută după aprobarea bugetului propriu al fiecărei autorități contractante.

În cazul în care modificările PAAP au ca scop acoperirea unor necesități ce nu au fost cuprinse inițial în Programul anual al achizițiilor publice,

introducerea acestora în program este condiționată de asigurarea surselor de finanțare.⁷⁰

Remarcăm din textul actelor normative care reglementează procedura de derulare a achizițiilor publice că inițierea unei proceduri prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nu este condiționată de asigurarea surselor de finanțare decât în cazul procedurilor care nu au fost cuprinse în PAAP la momentul inițial. Reținem astfel o primă „modificare” a regulii generale dată de Legea finanțelor publice, potrivit căreia nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanță și plătită, dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare, potrivit art. 14 alin. (4) din Legea nr. 500/2002.⁷¹

Or, în condițiile date de OUG nr. 34/2006, odată inițiată o procedură pentru încheierea unui contract public, aceasta nu poate fi anulată înainte de semnarea contractului decât în cazurile expres și limitativ prevăzute de art. 209. În cuprinsul acestui articol nu sunt menționate situațiile în care în bugetul autorității contractante nu se regăsesc fondurile (nu s-a realizat proiecția bugetară) sau au fost realizate redistribuiri ca urmare a priorităților apărute în alte sectoare (prin rectificare de buget).

Astfel, concluzionăm că exista o lipsă de corelare între normele de aplicare a OUG nr. 34/2006 și Legea finanțelor publice, textul HG nr. 925/2006 fiind mai permisiv, iar, în mod indirect și în contradicție cu prevederile unei legi organice.

Odată inițiată o procedură de achiziție publică, aceasta trebuie finalizată prin încheierea unui contract, excepțiile de la această regulă fiind în mod expres prevăzute de lege.

Anularea unei proceduri nu poate fi justificată de lipsa resurselor necesare pentru încheierea contractului, iar în acest sens textul art. 209 din OUG nr. 34/2006 este susceptibil de interpretare. Judecarea unei astfel de situații trebuie însă privită prin prisma interesului public, principiu general care guvernează procedurile de achiziții publice.

⁷⁰ HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG 34/2006.

Art. 4 - (8) Autoritatea contractantă are dreptul de a opera modificări sau completări ulterioare în programul anual al achizițiilor publice, modificări/completări care se aprobă conform prevederilor alin. (7).

(9) În cazul în care modificările prevăzute la alin. (8) au ca scop acoperirea unor necesități ce nu au fost cuprinse inițial în programul anual al achizițiilor publice, introducerea acestora în program este condiționată de asigurarea surselor de finanțare.

⁷¹ Legea nr. 500 din 11 iulie 2002 privind finanțele publice publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 597 din 13 august 2002.

Astfel, în situațiile în care, în mod obiectiv, autoritatea contractantă este împiedicată sau este în imposibilitatea de a semna un contract din cauza subfinanțării sau a redistribuirii de credite, opinăm că n-ar trebui să se ajungă la angajarea unor fonduri publice (prin semnarea contractului public) despre care se știe că nu mai pot fi alocate sau au fost redistribuite, fără implicarea respectivei autorități organizatoare.

Una dintre informațiile care se regăsesc în Programul anual al achizițiilor publice, respectiv valoarea estimată, fără TVA, exprimată în lei și în euro a fiecărui contract care ar urma să fie atribuit, necesită o analiză mai atentă din perspectiva modului de calcul al acestei estimări de valoare.

Din analiza textului de lege care face referire atât la valoarea estimată care este înscrisă în PAAP la art. 4 alin. (5) lit. c) din HG nr. 925/2006, cât și la valoarea estimată a contractului de achiziție publică, care trebuie să fie determinată înainte de inițierea procedurii de atribuire a contractului respectiv (art. 26 din OUG nr. 34/2006), deducem că între valoarea înscrisă în PAAP și valoarea estimată înscrisă în fișa de date nu trebuie să existe neapărat o identitate.

Această valoare estimată din fișa de date trebuie să fie valabilă la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de participare sau, în cazul în care procedura de atribuire nu presupune publicarea unui astfel de anunț, la momentul transmiterii invitației de participare. Modul de calcul al valorii estimate, înainte de lansarea procedurii de atribuire, este expres prevăzut în cadrul art. 27 din OUG nr. 34/2006.

De precizat este și că, în anumite situații, expres reglementate prin art. 36 alin. (1) lit. e¹) din HG nr. 925/2006,⁷² autoritățile contractante pot încheia contractul public cu un ofertant care a propus un preț de până la 10% mai mare decât valoarea estimată.

72 HG 925/2006 - SECȚIUNEA 1 - Licitația deschisă

Art. 36 (1) Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...)

e1) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul/invitația de participare și, deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată existența a cel puțin uneia dintre următoarele situații:

- prețul este cu mai mult de 10% mai mare decât valoarea estimată prevăzută în anunțul/invitația de participare;
- încheierea contractului la prețul respectiv ar conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale ordonanței de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice.

II. Elaborarea documentației de atribuire

În funcție de complexitatea procedurii ce urmează a fi derulate, elaborarea documentației de atribuire se face atât de compartimentul de achiziții publice din cadrul fiecărei autorități contractante, având sprijinul celorlalte compartimente din cadrul entității publice, cât și prin achiziționarea de servicii de consultanță.

În cadrul acesei etape, un rol deosebit îl are alegerea procedurii de atribuire, ca decizie de selectare a uneia dintre procedurile prevăzute de lege ce se concretizează într-o notă de fundamentare/justificare semnată de persoanele decidente din cadrul autorității contractante.

Potrivit art. 33 din OUG nr. 34/2006, documentația de atribuire cuprinde:

- a) fișa de date;
- b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;
- c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii.

În luarea deciziei de selectare a unei anumite proceduri de achiziție publică, autoritatea contractantă are în vedere: importanța strategică a achiziției, valoarea estimată, nivelul de dezvoltare și concurența pe piața locală, regională și națională din domeniul unde va avea loc achiziția, precum și constrângeri, urgența în obținerea unui anumit produs, prestarea unui serviciu sau executarea unei lucrări, compatibilitatea cu produse ori servicii deja existente în cadrul autorității respective, existența unuia sau a mai multor furnizori ș.a.m.d.

Când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective.

III. Publicarea în SEAP a anunțurilor/invitațiilor de participare

Este următoarea etapă care conduce la inițierea unei proceduri de achiziție publică prin aducerea la cunoștință a celor interesați a nevoilor autorităților contractante.

Sistemul Electronic de Achiziții Publice a fost definit la art. 3 lit. v) din OUG nr. 34/2006 ca fiind sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresă dedicată, utilizat în scopul aplicării prin mijloace electronice a procedurilor de atribuire. Este platforma electronică unde instituțiile publice (și/sau operatorii economici care utilizează fonduri publice) își fac publică intenția de a achiziționa produse, servicii și lucrări, iar operatorii economici interesați ofertează pentru acestea.

În alte cuvinte, SEAP este locul unde devin publice intențiile autorităților contractante de a achiziționa bunuri, servicii sau lucrări și procedurile de atribuire a contractelor respective, moment în care este deschisă competiția tuturor celor interesați.

Prevederile OUG nr. 34/2006 impun publicarea anunțurilor/invitațiilor de participare și a anunțurilor de atribuire a contractelor în SEAP.

Trebuie spus că la momentul de față anunțurile de participare nu pot fi publicate în SEAP decât dacă au fost validate, în prealabil, de ANRMAP, care exercită o verificare asupra fișei de date. Elementele verificate în etapa ex-ante se referă la:

- includerea achiziției în programul anual al achizițiilor publice,
- respectarea regulilor de publicitate,
- alegerea procedurii,
- criteriile de calificare și selecție,
- criteriile de atribuire/factori de evaluare și evitarea conflictului de interese.

Astfel, începând cu anul 2011, între funcțiile stabilite prin normele legale care reglementează organizarea și funcționarea ANRMAP,⁷³ acestei instituții i s-au adăugat sarcini privind evaluarea conformității cu legislația aplicabilă din domeniul achizițiilor publice a documentației de atribuire care intră sub incidența prevederilor OUG nr. 34/2006. Prin HG nr. 801/2011 s-a

⁷³ Aprobate prin Hotărârea de Guvern nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 395 din 12 iunie 2007.

stipulat în mod expres că această evaluare nu vizează aspectele tehnice ale caietului de sarcini.

Evaluarea documentațiilor de atribuire a fost preluată de ANRMAP tocmai pentru a se da o realizare efectivă a scopului cu care instituția a fost învestită: să adopte măsuri, în condițiile legii, pentru a preveni, a stopa sau a remedia efectele produse de încălcarea prevederilor legale în domeniu.

Această evaluare se desfășoară de ANRMAP prin intermediul sistemului informatic al achizițiilor publice și se finalizează cu validarea sau respingerea documentației de atribuire.

Metodologia pentru organizarea și desfășurarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică prin SEAP este reglementată de normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică prin mijloace electronice din OUG nr. 34/2006, respectiv HG nr. 1660/2006.

Orice persoană interesată are acces la informații despre procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, respectiv contractele încheiate de Autoritățile Contractante care cheltuiesc bani publici.

Adresa dedicată sistemului informatic de utilitate publică este www.e-licitatie.ro și este accesibilă pe internet.

Utilizatorii sistemului informatic sunt:

- instituțiile publice care își fac publică intenția de a achiziționa produse, servicii și lucrări – Autoritățile Contractante;
- operatorii economici care sunt interesați să-și ofere produsele/serviciile/lucrările Autorităților Contractante.

Pentru a se asigura transparența cheltuirii banilor publici, accesul liber precum și concurența reală între operatorii economici în scopul obținerii unei achiziții reușite și eficiente, legiuitorul a instituit obligația ca Autoritățile Contractante să se înregistreze în SEAP.

IV. Clarificări referitoare la documentația de atribuire

Pornind de la informațiile devenite publice odată cu publicarea anunțului de participare, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire.

În cazul în care autoritatea contractantă primește solicitări de clarificare cu privire la prevederile documentației de atribuire, aceasta are obligația de a răspunde la aceste solicitări în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil. Prin art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, termenul de răspuns la orice solicitare de clarificare a fost stabilit pentru o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, trei zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic.

Răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, precum și clarificarea cu privire la conținutul documentației de atribuire emise de autoritatea contractantă reprezintă acte administrative prin care se aduc lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire și prin care nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în SEAP.

În cazul în care, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă completează conținutul documentației de atribuire, termenele în care pot fi depuse contestațiile prevăzute la art. 256² alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se raportează la data luării la cunoștință de răspunsul autorității contractante cu privire la solicitarea adresată acesteia.

V. Încetarea comisiei de evaluare a ofertelor

Autoritatea contractantă are obligația desemnării unor persoane responsabile pentru evaluarea ofertelor, care se constituie într-o comisie de evaluare, în vederea atribuirii fiecărui contract în parte sau pentru atribuirea mai multor contracte, atunci când contractele respective sunt de complexitate redusă.

Comisia include specialiști în domeniul obiectului contractului, din cadrul autorității contractante (din compartimentul intern specializat sau alte compartimente) sau din cadrul beneficiarului final (altă autoritate contractantă). Persoana nominalizată ca fiind responsabilă cu aplicarea

procedurii de atribuire devine, totodată, președintele comisiei de evaluare. Numărul membrilor comisiei de evaluare poate fi stabilit în funcție de complexitatea achiziției, orice decizie a comisiei urmând să întrunească votul a cel puțin două treimi dintre membrii săi.

În conformitate cu art. 72 alin. (2) din HG 925/2006 care a stabilit normele de aplicare ale OUG nr. 34/2006, atribuțiile comisiei de evaluare sunt:

- deschiderea ofertelor,
- verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare,
- realizarea selecției/preselecției/dialogului/negocierii,
- verificarea propunerilor tehnice,
- verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți,
- stabilirea ofertelor respinse/admisibile,
- aplicarea criteriului de atribuire,
- elaborarea unei propuneri de anulare a procedurii de atribuire și elaborarea raportului procedurii de atribuire.

Legiuitorul a avut în vedere că această comisie de evaluare poate include membri de rezervă ce îi înlocuiesc pe membrii titulari care, din motive obiective, nu au posibilitatea de a-și îndeplini atribuțiile. De asemenea, în comisia de evaluare pot fi incluși și experți cooptați, aceștia fiind desemnați printr-un act distinct – Decizie – de către autoritatea contractantă, în scopul sprijinirii activităților de evaluare.

În acest înscris privind desemnarea comisiei de evaluare, este obligatorie și precizarea atribuțiilor și responsabilităților specifice pentru experții cooptați și justificarea participării acestora în procedură.

Trebuie reținut faptul că experții cooptați nu au drept de vot. Ei au însă obligația de a elabora un raport de specialitate cu privire la verificarea și evaluarea propunerilor tehnice, analiza situației financiare sau analiza efectelor de natură juridică determinate de elemente ale ofertei/clauze contractuale propuse de ofertant.

Elemente de vulnerabilitate:

- sunt nominalizate persoane care nu cunosc prevederile legale/nu au expertiza tehnică necesară;
- nu sunt delimitate atribuțiile/responsabilitățile experților cooptați;
- perioada de elaborare a ofertelor este prea scurtă față de complexitatea obiectului contractului;

- neînregistrarea deciziei de numire a comisiei ori a datei de depunere a ofertelor.

Evitarea conflictului de interese. Confidențialitatea

Pe parcursul desfășurării procesului de evaluare, membrii comisiei și experții cooptați au obligația de a păstra confidențialitatea asupra conținutului ofertelor, precum și asupra oricăror alte informații prezentate de către candidați/ofertanți, a căror dezvăluire ar putea aduce atingere dreptului acestora de a-și proteja proprietatea intelectuală sau secretele comerciale, în caz contrar, încălcarea angajamentelor referitoare la confidențialitate se sancționează conform legii, disciplinar sau penal.

Persoanele fizice sau juridice care participă direct în procesul de verificare/evaluare a candidaturilor/ ofertelor nu au dreptul de a fi candidat/ofertant/ofertant asociat/subcontractant, sub sancțiunea excluderii din procedura de atribuire.

Nu au dreptul să fie implicați în procesul de verificare/evaluare a candidaturilor/ofertelor persoanele care dețin părți sociale/de interes, acțiuni, membri CA, soț/soție, rudă sau afin, până la gradul IV inclusiv, persoane care pot avea un interes de natură să le afecteze imparțialitatea sau persoane aflate în conflict de interese conform Legii nr. 161/2003.⁷⁴

Înainte de preluarea atribuțiilor specifice în cadrul procesului de evaluare, comisia de evaluare și experții cooptați au obligația de a semna pe propria răspundere o declarație de confidențialitate și imparțialitate prin care se angajează să nu dezvăluie informații din cadrul ofertelor și prin care confirmă că nu se află într-o situație care implică existența unui conflict de interese, având obligația aplicării principiilor care stau la baza atribuirii achizițiilor publice.

Elemente de vulnerabilitate:

- în comisia de evaluare sunt nominalizați membri aflați în situații de incompatibilitate sau care au un interes de natură să le afecteze imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare;
- declarațiile de confidențialitate și de imparțialitate nu sunt semnate de toți membrii comisiei sau de experții cooptați;

⁷⁴ Legea nr. 161 din 2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în Monitorul Oficial nr. 279 din 21 aprilie 2003.

- se tergiversează înlocuirea de îndată a unui membru al comisiei de evaluare aflat într-o situație de incompatibilitate față de data sesizării apariției conflictului de interese;
- pe parcursul procedurii se schimbă comisia sau majoritatea membrilor comisiei de evaluare.

Înregistrarea ofertelor

Operatorii economici au obligația de a depune oferta la adresa indicată, până la data și ora limită, elaborând-o conform cerințelor din documentația de atribuire și indicând care anume informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală (ex. proiectele de afaceri, procesele de fabricație, licențele/brevetele de invenții, alte informații care reprezintă situația pe piață). Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, sunt exclusiv în sarcina operatorilor economici.

Conținutul ofertelor trebuie să rămână confidențial până la data deschiderii ofertelor, ofertele depuse la o altă adresă decât cea stabilită sau după expirarea datei limită de depunere se returnează nedeschise.

Elemente de vulnerabilitate:

- data depunerii ofertelor este cu mult anterioară datei deschiderii ofertelor, posibile substituirii/modificări/înlocuiri de ofertă.

Păstrarea unei oferte la sediul autorității contractante trebuie realizată în condiții care să excludă orice suspiciuni privind înlocuirea unor înscrisuri sau comunicarea unor date din respectiva ofertă către potențiali ofertanți.

În cadrul ședinței de deschidere a ofertelor, reprezentanții operatorilor economici prezenți la ședință trebuie invitați să constate integritatea plicurilor conținând ofertele depuse, lipsa acestui act de procedură putând să atragă suspiciuni privind deschiderea anticipată sau înlocuirea unor elemente ale propunerii financiare/tehnice.

2.3. Etapa ex-post

VI. Deschiderea ofertelor

Deschidere ofertelor are loc la data, ora și adresa indicate în anunțul de participare sau în erată, dacă este cazul, cu excepția situației în care termenul de depunere a ofertelor a fost decalat sau ca urmare a depunerii unei contestații. Orice ofertant are dreptul de a participa la ședința de deschidere a ofertelor.

Ședința de deschidere se finalizează printr-un proces verbal semnat de membrii comisiei de evaluare și de reprezentanți ai operatorilor economici prezenți la ședință. În cuprinsul acestuia, se consemnează denumirea ofertanților, modificările/retragerile de oferte, existența garanțiilor de participare, lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte, elementele principale ale fiecărei oferte, modul de desfășurare a ședinței și alte aspecte formale.

În cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor depuse după data și ora limită de depunere sau la o altă adresă ori neînsoțite de garanția de participare, în cuantum, formă și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire.

Elemente de vulnerabilitate:

- inexistența înregistrării clare a datei depunerii ofertelor, fiind permisă acceptarea ofertelor întârziate;
- respingerea unor oferte pe motive neîntemeiate, legate de forma depunerii ofertelor, cu efectul creării unui avantaj unui operator economic prin diminuarea concurenței;
- îngrădirea participării ofertanților la ședința de deschidere a ofertelor;
- participarea unor persoane fizice/juridice ca ofertanți, după ce au întocmit documentația de atribuire, fiind distorsionată concurența.

Garanția de participare are rolul de protejare a autorității contractante de la momentul depunerii ofertei și până la încheierea contractului de achiziție publică. Acest înscris trebuie să conțină datele părților implicate, denumirea procedurii, condițiile de executare ale garanției, contul autorității contractante și, eventual, datele de identificare ale băncii emitente.

Elemente de vulnerabilitate:

- comisia de evaluare nu a verificat riguros corectitudinea datelor garanției de participare, privind cuantumul și perioada de valabilitate solicitate în documentația de atribuire;
- comisia de evaluare acceptă pentru un ofertant depunerea garanției de participare ulterior datei de depunere a ofertelor, încălcând principiul tratamentului egal.

VII. Evaluarea ofertelor

Este procesul care se desfășoară din momentul deschiderii ofertelor și până la finalizarea raportului procedurii și atribuirea contractului de achiziție publică, fiind cea mai importantă etapă a unei proceduri de achiziție publică, deoarece la final se desemnează ofertantul câștigător.

Desfășurarea procesului de evaluare

După deschiderea ofertelor, comisia de evaluare are la dispoziție un termen de 25 de zile pentru desemnarea ofertantului câștigător. Prelungirea acestei perioade se poate face numai o singură dată, pe baza unei note privind justificarea prelungirii, parte a dosarului de achiziție publică.

Verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare și selecție

Comisia de evaluare verifică îndeplinirea cerințelor de calificare și selecție solicitate în cadrul documentației de atribuire prin analiza documentelor prezentate de către ofertanți, cu privire la situația personală, la capacitatea de exercitare a activității profesionale, la situația economică și financiară a ofertantului și la respectarea standardelor de asigurare a calității și de protecție a mediului.

Luând în calcul modalitatea în care ofertanții participă la procedura de achiziție, analiza documentelor prezentate de către ofertanți poate fi efectuată prin intermediul specificațiilor înscrise în Anexa 1 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011,⁷⁵ privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Instrucțiunile și interpretările cuprinse în acest act normativ terțiar sunt sumarizate în tabelele de mai jos:

⁷⁵ Publicat în Monitorul Oficial nr. 687 din 28 septembrie 2011.

Tabel 1 – Evaluarea situației personale a ofertantului

	Art. 180	Art. 181	Evitarea conflictului de interese	Ofertă independentă (O 314/2010)
Ofertant/ Asociat	Declarație	Declarație + certif. fiscal	Declarație	Declarație
Sușținător	Declarație	Declarație, (fără lit. c)	Declarație	Nu
Subcontractant	Nu	Nu	Declarație	Nu

Tabel 2 – Capacitatea de exercitare a activității profesionale

	Art. 183 CAEN	Atestate, autorizații, certificate
Ofertant	DA	
Asociat	DA, pt. partea din contract pe care o realizează	
Sușținător	NU	
Subcontractant	NU	DA ¹

¹ dacă subcontractantul execută în totalitate lucrările/serviciile pentru care se solicită autorizația/atestatul/certificatul și ofertantul are în obiectul de activitate execuția/prestarea respectivelor lucrări/servicii

Tabel 3 – Situația economică și financiară (art. 184)

		Resurse (lichidități)	Cifra de afaceri	Lichiditate generală	Solvabilitate patrimonială
Ofertant		Da	Da	Da	Da
Ofertant cu Sușținător	Ofertant	Da se cumulează	Ori	Da	Da
	Sușținător		Ori	Nu	Nu
Ofertant cu sub-contractant	Ofertant	Da	Da	Da	Da
	Subcontractant	Nu	Nu	Nu	Nu
Asociere	Asociat 1	Da, se cumulează		individual	individual
	Asociat n			individual	individual
Asociere cu susținător	Asociat 1	Da, se cumulează	Da, se cumulează	individual	individual
	Asociat n			individual	individual
	Sușținător		Da, în întregime de către un sg. Sușținător	Nu	Nu

		Resurse (lichidități)	Cifra de afaceri	Lichiditate generală	Solvabilitate patrimonială
Asociere cu sub- contractat	Asociat 1	Da, se cumulează	Da, se cumulează	individual	individual
	Asociat n			individual	individual
	Subcontractant	Nu	Nu	Nu	Nu

Tabel 4 – Capacitatea tehnică și profesională / Respectarea standardelor

		Resurse umane	Resurse tehnice	Experiența Similară	Asigurarea calității	Protecția mediului
Ofertant		Da	Da	Da	Da	Da
Ofertant cu Susținător	Ofertant	Da, se cumulează		Ori	Da	Da
	Susținător			Ori	Nu	Nu
Ofertant cu Subcon- tractant	Ofertant	Da	Da	Da	Da	Da
	Subcon- tractant	Da, pt. partea de implicare		Nu	Nu	Nu
Asociere	Asociat 1	Da, se cumulează		² Da, se cumulează	³ Da	³ Da
	Asociat n				³ Da	³ Da
Asociere cu Susținător	Asociat1	Da, se cumulează			³ Da	³ Da
	Asociat n				³ Da	³ Da
	Susținător	Da, se cumulează		Da, cerința va fi îndeplinită de un sg. susținător	Nu	Nu
Asociere cu Subcon- tractant	Asociat 1	Da, se cumulează		² Da, se cumulează	³ Da	³ Da
	Asociat n				³ Da	³ Da
	Subcon- tractant	Da, se cumulează		Nu	Nu	Nu

²dacă cerința este „cel puțin un contract”, se îndeplinește de un singur asociat

³individual, de fiecare membru al asocierii pentru partea de contract pe care o realizează

Potrivit dispozițiilor art. 11 alin. (4) din HG 925/2006, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial numai o declarație pe proprie răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare. Această declarație trebuie însoțită de o anexă în care să se menționeze succint, dar precis modul concret de îndeplinire a cerințelor (inclusiv dacă au fost solicitate diverse valori, cantități etc.)

Susținerea de către un terț

Ofertantul are dreptul să își demonstreze situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională solicitată prin cerințele de calificare și selecție, prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț. Angajamentul trebuie să prevadă în clar care sunt resursele respective și disponibilizarea necondiționată a acestora, în funcție de necesități.

Pentru demonstrarea îndeplinirii unor cerințe minime de calificare, cum ar fi experiența similară sau nivelul minim al cifrei de afaceri, angajamentul ferm trebuie să garanteze îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea directă a terțului.

Solicitarea clarificărilor/completărilor la documentele de calificare

Comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările, formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

Ulterior, după primirea de la ofertanți a răspunsurilor la clarificările solicitate de comisia de evaluare, aceasta stabilește ofertanții rămași în competiție.

Elemente de vulnerabilitate:

- aplicarea unor criterii de calificare și selecție restrictive care au ca efect distorsionarea concurenței, care nu au legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit sau care conduc la nerespectarea principiului proporționalității (ex. cifra de afaceri, experiența similară, resurse umane, echipamente/utilaje);
- aplicarea incorectă a criteriilor stabilite în analiza documentelor de calificare sau utilizarea altor criterii decât cele stabilite în documentația de atribuire;
- înscrieri ale comisiei de evaluare care nu evidențiază: conținutul documentelor analizate și corespondența acestora cu criteriile de selecție/cerințele minime de calificare din documentația de atribuire/anunțul de participare; aspectele clarificate prin răspunsurile la solicitările de clarificări; modalitatea de îndeplinire a cerințelor pentru stabilirea admisibilității ofertei;
- aplicarea eronată a situațiilor prevăzute de lege referitoare la excluderea ofertanților;

- nu sunt luate în considerare resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați;
- se ia în considerare susținerea terțului, fără respectarea prevederilor legale;
- lipsa detaliilor privind modul de îndeplinire a cerințelor;
- dezvăluirea informațiilor confidențiale către ofertanți de către membrii comisiei de evaluare;
- înregistrarea incorectă a corespondenței autoritate-ofertant pe perioada evaluării documentelor de calificare.

Evaluarea tehnică

Comisia de evaluare verifică în această etapă propunerile tehnice din punct de vedere al corespondenței acestora cu cerințele minime din caietul de sarcini, iar dacă este cazul solicită clarificări ofertanților sau beneficiază de rapoartele de specialitate ale experților cooptați, după caz.

Ulterior, după primirea răspunsurilor de la ofertanți la clarificările solicitate, comisia de evaluare stabilește ofertele rămase în competiție.

Elemente de vulnerabilitate:

- solicitarea unor specificații tehnice care exced necesităților autorității contractante, irelevante pentru îndeplinirea contractului, „ajustate” pentru un anumit ofertant (producător/ furnizor) sau pentru un anumit echipament;
- utilizarea unui proiect tehnic neactualizat la situația din teren (contract de execuție lucrări);
- influențarea expertului cooptat pentru modificarea raportului de specialitate;
- înscrisuri ale ședințelor comisiei de evaluare nedetaliat cu privire la nerespectarea de către ofertant a parametrilor tehnici impuși prin caietul de sarcini, conformitatea/neconformitatea ofertelor tehnice analizate;
- solicitări de clarificări imprecise, fără explicații și detalii privind cerințele comisiei;
- acceptarea de modificări/completări ale propunerii tehnice, în afara situațiilor prevăzute de lege;
- acceptarea ofertanților care nu au răspuns la clarificări în perioada precizată de comisia de evaluare sau ale căror răspunsuri au fost neconcludente;
- admiterea unei singure oferte în această etapă (respingerea nejustificată a celorlalte oferte).

Evaluarea financiară

Comisia de evaluare verifică propunerile financiare, din punctul de vedere al cerințelor din documentația de atribuire, al încadrării în fonduri, precum și, dacă este cazul, al încadrării în categoria definită de textul legii speciale drept „preț aparent neobișnuit de scăzut”, respectiv mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

Dacă este cazul, se solicită clarificări/completări la propunerile financiare sau se iau în calcul rapoartele de specialitate ale experților cooptați.

Ulterior, după primirea răspunsurilor de la ofertanți la clarificările solicitate, comisia de evaluare stabilește ofertele rămase în competiție.

Elemente de vulnerabilitate:

- supra/subevaluări ale prețurilor ofertelor depuse sau ale valorii estimate;
- lipsa detaliilor privind (ne)respectarea cerințelor financiare;
- nesolicitarea de justificare în cazul prețului neobișnuit de scăzut sau acceptarea de justificări superficiale ale prețurilor care nu sunt rezultatul liberei concurențe;
- acceptarea completării/modificării propunerii financiare, în afara cazurilor prevăzute de lege;
- acceptarea ofertelor ale căror ofertanți nu au răspuns la clarificări sau au dat răspunsuri neconcludente;
- acceptarea propunerilor de modificare a prevederilor contractuale dezavantajoase pentru autoritatea contractantă.

La finalul procesului de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare stabilește care oferte sunt respinse, ca fiind oferte inacceptabile sau neconforme, și care oferte sunt admisibile.

Ofertele pot fi considerate **inacceptabile** dacă:

- sunt din categoria celor respinse în ședința de deschidere;
- ofertantul nu îndeplinește cerințele de calificare;
- constituie o alternativă la caietul de sarcini;
- nu asigură respectarea reglementărilor privind condițiile de muncă/protecția muncii;
- prețul ofertei, fără TVA, depășește valoarea estimată (VE) și nu există fonduri suplimentare ce pot fi disponibilizate;

- prețul, fără TVA, depășește VE și ar putea fi alocate fonduri, dar prețul este cu mai mult de 10% mai mare decât VE sau încheierea contractului conduce la eludarea respectării obligațiilor în raport cu anumite praguri valorice;
- în urma verificărilor, oferta are un preț neobișnuit de scăzut sau oferta este depusă cu nerespectarea prevederilor art. 691 din OUG nr. 34/2006, raportat la data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor.

Ofertele pot fi considerate **neconforme** dacă:

- nu răspund cerințelor specificate în caietul de sarcini;
- conțin propuneri de modificare a clauzelor contractuale dezavantajoase pentru autoritate (oferantul nu acceptă renunțarea la clauzele respective);
- conțin prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate;
- nu se realizează distincția pe loturi, fiind imposibilă aplicarea criteriului de atribuire pentru fiecare lot sau în cazurile prevăzute la art. 79 și art. 80 din HG 925/2006.

Stabilirea ofertei câștigătoare. Elaborarea raportului procedurii

Oferta câștigătoare se stabilește dintre ofertele admisibile, prin aplicarea criteriului de atribuire specificat în documentația de atribuire, care poate fi:

- prețul cel mai scăzut sau
- oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

Oferta câștigătoare nu poate fi modificată și reprezintă parte integrantă din contractul care urmează să fie încheiat.

Elemente de vulnerabilitate:

- factori de evaluare care nu reflectă avantaje pentru autoritatea contractantă;
- punctaje disproporționate față de importanța factorilor de evaluare;
- modificarea factorilor de evaluare și a algoritmului de calcul (față de variantele menționate în documentația de atribuire);
- lipsa notelor individuale ale membrilor comisiei de evaluare privind acordarea punctajului;
- punctaj identic între grilele de evaluare ale membrilor comisiei de evaluare.

VIII. Întocmirea și aprobarea raportului procedurii

După finalizarea evaluării ofertelor, comisia de evaluare elaborează raportul procedurii de atribuire, care se semnează de către toți membrii comisiei de evaluare, inclusiv de președintele acesteia.

Elemente de vulnerabilitate:

- lipsa de înscrisuri cu privire la adoptarea deciziilor;
- depășirea termenului pentru stabilirea ofertei câștigătoare, fără prelungirea perioadei sau când nu există motive temeinice pentru prelungirea perioadei;
- depășirea termenului prelungit;
- înscrisurile comisiei sunt necorelate și contradictorii;
- influențarea deciziei comisiei de evaluare;
- anularea forțată a procedurii, respectiv toate ofertele sunt respinse nejustificat (fiind considerate inacceptabile/neconforme sau se interpretează eronat că acestea nu pot fi comparate din punct de vedere al soluțiilor tehnice și/sau financiare propuse);
- anularea forțată a procedurii, prin invocarea existenței unor abateri grave de la prevederile legislative sau imposibilitatea încheierii contractului sau a altor motive decât cele prevăzute de lege;
- nu se respectă deciziile de anulare stabilite prin hotărâre judecătorească sau decizie CNSC.

IX. Comunicarea rezultatului

Autoritatea contractantă are obligația de a informa operatorii economici implicați în procedura de atribuire despre deciziile referitoare la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică sau de încheiere a acordului-cadru, respectiv dacă s-a dispus anularea procedurii de atribuire și eventuala inițiere ulterioară a unei noi proceduri, în scris și cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de trei zile lucrătoare de la emiterea acestora.

X. Așteptarea eventualelor contestații

Sub sancțiunea nulității, contractele care intră în sfera de aplicare a OUG nr. 34/2006 pot fi încheiate numai după împlinirea termenelor de așteptare de:

- 11 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, în cazul în care valoarea estimată a contractului respectiv este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2);
- 6 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, în cazul în care valoarea estimată a contractului respectiv este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2).

XI. Încheierea contractului și publicarea anunțului de atribuire

La încheierea contractului, trebuie respectat conținutul ofertei depuse de adjudecatar, iar propunerea tehnică și propunerea financiară sunt parte integrantă din contract, alături de caietul de sarcini cu specificațiile tehnice.

Art. 3 lit. f) din OUG 34/2006 definește contractul de achiziție publică ca fiind „contractul, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), cu titlu oneros, încheiat în scris între una ori mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul sau mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii.”

Tipurile contractului de achiziție publică sunt contractul de lucrări, contractul de furnizare și contractul de servicii, conținutul acestor tipuri de contract fiind definit în articolele 4, 5 și 6 din OUG nr. 34/2006.

Varietăți ale contractului de achiziție publică sunt definite tot în art. 3 din OUG nr. 34/2006: acordul-cadru și contractul de concesiune de lucrări publice sau servicii.

Pentru a fi valabil, contractul de achiziție publică trebuie să fie încheiat la finalul desfășurării în mod legal a unei proceduri de atribuire: licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv, negociere, cerere de oferte sau concursul de soluții.

Nici legislația europeană aplicabilă și nici OUG nr. 34/2006 nu cuprind reglementări detaliate generaliste privind clauzele contractelor de achiziție

publică. Această particularitate a condus la apariția unei vaste diversități de practici ale autorităților contractante în ceea ce privește redactarea clauzelor contractelor de achiziție publică – de la lipsa completă a unei forme de contract în documentația de atribuire până la utilizarea unor modele de contracte utilizate la nivel internațional, cum ar fi contractele ce urmează standardele FIDIC.

În afară de diversificarea practicilor autorităților contractante, lipsa reglementării a avut în plus și un efect nedorit: unele autorități contractante de rea-credință au putut favoriza anumiți operatori economici fie prin inserarea în textul contractului a unor clauze ce îi favorizau pe acei operatori, fie prin utilizarea ulterioară a unor clauze din contract pentru a se genera avantaje necuvenite în favoarea operatorului (de exemplu, utilizarea clauzei ce permite modificarea contractului prin acordul părților pentru a se majora valoarea sumelor plătite de autoritatea contractantă). La încheierea contractului, autoritatea contractantă va verifica existența surselor financiare necesare derulării lui și va avea grijă să se constituie garanția de bună execuție, concomitent cu eliberarea garanției de participare către ofertanții care s-au clasat pe poziții inferioare.

În practică pot exista situații neobișnuite, în urma cărora nu se poate încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare deoarece acesta se află într-o situație de forță majoră sau cazul fortuit de a executa contractul.

În aceste cazuri, autoritatea contractantă are dreptul să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă. În caz contrar, se anulează procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Conform art. 2 alin. (4) din HG nr. 925/2006 autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

Publicarea anunțului de atribuire în SEAP

Transmiterea spre publicare a anunțurilor către operatorul SEAP se realizează numai prin mijloace electronice, prin utilizarea aplicației disponibile la adresa de internet www.e-licitatie.ro.

Termenul în care trebuie transmis spre publicare anunțul de atribuire este de cel mult 48 de zile de la încheierea contractului/acordului-cadru, iar responsabilitatea pentru transmitere aparține autorității contractante. Tot în același termen se transmite SEAP un eventual anunț de anulare a procedurii, în situația în care s-a făcut aplicarea art. 209 din OUG nr. 34/2006.

Pentru serviciile incluse în anexa nr. 2B a OUG nr. 34/2006, obligația de transmitere a anunțului de atribuire este aplicabilă numai contractelor a căror valoare este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut la art. 57 alin. (2) lit. a) sau, după caz, lit. b) din OUG nr. 34/2006. În aceste cazuri, autoritatea contractantă indică, totodată, în anunțul transmis dacă este sau nu de acord cu publicarea acestuia.

2.4. Cazuri practice privind greșeli de evaluare și moduri deficitare de aplicare a criteriilor de calificare și selecție

Speța 1 – calificarea unui ofertant în mod incorect de către comisia de evaluare

În etapele ulterioare semnării unui contract de achiziție publică, în executarea lucrărilor de infrastructură rutieră, adjudecatarul a dovedit că este bun executant, îndeplinindu-și obligațiile contractuale în termen, conform cerințelor caietului de sarcini.

Totuși, după recepția lucrărilor, organele de urmărire penală au fost sesizate cu privire la faptul că atribuirea contractului către acest executant a fost incorectă, întrucât ofertantul adjudecatar, persoană juridică, fusese, anterior depunerii ofertei, condamnat printr-o hotărâre definitivă pentru fapte de corupție.

La nivelul unor verificări de ordin administrativ, printr-un control dispus la autoritatea contractantă, s-a constatat că documentul intitulat „Declarație privind eligibilitatea” prezentat de către ofertantul câștigător, și inclus între documentele solicitate de către autoritatea contractantă, nu era asumat prin semnătură de către emitent.

Potrivit cerințelor menționate în fișa de date a achiziției, între documentele care trebuiau depuse, respectiv - analizate și verificate de către comisia de evaluare, în etapa de verificare a îndeplinirii cerințelor de calificare și selecție, se regăsea și acest formular ce urma să fie completat de toți ofertanții. Prin acest înscris, ofertanții declarau că nu au fost condamnați

pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani.

Din perspectiva expertului în achiziții care realizează o verificare asupra modului în care s-a atribuit contractul în cauză, având în vedere existența unui formular completat, dar fără a conține și semnătura reprezentantului legal al ofertantului, întrebările care necesită un răspuns sunt următoarele:

- a) Se poate concluziona că în cauză s-a produs o abatere/neregulă sancționabilă la nivel administrativ sau penal?
- b) În cazul producerii unei nereguli, poate fi cuantificat un prejudiciu?

Textul din OUG nr. 34/2006 incident cauzei:

Art. 180 Autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat despre care are cunoștință că, în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani.

Opinie expert:

Neregula există, întrucât în etapa de evaluare a ofertelor, la analizarea documentelor respectivului ofertant privind situația personală, din punct de vedere al concordanței cu cerințele de calificare și selecție solicitate prin fișa de date a achiziției, comisia de evaluare a considerat că declarația de eligibilitate este un document corespunzător pentru atestarea unei situații de fapt. Or, neasumarea prin semnătură a respectivului înscris obliga comisia să respingă ofertantul din procedura de achiziție.

Pe de altă parte, se poate prezuma că, prin decizia sa de a califica în mod incorect respectivul ofertant în etapa următoare, comisia de evaluare a fost neglijentă în verificarea documentului, neobservând că nu este semnat, ori a urmărit favorizarea respectivului ofertant în mod deliberat, conștientizând că o solicitare de clarificări pe acest aspect și o eventuală acceptare a înlocuirii documentului de calificare ar fi atras atenția asupra faptei culpabile a comisiei.

Prin atribuirea contractului de lucrări unui operator economic care, potrivit textului legal arătat, trebuia exclus din competiție, procedura de atribuire a fost viciată în mod evident, fiind distorsionat rezultatul procedurii. În etapa de evaluare s-a încălcat principiul tratamentului egal.

Prin urmare, la nivelul unei verificări administrative se poate concluziona că fapta autorității contractante constituie contravenție, conform art. 293, lit. l), fiind sancționată conform art. 294, alin. (4) din OUG nr. 34/2006.

În încercarea de a stabili dacă în situația de fapt expusă se poate stabili o răspundere la nivel penal, în condițiile în care calitatea lucrărilor nu poate fi pusă la îndoială, analiza pornește de la premisa că în materie administrativă primează interesul public, în cazul de față - menținerea contractului.

Însă nu putem să nu observăm că executantul lucrărilor a încasat prețul contractului și, ca atare, a înregistrat un profit, deși, dacă se realiza o evaluare corespunzătoare, acesta ar fi trebuit să fie eliminat din competiție încă de la momentul la care s-a realizat verificarea îndeplinirii condițiilor de calificare. Dacă în procedură s-ar fi înscris mai mulți ofertanți, în situația în care executantul menționat era descalificat, atribuirea ar fi putut fi făcută către ofertantul de pe locul secund din clasamentul întocmit.

Ca ipoteză de lucru, în situația în care fondurile alocate pentru respectiva lucrare ar fi provenit dintr-o finanțare din bugetul Uniunii Europene, opțiunea de a da o calificare în sfera ilicitului penal a faptei capătă temei prin raportarea la prevederile art. 181 din Legea nr. 78/2000. Prejudiciul care s-ar reține în acest caz ar fi reprezentat de valoarea integrală a finanțării.

În cazul în care contractul de lucrări ar fi fost plătit integral din fonduri de la bugetul național, organul de urmărire penală poate analiza o eventuală răspundere penală fie în sarcina comisiei de evaluare (neglijență în serviciu sau abuz în serviciu), fie în sarcina ofertantului (participație improprie la abuzul în serviciu). Prima situație poate căpăta contur dacă din investigația penală rezultă probe potrivit cărora comisia a aplicat incorect criteriile de calificare doar pentru ofertantul devenit câștigător și a exclus alți ofertanți pentru motive similare.

Având însă obligația de a cuantifica un prejudiciu cert, practica penală a luat în considerare două variante posibile:

- prejudiciul este reprezentat de întreaga valoare a contractului de lucrări;
- prejudiciul este reprezentat numai de profitul realizat de ofertantul câștigător, având în vedere că în teren acesta a realizat lucrarea de construcții pe care și-a asumat-o, iar o eventuală anulare a contractului nu ar mai putea readuce părțile în situația anterioară.

Opinia practicienilor care au analizat această speță în cadrul grupurilor de lucru organizate în seminarele proiectului „Combaterea fraudei în achiziții

publice” a fost majoritar îndreptată spre reținerea drept prejudiciu a prețului integral al contractului, constructorul fiind ulterior îndreptățit să acționeze în contencios împotriva autorității contractante pentru o îmbogățire fără justă cauză.

Speța 2 – evaluarea ofertelor în conformitate cu prevederile legale și modalitatea de alegere a unei proceduri de achiziții în funcție de valoarea estimată a tuturor lucrărilor necesare punerii în funcțiune a unui obiectiv de investiții

În cadrul procedurii de achiziție pentru lucrări de construcții a unui bazin de înot, au fost depuse 3 oferte:

- Oferta nr. 1: depusă de o asocierie din care face parte și compania X.
- Oferta nr. 2: ofertă individuală a companiei Y, cu subcontractant declarat și având drept terț susținător, compania X.
- Oferta nr. 3: ofertă individuală a companiei Z, cu același subcontractant declarat ca în oferta nr. 2.

În urma procesului de evaluare, Oferta nr. 1 depusă de X a fost desemnată câștigătoare.

La scurt timp după semnarea contractului de lucrări, aceleași companii X i s-a atribuit în mod direct un contract (achiziție directă, în baza prevederilor art. 19 din OUG nr. 34/2006) pentru furnizarea unei centrale termice pentru încălzirea respectivului bazin de înot.

Din perspectiva expertului în achiziții care realizează o verificare asupra modului în care s-a atribuit contractul în cauză, semnele de întrebare care rezultă după analiza privind respectarea/nerespectarea prevederilor legale incidente cauzei sunt următoarele:

- a) dacă modul în care relaționează firmele ofertante cu ocazia depunerii ofertelor (în asocierie, cu terț susținător sau cu subcontractori) este unul permis de legislația incidentă;
- b) dacă era permisă divizarea contractului pentru centrala termică, având în vedere că alimentarea cu energie termică reprezenta o lucrare importantă în vederea punerii în funcțiune a bazinului de înot (deci ar fi trebuit ca furnizarea centralei termice să fie inclusă în proiectul tehnic pentru contractul de lucrări).

Textul din OUG nr. 34/2006 incident cauzei:

Art. 46 – (1) Fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a depune ofertă alternativă conform prevederilor art. 173 sau de

a oferta pe mai multe loturi diferite, candidatul/ofertantul nu are dreptul ca în cadrul aceleiași proceduri:

- a) să depună două sau mai multe candidaturi/oferte individuale și/sau comune, sub sancțiunea excluderii din competiție a tuturor candidaturilor/ofertelor în cauză;
- b) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat;
- c) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca terț susținător în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat.

Opinie expert:

În cadrul procesului de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă avea obligația să excludă oferta depusă de ofertantul X. Motivația acestei excluderi se regăsește în aplicarea disp. art. 46 lit. c) prin care s-a instituit interdicția ca același operator economic să depună în cadrul aceleiași proceduri o ofertă în asociere (ofertă comună) și concomitent să fie nominalizat ca terț susținător pentru un alt ofertant.

Prin menținerea în competiție a ofertei în care a fost ofertant asociat, comisia de evaluare a încălcat prevederile art. 46 din OUG nr. 34/2006, neregularitatea având ca efect încălcarea principiului tratamentului egal, situație în care fapta autorității contractante constituie contravenție, conform art. 293, lit. v), având drept sancțiune prevederile art. 294, alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În plus, prin atribuirea celui de-al doilea contract, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 23 din OUG 34/2006: „autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice.”

Autoritatea contractantă ar fi trebuit să liciteze încă de la început toate lucrările necesare punerii în funcțiune a obiectivului, prin organizarea unei singure proceduri de achiziție.

La nivel administrativ, modul în care s-a încheiat contractul pentru centrala termică îmbracă forma unei contravenții, potrivit art. 293, lit. a), fiind sancționată conform art. 294, alin. (31) din OUG nr. 34/2006.

Investigația penală trebuie să găsească un răspuns la elementele care probează intenția funcționarilor în divizarea contractului. Deși pare uneori ca fiind improbabilă, în cauză nu este exclusă o eroare de proiectare, coroborat cu lipsa unor alternative de punere în funcțiune a obiectivului de către beneficiar.

Astfel, documentele care prezintă relevanță sunt proiectul tehnic, respectiv caietul de sarcini pus la dispoziția ofertanților și implicit modul în care și-a îndeplinit atribuțiile de serviciu compartimentul care a fundamentat, la momentul transpunerii documentare a intenției de achiziționare, necesitatea și oportunitatea achiziției.

În același timp, nu este lipsit de interes și prețul la care a fost achiziționată respectiva centrală termică (factura de aprovizionare), o atenție deosebită prezentând în acest caz factura de intrare la firma care anterior a executat lucrări la bazin.

Speța 3 – achiziție de consultanță

La o procedură de achiziție pentru servicii de consultanță în management de proiect, cu cofinanțare din Fondul European Agricol pentru Dezvoltare Rurală prin Programul Național de Dezvoltare Rurală 2007-2013, au fost depuse două oferte:

- Oferta nr. 1: toți experții cheie propuși au angajament/contract de colaborare și declarație de disponibilitate semnate cu subcontractantul; procent de subcontractare declarat 25%.
- Oferta nr. 2: pentru experții cheie propuși se prezintă doar declarația pe proprie răspundere privind personalul pus la dispoziție pentru îndeplinirea contractului, cu anexă, fără documente care să probeze experiența solicitată.

În etapa de evaluare, autoritatea contractantă decide: oferta nr. 2 este descalificată și oferta nr. 1 este declarată câștigătoare, fără a mai fi solicitate clarificări.

O analiză a conformității procedurii de achiziție publică de consultanță pornește de la premisa că între cele mai importante cerințe de calificare

se regăesc cele referitoare la personalul de specialitate necesar prestării serviciilor, respectiv:

- studiile probate prin diplome și certificate de absolvire;
- pregătirea profesională;
- calificarea persoanelor responsabile cu îndeplinirea contractului.

Textul din H.G nr. 925/2006 incident cauzei:

Art. 11 – (4) Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe – inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea.

Art. 11 – (5) În cazul în care uzează de dreptul prevăzut la alin. (4), ofertantul are obligația de a prezenta/completa certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, atunci când primește din partea autorității contractante o solicitare în acest sens, în termenul prevăzut în respectiva solicitare. Acest termen nu poate fi mai mic de 3 zile lucrătoare.

Opinie expert:

Comisia de evaluare a procedat greșit în modul de evaluare a ofertelor, deoarece avea obligația verificării modului de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție de către fiecare ofertant în parte. Atunci când anumite aspecte ale ofertei sunt neclare, comisia are dreptul să solicite clarificări privind documentele prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție.

În cazul ofertantului nr. 1, comisia de evaluare nu a sesizat informațiile contradictorii cu privire la capacitatea tehnico-profesională expuse documentar de acesta. O abordare corectă implica din partea comisiei solicitarea unor clarificări înainte de a lua decizia excluderii ofertei, privind personalul de care ofertantul dispune, având în vedere că acesta a declarat un procent de subcontractare de 25%, iar din documentele depuse rezulta un procent de subcontractare de 100%, subcontractarea în totalitate nefiind permisă de lege (HG nr. 224/2008), iar declarațiile privind eligibilitatea sub acest aspect erau confuze. Consecința dată de aplicarea corectă a legii era excluderea ofertantului din procedură.

Referitor la modul de evaluare a Ofertei 2, pentru care se uzase de dreptul conferit de art. 11 alin. (4), din HG 925/2006, autoritatea contractantă trebuia să îi solicite ofertantului să depună documentele de calificare menționate în anexă și ulterior să le analizeze, în conformitate cu alin. (5) al aceluiași articol de lege.

Prin menținerea în competiție în mod nejustificat a primei oferte și respingerea celei de a doua oferte, fără solicitarea de clarificări ambilor ofertanți, autoritatea contractantă a aplicat incorect, în cadrul procesului de evaluare, criteriile stabilite prin documentația de atribuire. Totodată, a încălcat principiul tratamentului egal pentru participanții la procedură.

La nivel administrativ, fapta autorității contractante constituie contravenție, conform art. 293 lit. l) și v). Sancțiunea este cea prevăzută de art. 294 alin. (4) și respectiv alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Speța 4 – modul în care poate fi probată experiența similară

La procedura de achiziție a unui contract de proiectare și execuție lucrări, s-a solicitat îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin:

- servicii duse la bun sfârșit – unul sau mai multe contracte de proiectare similare cu obiectul procedurii, cu valoare cumulată de minim X, și
- lucrări executate – prezentarea a maximum trei contracte de lucrări finalizate, de complexitate similară, cu valoare cumulată de minimum Y.

În 20 noiembrie 2012 au fost depuse două oferte:

- Oferta nr. 1: două contracte de proiectare similare cu obiectul contractului, în derulare, valoare > X, și două contracte de lucrări finalizate, valoare > Y (I→iulie 2005 – august 2007, II→martie 2008 – iunie 2010);
- Oferta nr. 2: un contract de proiectare, inclusiv servicii de asistență tehnică urmărire execuție lucrări, valoare > X, încheiat în aug. 2009, derulat până în aug. 2012, și un contract lucrări recepționate parțial, valoare > Y, încheiat în martie 2012, în derulare.

Verificarea administrativă a procedurii de atribuire include analiza modului de îndeplinire a cerinței privind capacitatea tehnico-profesională, respectiv experiența similară a ofertantului privind prestarea/execuția unor servicii/lucrări.

Textul actului normativ incident cauzei:

Ordinul 509/2011, al președintelui ANRMAP

Art. 12 Solicitarea unei cerințe minime de calificare și selecție referitoare la prezentarea unui contract similar de furnizare/prestare/execuție, semnat/încheiat și/sau început în ultimii 3, respectiv 5 ani, devine restrictivă din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să fi semnat/încheiat și/sau să fi început un astfel de contract în urmă cu mai mult de 3 sau 5 ani, dar să poată prezenta experiența similară realizată în perioada solicitată.

(1) Prin formula „servicii duse la bun sfârșit“ se înțelege:

- servicii recepționate parțial;
- servicii recepționate la sfârșitul prestării (sfârșitul prestării nu presupune expirarea perioadei de garanție).

(2) În condițiile în care autoritatea contractantă utilizează în mod exclusiv formula „servicii duse la bun sfârșit“, aceasta are obligația de a accepta și de a considera cerința îndeplinită, dacă operatorul economic prezintă ca experiență similară oricare variantă din cele de la alin. (1).

Art. 14 – (1): Prin formulele „lucrări executate și duse la bun sfârșit“ și „contract de lucrări finalizat“ se înțelege:

- lucrări recepționate parțial care sunt însoțite de proces verbal de recepție parțială; sau
- lucrări recepționate însoțite de proces verbal la terminarea lucrărilor; sau
- lucrări recepționate însoțite de proces verbal de recepție finală.

Opinie expert:

Analiza conformității unei proceduri de achiziție pentru proiectare și execuție, având în vedere datele expuse în speța supusă analizei, pornește de la premisa că experiența similară pentru servicii se analizează luând în calcul cerința din documentația de atribuire, respectiv, depunerea a unuia sau a mai multor contracte, având în vedere perioada de timp 20 noiembrie 2009 – 20 noiembrie 2012 (ultimii trei ani).

Cum *Ofertantul 1* a depus două contracte de proiectare aflate în derulare la momentul deschiderii ofertelor, pentru verificarea finalității acestora, comisia de evaluare ar fi trebuit să solicite clarificări pentru a stabili dacă sunt îndeplinite condițiile art. 13 din Ordinul 509/2011, în perioada specificată.

Astfel cum rezultă din expunerea cazului, *Ofertantul 2* a depus un contract cu alt obiect și tip de servicii decât proiectare, astfel încât comisia de evaluare trebuia să solicite clarificări și să se asigure că valoarea solicitată (mai mare decât limita fixată X) este recepționată în perioada noiembrie 2009 – noiembrie 2012. Comisia putea reține ca fiind doveditoare pentru justificarea experienței cerute numai serviciile de proiectare similare.

Cu privire la determinarea modului în care era îndeplinită cerința privind lucrările, comisia era obligată la analizarea documentelor care probau recepția acestora în perioada 20 noiembrie 2007 – 20 noiembrie 2012 (ultimii 5 ani).

Ofertantul 1 a depus două contracte de lucrări, din care primul nu putea fi luat în considerare, având în vedere că s-a derulat în afara perioadei de analiză. Comisia de evaluare ar fi trebuit să se asigure că valoarea solicitată Y este îndeplinită prin verificarea recepțiilor lucrărilor executate, cuprinse în al doilea contract.

Ofertantul 2 a depus un singur contract, cu o perioadă de execuție scurtă, astfel încât comisia de evaluare trebuia să analizeze recepționarea lucrărilor în perioada martie–noiembrie. Prin solicitarea unor clarificări suplimentare puteau fi determinate sumele contractelor plătite anterior, din care să rezulte că valoarea recepționată depășește limita valorică minimă Y.

Speța 5 – luarea în considerare de resurse netransferabile

La procedura de achiziție pentru atribuirea unui contract de concesiune pentru gestionarea unui depozit de deșeuri, autoritatea contractantă a solicitat licență de la Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice (ANRSC), conform prevederilor HG nr. 745/2007, pentru fiecare dintre cele patru activități care reprezentau obiectul contractului.

La o verificare administrativă a procedurii de concesionare s-a constatat că, potrivit înscrisurilor din oferta câștigătorului, licența era deținută de către terțul susținător pentru trei din cele patru activități.

Textul actului normativ incident cauzei:

Ordinul nr. 509/2011, al președintelui ANRMAP

Art. 7

(1) În cazul în care se impune, la criteriul de calificare, „capacitatea de exercitare a activității profesionale“, autorizarea Autorității

Feroviare Române (AFER), a Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE), a Inspecției de Stat pentru Controlul Cazanelor, Recipientelor sub Presiune și Instalațiilor de Ridicat (ISCIR) etc. pentru entități juridice, în cazul unui grup de operatori economici care depun ofertă comună, cerința este considerată îndeplinită dacă unul dintre asociați – respectiv subcontractantul, dacă este cazul – deține autorizarea solicitată și numai cu condiția ca acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă.

(2) Terțul nu poate susține, prin prezentarea unei astfel de autorizații, un operator economic ofertant, din considerentul că acest gen de autorizare se poate utiliza numai în nume propriu, nefiind o resursă transferabilă.

Opinie expert:

Comisia de evaluare a calificat în următoarea etapă, în mod eronat, ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare, deoarece licența ANRSC solicitată a fost deținută de către terțul susținător. Potrivit textului normativ invocat (Ordinul nr. 509/2011), această resursă nu trebuia luată în considerare, nefiind transferabilă către ofertant.

În conformitate cu prevederile Ordinului nr. 509/2011, oferta trebuia respinsă de către comisia de evaluare, întrucât nu era îndeplinită de către ofertant o cerință minimă de calificare.

S-ar putea concluziona că în cauză a fost încălcat principiul tratamentului egal între participanții la procedură, iar fapta autorității contractante constituie contravenție, conform art. 293 lit. l) și v). Sancțiunea este cea prevăzută de art. 294 alin. (4) și respectiv alin. (2).

În interpretarea prevederilor normative care fac referire la criteriile de calificare și selecție ce pot fi utilizate de autorităților contractante, unii dintre participanții la seminarele proiectului „Combaterea fraudei în achiziții publice” au semnalat o posibilă contradicție între art. 176 și 190, în special alin. (2) din OUG nr. 34/2006 pe de-o parte, și, pe de altă parte, art. 7 din Ordinul nr. 509/2011 cu privire la resursele netransferabile.

Astfel, au susținut aceștia, din coroborarea prevederilor art. 176, 187 și art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 s-ar putea considera că actul normativ terțiar (respectiv art. 7 din Ordinul nr. 509/2011 al președintelui ANRMAP) aduce o interpretare care adaugă la lege privitor la acceptarea sau nu a unei resurse din partea terțului susținător.

Pe de altă parte, articolele sus-menționate se referă la solicitări de autorizații pentru personalul implicat ca cerințe de calificare ce țin de demonstrarea capacității tehnice a ofertantului. Or, licențele sau autorizațiile solicitate de către o autoritate contractantă (în cazul nostru, Certificatul ANRSC) sunt cerințe de calificare și selecție referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale (art. 183 din OUG nr. 34/2006). În speța expusă, din interpretarea pe care Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 o dă OUG nr. 34/2006, rezultă că nu sunt resurse transferabile și nu pot fi acceptate de la terțul susținător.

Speța 6 – cerințe restrictive în documentația de atribuire

La procedura de achiziție a unui contract de execuție lucrări de drum cu rețele de utilități (apă, canalizare, gaze și iluminat public), autoritatea contractantă a solicitat:

- codul CAEN principal al ofertantului să fie „lucrări de construcții drumuri“;
- autorizație ANRE tip B, conform Ordinului nr. 24/2007,
- autorizație ANRE, conform Ordinului nr. 89/2009.

La procedură a fost depusă o singură ofertă, iar aceasta a îndeplinit cele trei cerințe. Autorizațiile ANRE aparțineau subcontractanților desemnați să execute lucrările respective.

Oferta a fost admisă și desemnată câștigătoare.

Textul actului normativ incident cauzei:

Anexa 1 a Ordinului nr. 509/2011 emis de președintele ANRMAP: este considerată formulare restrictivă solicitarea autorității contractante ca obiectul contractului să se regăsească în codul CAEN principal din certificatul constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului.

Opinie expert:

Autoritatea contractantă a utilizat pentru selecție un criteriu de calificare neprevăzut în OUG 34/2006 – solicitarea unui cod CAEN principal în certificatul constatator.

În verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare și selecție s-a procedat corect când s-au luat în considerare autorizațiile ANRE deținute de către subcontractanții desemnați să execute lucrările respective, întrucât s-a făcut aplicarea art. 7 alin. (1) din Ordinul 509/2011.

Pe de altă parte, se poate reține în sarcina autorității contractante o abatere de la normă, sancționabilă contravențional potrivit art. 293 lit. h) și i) raportat la art. 294 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, având în vedere faptul că în documentația de atribuire s-a inclus o formulare restrictivă constând în solicitarea unui cod CAEN principal.

2.5. Măsuri de prevenire a fraudei prin mijloace administrative

2.5.1. Verificarea efectuată de UCVAP

În vederea adoptării unor măsuri urgente pentru stabilirea unui sistem de control ex-ante în domeniul achizițiilor publice, în contextul angajamentelor asumate de România în cadrul capitolului 21 „Politica regională și coordonarea instrumentelor structurale“ și al recomandărilor Comisiei Europene, Ministerul Finanțelor Publice a fost desemnat ca organ de specialitate al administrației publice centrale responsabil pentru îndeplinirea funcției de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor care intră sub incidența OUG nr. 34/2006.

Activitatea de verificare a procedurilor de achiziție publică este exercitată de Ministerul Finanțelor Publice printr-o structură de specialitate, fără personalitate juridică, respectiv Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice (UCVAP). La nivel teritorial funcționează compartimente de verificare a achizițiilor publice (CVAP), care sunt coordonate direct de UCVAP. Funcționarii publici din cadrul acestor structuri au calitatea de observatori în procedurile de achiziție publică la care participă.

Etapele procesului de achiziție publică supuse verificării procedurale de către Ministerul Finanțelor Publice prin UCVAP sunt cele derulate după publicarea anunțului/invitației de participare și până la semnarea contractului, care în funcție de tipul procedurii de atribuire sunt:

- a) etapa de după publicarea anunțului/invitației de participare, respectiv de după transmiterea invitației de participare la negociere, și până la ședința de deschidere a ofertelor/candidaturilor, respectiv până la începerea negocierii;
- b) ședința de deschidere a ofertelor/candidaturilor, după caz;
- c) derularea evaluării ofertelor /selecției candidaturilor /negocierii ofertelor;

d) stabilirea ofertei câștigătoare și întocmirea Raportului procedurii de atribuire.

Trebuie precizat că verificarea procesului de atribuire a contractelor se face în mod selectiv, pe baza unor criterii de selecție stabilite printr-o metodologie prevăzută la nivelul legislației secundare, prin normele de aplicare a OUG nr. 30/2006. Prin excepție, UCVAP efectuează în mod obligatoriu verificarea procesului de atribuire a contractelor finanțate din instrumente structurale și pentru toate procedurile de negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru care a fost înștiințat de către autoritatea contractantă.

Obiectivul acestor verificări este asigurarea conformității cu legislația din domeniul achizițiilor publice a procedurilor și a documentelor întocmite în timpul derulării acestora în vederea atribuirii contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

În situația excepțională de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, reglementată prin art. 122 lit. i) și art. 252 lit. j) din OUG nr. 34/2006, în vederea verificării etapelor procesului de achiziție expuse mai sus se au în vedere și motivațiile prevăzute în nota justificativă privind alegerea procedurii.

Asigurarea conformității cu legislația din domeniul achizițiilor publice a procedurilor de atribuire presupune:

- a) respectarea etapelor ce trebuie parcurse de autoritatea contractantă/entitatea juridică în funcție de tipul procedurii de atribuire (licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv, negociere cu/fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, cerere de oferte, concurs de soluții), după publicarea anunțului/invitației de participare/transmiterea invitației de participare și până la semnarea contractului;
- b) exercitarea de către Comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute de legislația specifică;
- c) aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)–e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Conform normelor de aplicare a OUG nr. 30/2006, asigurarea conformității documentelor întocmite de Comisia de evaluare în timpul derulării procedurii de atribuire presupune:

- a) completarea și verificarea tuturor informațiilor prevăzute a fi cuprinse în documentele întocmite pe parcursul derulării procedurii de atribuire;
- b) prezentarea modului de desfășurare a deschiderii/evaluării/negocierii ofertelor și a modului de aplicare a criteriului de atribuire ofertelor admisibile;
- c) evidențierea îndeplinirii obligației Comisiei de evaluare de a analiza și a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către fiecare ofertant, de a analiza și a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, prin menționarea succintă, dar precisă a modului concret de îndeplinire a cerințelor, așa cum au fost solicitate prin anunțul de participare și prin documentația de atribuire.

Finalitatea verificărilor efectuate de UCVAP se regăsește în raportul de activitate pentru fiecare procedură de atribuire verificată, document care se elaborează în termen de trei zile lucrătoare de la finalizarea activității de verificare. Aceste rapoarte de activitate se transmit ANRMAP în termen de maximum trei zile de la data întocmirii acestora.

Trebuie remarcat că observatorii UCVAP menționează în cuprinsul documentelor întocmite de către autoritatea contractantă în cadrul procesului de evaluare observațiile asupra derulării procedurii de atribuire privitoare la respectarea prevederilor legale din domeniu; dar autorității contractante îi revine responsabilitatea pentru deciziile adoptate pe parcursul procesului de atribuire. Astfel, comisia de evaluare desemnată de autoritatea contractantă/entitatea juridică pentru evaluarea și atribuirea contractului de achiziție publică, pe baza recomandărilor de remediere a neconformităților înscrise de observatorii UCVAP în documentele întocmite pe parcursul derulării procedurii de atribuire, poate să remedieze sau nu neconformitățile respective.

Având în vedere faptul că, înainte de a fi semnat raportul procedurii de atribuire de către conducătorul autorității contractante, acesta este transmis prin adresă de înaintare UCVAP, în situația în care opinia UCVAP/CVAP este „cu observații“ cuprinzând descrierea neconformităților constatate, reprezentantul autorității contractante are la dispoziție următoarele măsuri:

- a) să dispună reluarea procesului de evaluare de către comisia de evaluare în vederea remedierii neconformităților respective;
- b) să aprobe raportul procedurii de atribuire.

Trebuie menționat și faptul că UCVAP are acces la declarația pe propria răspundere a reprezentantului legal al autorității contractante, în care

sunt menționate datele de identificare ale persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității, declarație care se încarcă în SEAP odată cu documentația de atribuire.

2.5.2. Verificările efectuate de ANRMAP în etapa ex-ante și ex-post

În contextul respectării angajamentelor asumate de România în procesul de aderare la Uniunea Europeană, prin OUG nr. 74/2005, aprobată cu modificări prin Legea nr. 111/2006, s-a înființat Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP).

Această entitate este o instituție publică, în subordinea Guvernului și coordonarea directă a primului ministru, iar prin actul de înființare i s-au stabilit, între altele, sarcini în monitorizarea, analiza, evaluarea și supravegherea modului de atribuire a contractelor de achiziție publică.

ANRMAP efectuează un control ex-ante al anunșurilor de intenție/participare și al invitațiilor de participare, astfel cum am precizat în dezvoltarea etapei de întocmire și validare a documentației de atribuire.

La nivelul evoluției legislației în domeniu, prin HG nr. 801/2011 pentru modificarea și completarea HG nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, entitatea cu rol de monitorizare a primit noi funcții legate de conformitatea cu legislația aplicabilă din domeniul achizițiilor publice a documentației de atribuire aferente contractelor de achiziție publică care intră sub incidența prevederilor OUG nr. 34/2006. Aspectele tehnice ale caietului de sarcini nu sunt avute în vedere la evaluare, astfel că tentația achizitorilor interesați în obținerea unui anumit produs sau selectarea unui anumit executant s-a îndreptat spre specificațiile din cadrul acestuia.

Elementele verificate în etapa ex-ante se referă la includerea achiziției în programul anual al achizițiilor publice, respectarea regulilor de publicitate, alegerea procedurii, criteriile de calificare și selecție, criteriile de atribuire/factori de evaluare și evitarea conflictului de interese.

Ulterior, în etapa ex-post, ANRMAP are atribuții în verificarea modului în care s-a realizat evaluarea ofertelor, comunicarea rezultatului procedurii, încheierea contractului și a actelor adiționale la contractul de achiziție, anunșul de atribuire, alte elemente privind achizițiile publice verificate

(verificări realizate de UCVAP, ANRMAP, decizii CNSC, sentințe civile ale instanțelor de judecată).

Prin Ordinul președintelui ANRMAP nr. 107/2009 a fost aprobat Regulamentul privind supravegherea modului de atribuire a contractelor de achiziție publică, modificat ulterior prin Ordinul nr. 122/2009. Prin acest act normativ s-a stabilit că procedura de supraveghere exercitată de instituția publică prin agenții constatatori se finalizează prin întocmirea raportului de control, parte a dosarului de supraveghere.

Potrivit Regulamentului, raportul de control se întocmește în termen de 30 zile de la data expirării perioadei în care se exercită supravegherea, iar în cuprinsul acestuia este obligatorie indicarea documentelor puse la dispoziția echipei de control, împreună cu elementele de identificare ale acestora, inclusiv mențiuni cu privire la întocmirea unui/unor proces-verbal/procese-verbale de constatare și de sancționare a contravențiilor. Raportul este însoțit de orice acte, documente și note explicative, necesare susținerii constatărilor.

Acest raport, împreună cu documentele prevăzute la art. 12 din Regulament, formează dosarul de supraveghere, dosar care poate fi pus doar la dispoziția instanțelor judecătorești și a celorlalte organe judiciare competente.

Trebuie menționat că activitatea de supraveghere este exercitată numai pentru acele proceduri de achiziție publică care sunt finalizate prin încheierea unui contract de achiziție publică, de concesiune de lucrări publice sau de concesiune de servicii.

În situația în care procedura de achiziție publică a fost anulată ca urmare a deciziei autorității contractante, obiectul supravegherii îl va constitui doar verificarea legalității acestei decizii.

Acțiunea de supraveghere exercitată de ANRMAP implică un control al procedurilor de atribuire aplicate de către autoritățile contractante, inclusiv al procedurilor de achiziție publică impuse operatorilor economici de către autoritățile de management pentru derularea proiectelor finanțate din fondurile structurale acordate României de către Uniunea Europeană.

Agenții constatatori numiți de ANRMAP au ca sarcină identificarea eventualelor fapte prin care se încalcă sau se eludează prevederile legale în domeniu și aplicarea sancțiunilor pentru acele abateri care constituie contravenție.

În situația în care sunt aplicabile amenzi contravenționale, trebuie avută în vedere completarea dispozițiilor Ordinului nr. 107/2009 cu prevederile Ordonanței Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, și ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, astfel că sancțiunea este posibilă numai în situația în care agenții constataatori vor întocmi un proces verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

Reținem că între activitățile conferite de norma legală ANRMAP se regăsesc toate cele trei paliere care permit luarea unor măsuri corective sau preventive, astfel cum sunt prevăzute la art. 3 din regulamentul din anexa Ordinului președintelui ANRMAP nr. 107/2009:

- a) constatarea faptelor prin care se încalcă sau se eludează prevederile legale în domeniul achizițiilor publice;
- b) sancționarea faptelor prevăzute la lit. a), în măsura în care acestea constituie contravenții;
- c) utilizarea măsurilor prin care se pot preveni, stopa sau remedia efectele produse de încălcarea ori eludarea prevederilor legale în organizarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, altele decât aplicarea de sancțiuni.

Principalele încălcări/neconformități în raport cu prevederile legale în materia achizițiilor publice identificate de agenții constataatori ANRMAP în activitatea de supraveghere sunt următoarele:

- încălcarea regulilor de publicitate cu privire la transmiterea spre publicare cu întârziere a anunțurilor de atribuire;
- încălcarea principiilor achizițiilor prin:
- impunerea de cerințe de calificare restrictive și/sau solicitarea de cerințe de calificare pentru subcontractanți;
- netransmiterea spre publicare a deciziei de anulare a procedurii de atribuire;
- nerespectarea termenelor prevăzute pentru transmiterea răspunsurilor la solicitările de clarificări;
- aplicarea procedurii de negociere, fără îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege;
- aplicarea incorectă în cadrul procesului de evaluare a criteriilor stabilite prin documentația de atribuire;
- încheierea unor contracte a căror valoare depășea pragul stabilit de ordonanță prin cumpărare directă;
- documente lipsă de la dosarul achiziției publice;
- comunicări incomplete privind rezultatul procedurii de atribuire.

Odată cu adoptarea OUG nr. 35/2013, partea introductivă a art. 293 din OUG nr. 34/2006 s-a modificat în ceea ce privește expunerea faptelor care constituie contravenții prin adăugarea sintagmei: „(...) dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni”.

Introducerea acestei completări ridică în practică o serie de interpretări în ce privește aplicarea sau nu a unei amenzi contravenționale pentru neregularitățile constatate de agenții ANRMAP, având în vedere faptul că unele dintre acestea pot îmbrăca un caracter penal. În context, se pune în discuție și o eventuală imposibilitate/îngrădire de sancționare la nivel penal pentru fapta respectivă, având în vedere faptul că a fost aplicată deja o sancțiune la nivel administrativ. Pe de altă parte, este destul de previzibilă o derobare din partea agenților constatori numiți de președintele ANRMAP de a sesiza organele de cercetare penală, având ca justificare faptul că au aplicat o contravenție, iar pregătirea în domeniul juridic nu le permite o apreciere riguroasă în a stabili dacă o anumită încălcare a legii a fost produsă de o asemenea manieră încât să constituie infracțiune.

Stabilirea unui set de indicatori de fraudă pe care trebuie să-i urmărească un agent constator reprezintă un instrument util în activitatea funcționarilor ANRMAP, însă pentru persoanele care nu au pregătire juridică teama în legătură cu eventuale repercusiuni împiedică găsirea unor motivații pentru a propune, ca măsură de remediere, sesizarea penală.

În exercitarea funcției de supraveghere, ANRMAP poate încheia și protocoale de colaborare/acorduri cu instituțiile care au anumite competențe în supravegherea achizițiilor publice, gestionării fondurilor comunitare/nerambursabile, concurenței și a controlului, astfel că pot fi create canale de comunicare pentru o mai bună gestionare a informației și încadrării corecte a faptelor.

De menționat este și faptul că, într-o opinie majoritară, juriștii prezenți la dezbaterile organizate în cadrul proiectului „Combaterea fraudei în achizițiile publice” au apreciat că aplicarea unei sancțiuni contravenționale nu este de natură să împiedice cercetarea penală.

S-a avut în vedere în fundamentarea acestei concluzii inclusiv faptul că amenda este aplicată persoanei juridice, iar o eventuală investigație în sfera penală are în centru persoana fizică care a comis o faptă, astfel că nu există unitate de părți care să împiedice continuarea cercetărilor sub aspectul comiterii unor infracțiuni.

2.6. Natura juridică a raportului de control întocmit de ANRMAP

Exercitarea funcției de supraveghere a ANRMAP se efectuează în etapa ex-post (după deschiderea ofertelor depuse de participanții la o procedură de achiziție) de către agenții constataatori care au obligația să constate faptele prin care se încalcă sau se eludează prevederile legale în domeniul achizițiilor publice și să aplice, dacă este cazul, sancțiunile corespunzătoare.

Procedura de supraveghere se efectuează respectând următoarele etape:

- a) întocmirea unei note interne de informare;
- b) transmiterea către autoritatea contractantă/operatorul economic a comunicării privind începerea procedurii de supraveghere;
- c) efectuarea controlului procedurilor de atribuire aplicate de autoritățile contractante/operatorii economici;
- d) încheierea procesului-verbal de constatare și sancționare a contravențiilor și/sau luarea măsurilor de prevenire, stopare ori remediere a efectelor, dacă este cazul;
- e) întocmirea raportului de control;
- f) transmiterea către autoritatea contractantă/operatorul economic a comunicării privind încetarea procedurii de supraveghere.

În cazul în care se constată că s-au săvârșit unele dintre contravențiile prevăzute de OUG nr. 34/2006, agenții constataatori vor întocmi un proces verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

În dezbaterile generate de expunerea unor spețe legate de problemele cu care se confruntă ANRMAP, un element de interes l-a reprezentat **natura juridică a raportului de control** întocmit în procedura de supraveghere. Acest raport a fost analizat din perspectiva efectelor pe care le creează și a modului în care se exercită controlul de legalitate în contenciosul administrativ.

Caz ilustrativ. Ca urmare a acțiunii în justiție inițiate de autoritățile contractante care au contestat raportul de control întocmit de ANRMAP, Autoritatea a invocat că raportul de control nu este act administrativ deoarece prin acesta nu se dă naștere, nu se modifică și nu se stinge un raport juridic. Acest înscris, în opinia instituției de reglementare, cuprinde constatări cu privire la respectarea ori nerespectarea legislației privind achizițiile publice, în acest din urmă caz, relevate prin procesul verbal de constatare a contravenției.

În alte cuvinte, contestația depusă la instanța de contencios poate avea ca obiect viciile de formă sau conținut ale procesului verbal de constatare a contravenției, acesta fiind văzut ca singurul act care are caracterul de act administrativ și, ca atare, pasibil de contestare conform procedurii date de legea specială reprezentată de Ordonanța nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor.

Prin Decizia nr. 5192/2011, Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat că, pentru a fi considerat act administrativ, condițiile prevăzute de lege trebuie îndeplinite cumulativ, respectiv să fie vorba de un act unilateral emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, în scopul de a da naștere, a modifica sau a stinge drepturi și obligații.

Instanța a avut în vedere că nu toate actele unilaterale emise de autoritățile publice sunt acte administrative, ci numai cele care sunt emise în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării acesteia.

În speța judecată în primă instanță de Curtea de Apel Timișoara, ANRMAP invocase excepția inadmisibilității acțiunii, susținând că raportul de control nu este un act administrativ.

Prin Sentința civilă nr. 541 din 8 decembrie 2010 a Curții de Apel Timișoara, secția contencios administrativ și fiscal, a fost respinsă ca inadmisibilă cererea reclamantului - Municipiul Timișoara, reclamantul fiind obligat la plata cheltuielilor de judecată.

În recurs, ÎCCJ a considerat că problema care se impune a fi dezlegată prioritar este aceea dacă acest raport de control este un act administrativ în sensul art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Astfel, instanța supremă a apreciat că raportul de control, chiar dacă este emis de o autoritate publică, nu este un act administrativ, deoarece prin concluziile sale s-au prezentat niște constatări, iar în cadrul acestora s-a menționat și faptul că pentru unele dintre faptele considerate contravenții a fost încheiat încă din luna martie 2010 un proces verbal de contravenție care a fost contestat, iar prin Sentința civilă nr. 8592 din 17 mai 2010 a Judecătoriei Timișoara, în primă instanță, chiar s-a dispus anularea acestui proces verbal de contravenție.

Apreciind că soluția instanței de fond este legală și temeinică, în baza art. 312 C. proc. civ. raportat la art. 20 din Legea nr. 554/2004, ÎCCJ a respins recursul ca nefondat.

În opinia noastră, soluția dată de ÎCCJ acestei problematici trebuie văzută și prin prisma altor acte de control care se transpun în rapoarte de constatare.

Avem ca exemplu raportul de inspecție fiscală sau raportul prin care sunt propuse sancțiuni disciplinare în materia dreptului muncii. Dacă în primul caz raportul de inspecție fiscală poate fi supus unui control de legalitate în contencios administrativ, pentru actul în care sunt indicate încălcările disciplinei muncii (și prin care se poate propune o sancțiune ce poate ajunge până la desfacerea contractului individual de muncă), nu se poate vorbi de măsuri tehnico-administrative ce pot fi contestate în procedura contencioasă.

Concluzionând, operatorul economic sau autoritățile contractante nemulțumite de concluziile unor verificări întreprinse de ANRMAP în procedura de supraveghere pot contesta la instanța de contencios doar procesul verbal de constatare a contravenției.

Raportul de control are însă elemente care pot interesa organele de cercetare sau de urmărire penală. Acesta poate fi solicitat ANRMAP (dacă procedura a fost verificată de autoritatea de monitorizare), întrucât după încheierea contractului putem vorbi de consumarea unei fapte contravenționale ale cărei condiții de îndeplinire (încălcare ale legislației specifice constatate de echipa de control) pot constitui elementul material al unei infracțiuni de abuz în serviciu

3. **Contestațiile în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor**

În materia achizițiilor publice s-a stabilit un mecanism procedural administrativ special pentru soluționarea litigiilor. Regulile impuse autorităților contractante, precum și procedura soluționării litigiilor în domeniul achizițiilor publice sunt prevăzute de OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, respectiv de actele normative emise în aplicarea acestora, în special HG nr. 925/2006.⁷⁶ Sediul principal al materiei se regăsește la art. 255 și următoarele din OUG nr. 34/2006.

Conform **Raportului tehnic**, anexă a **Raportului de progres al României în cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare** dat publicității în ianuarie 2015, „pe partea de remedii, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a acționat ca un filtru eficient în prevenirea unui număr substanțial de nereguli în procedurile de achiziții publice organizate la nivel național, cât și în cel al proiectelor finanțate din fonduri europene”.

3.1. Sediul materiei. Competența alternativă

Organismul care, în conformitate cu OUG nr. 34/2006, soluționează în primă instanță litigiile în domeniul achizițiilor publice este Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC).

Inițial, existența unei jurisdicții speciale administrative, separat de sistemul judiciar clasic, a dat naștere unei controverse practice, în sensul că s-a pus problema dacă părțile interesate, în vederea soluționării litigiilor izvorâte din cadrul procedurilor de atribuire, sunt obligate să se adreseze CNSC sau se pot adresa, în mod direct, instanței de judecată. Problema a fost soluționată definitiv de către Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 284/2012 din 27 martie 2012.

Prin această decizie, Curtea Constituțională a stabilit faptul că procedura jurisdicțională prevăzută de OUG nr. 34/2006 nu restricționează dreptul

⁷⁶ HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

persoanelor care se consideră vătămate de a alege calea de atac în justiție, drept pe care îl prescrie art. 21 alin. (4) din Constituție: „jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite”. Aceasta întrucât, în cuprinsul art. 255 alin. (1) din OUG 34/2006,⁷⁷ legiuitorul nu a stabilit obligația persoanelor de a urma numai calea administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor. Existența acestei căi nu împiedică partea interesată să apeleze direct la calea de atac judiciară, la instanțele de judecată, în măsura în care apreciază că aceasta îi servește mai bine interesele.

Cu alte cuvinte, persoana vătămată are posibilitatea de a opta între contestarea actului administrativ pe calea administrativ-jurisdicțională în fața CNSC și formularea unei acțiuni direct în fața instanței judecătorești, în temeiul dreptului comun în materia contenciosului administrativ.

3.2. Procedura contestațiilor în fața CNSC

Spre deosebire de alte domenii, în materia achizițiilor publice s-a stabilit un mecanism procedural special pentru soluționarea litigiilor. Litigiile în materia achizițiilor publice ce țin de faza procedurii propriu-zise de achiziție publică se soluționează în primă instanță de CNSC, iar soluția CNSC poate fi atacată la instanța de judecată. Așa cum am arătat mai sus, persoana vătămată are și posibilitatea de a se adresa direct instanței de judecată.

3.2.1. Cine poate contesta la CNSC?

Persoana care se consideră vătămată într-un drept sau interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, are dreptul de a depune contestație la CNSC.

OUG nr. 34/2006:

„Art. 255 - (1) 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

⁷⁷ OUG nr. 34/2006, art. 255 - (1): 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.

cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.”

În mod practic, este vorba de participării (în sens larg) la procedura de achiziție publică.

Contestațiile pot privi documentația de atribuire, actele din timpul desfășurării procedurii de achiziție publică sau rezultatul final al acesteia.

Orice persoană poate contesta prevederile documentației de atribuire, în condițiile în care apreciază că este „vătămat” de acestea.

Caz ilustrativ - Un operator economic contestă anumite criterii de calificare și selecție, dar nu are înscris în obiectul de activitate codul CAEN corespunzător operațiunilor necesare pentru realizarea contractului de achiziție publică. Are sau nu interes operatorul economic respectiv?

Cu alte cuvinte, în speța menționată, dacă operatorul economic ar câștiga procedura de achiziție publică, nu ar putea să desfășoare în mod legal activitatea necesară pentru îndeplinirea contractului. Pe de altă parte, operatorul economic și-ar putea modifica obiectul de activitate în cazul în care ar câștiga procedura. Prin urmare, în cazul inexistenței obiectului de activitate s-ar putea aprecia că există interes și vătămare.

Cu toate acestea, există însă situații în care operatorul economic nu poate arăta nici un fel de interes sau vătămare: de exemplu, într-o speță similară cu cea de mai sus, operatorul economic ar avea nevoie de o anumită certificare sau autorizare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică. În cazul în care o astfel de certificare sau autorizare nu se poate obține până la momentul prevăzut în documentația de atribuire pentru începerea executării, se poate spune că operatorul economic nu poate demonstra nici interes de a contesta și nici existența unei vătămări.

Pe măsură ce procedura de achiziție publică înaintează, numărul persoanelor care pot justifica un interes și o vătămare se reduce (de exemplu, doar persoanele care au depus oferte au un interes în a contesta procesul verbal de evaluare a ofertelor).

Caz ilustrativ - Într-o procedură de licitație publică pe baza criteriului prețului celui mai scăzut, 21 de ofertanți au depus oferte. Din cele 21 de oferte, doar nouă oferte au fost declarate admisibile (acceptabile și conforme). Unul dintre ofertanții a cărui ofertă a fost declarată inadmisibilă depune contestație cu privire la inadmisibilitatea respectivă. Oferta sa de preț are o valoare situată între valorile ultimelor două oferte dintre cele admise și, prin urmare, dacă ar fi declarată admisibilă, oferta sa s-ar situa pe locul 8 din 10. Are sau nu interes?

În cazul în care celelalte oferte (declarate admisibile pe locurile 1-8) nu au fost contestate în termenul legal, fie de către ofertantul contestator, fie de către alți ofertanți, ofertantul clasat pe locul 8 nu are interes de a contesta, întrucât chiar dacă i-ar fi admisă contestația oferta sa tot nu ar fi declarată câștigătoare.

3.2.2. Obiectul contestației

Contestația la CNSC poate avea ca obiect:

- anularea unui act ilegal al autorității contractante;
- obligarea autorității contractante de a emite un act;
- recunoașterea unui drept sau interes;
- luarea unei măsuri necesare pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire;
- anularea procedurii de atribuire.

OUG 34/2006:

„Art. 278. – (2) Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate pronunța o decizie prin care îl anulează în parte sau în tot, obligă autoritatea contractantă să emită un act sau dispune orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire. În cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii de atribuire.”

Ce înseamnă „act ilegal al autorității contractante”?

OUG 34/2006:

„Art. 255. – (3) ... prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, omisiunea ori refuzul de a

emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.”

3.2.3. Principalele categorii de contestații

În general, obiectul contestațiilor se referă fie la cerințele impuse în cadrul documentației de atribuire, fie la rezultatul procedurii. Principalele tipologii de contestații sunt următoarele.

Contestarea anunțului de participare

Anunțul de participare se contestă în special în situațiile următoare:

- datele prevăzute în anunțul de participare nu corespund termenelor legale;
- anunțul de participare nu cuprinde toate elementele legale.

Caz ilustrativ - Într-o documentație de atribuire se solicită cu privire la situația personală a ofertantului „certificate constatatoare privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată” și se explicitează (la pct. 5.1.2):

„Persoanele juridice române trebuie să prezinte:

- certificat de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor și taxelor locale și alte venituri ale bugetului local;
- certificat de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat (Agenția Națională de Administrare Fiscală – Direcția Generală a Finanțelor Publice). (...)

Persoanele juridice străine vor prezenta orice documente edificatoare eliberate de instituțiile autorizate ale țării de origine (certIFICATE de atestare fiscală, caziere judiciare, alte documente echivalente etc.) prin care să dovedească că și-au îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor către bugetul de stat și bugetul local la data de 31.12.2010, în original sau copii legalizate, însoțite de traducerea autorizată și legalizată, valabile la data prezentării”.

În schimb, în anunțul de participare se menționează: „Certificatul de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plata a impozitelor și taxelor locale și alte venituri ale bugetului local și a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurare socială la bugetul general

consolidat (ANAF) la data de 31.12.2010 – a se vedea pct. 5.1.2. din Fișa de Date a Achiziției”.

Observăm faptul că anunțul de participare nu cuprinde toate elementele din fișa de date a achiziției (FDA), ci face trimitere la FDA. O astfel de practică este de natură a restricționa concurența.

Contestarea prevederilor din documentația de atribuire

OUG nr. 34/2006 stabilește cu privire la caietul de sarcini:

1. Caietul de sarcini:

- specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

În foarte multe cazuri în care se identifică riscuri de fraudă, autoritățile contractante încearcă să favorizeze anumiți operatori prin definirea criteriilor tehnice ale produselor/serviciilor, de așa natură, încât acestea să se potrivească doar operatorului respectiv.

Este exemplificativ cazul organizării licitației pentru operatorul de taxi autorizat pentru Aeroportul Otopeni.⁷⁸ În acest caz, criteriile din caietul de sarcini par să corespundă caracteristicilor parcului de mașini al unei anumite companii de taximetrie.

Criteriile tehnice care favorizează un anumit concurent pot fi dintre cele mai diverse: de la menționarea clară a unor serii de produs valabile doar pentru un anumit competitor, până la definirea unor criterii aparent largi, dar care exclud concurența și permit unui singur operator să câștige licitația.

Caz ilustrativ - Într-un caiet de sarcini, autoritatea contractantă prevede că produsele (compresoare de aer) care vor fi achiziționate în urma procedurii vor avea codul 91012004034.

Codul respectiv este un cod intern care corespunde produselor (compresoare) fabricate de o anumită companie. În mod evident, într-o astfel de cauză, autoritatea contractantă încearcă să-l favorizeze pe acel producător care folosește codul respectiv.

⁷⁸ Articol din ziarul Adevărul, 10 iulie 2004: „Licitația cu dedicație s-a adjudecat: 1 euro pe kilometru - tariful de taxi de la Aeroportul Otopeni”, <http://bit.ly/17BjWkK>

În mod similar, autoritatea contractantă poate utiliza criteriile de calificare sau criteriile de atribuire/factorii de evaluare, pentru a favoriza anumiți participanți.

2. Criterii de calificare

Pot fi contestate criteriile de calificare care:

- conduc la restricționarea nejustificată a concurenței;
- nu respectă principiul proporționalității;
- nu au legătură concretă cu obiectul contractului;
- depășesc strictul necesar pentru asigurarea îndeplinirii contractului.

3. Criteriile de atribuire/factorii de evaluare

Pot fi contestate criteriile de atribuire/factorii de evaluare care:

- permit exercitarea subiectivă a evaluării de către comisia de evaluare: în acest sens, factorii de evaluare trebuie să aibă caracteristici calitative, tehnice, funcționale etc. măsurabile și comparabile.

4. Clarificările

Operatorii pot contesta și răspunsurile autorităților contractante la solicitările de clarificare (art. 78 din OUG nr. 34/2006), în măsura în care astfel de clarificări sunt ilegale.

Caz ilustrativ - Un răspuns la o solicitare de clarificare poate introduce noi criterii de calificare ce conduc la restricționarea nejustificată a concurenței: un astfel de răspuns poate fi contestat de operatorii interesați în termenul legal de 10 sau 5 zile (după caz).

Contestarea procesului verbal întocmit la deschiderea ofertelor

Participanții pot contesta procesul verbal întocmit la deschiderea ofertelor atunci când autoritatea contractantă nu respinge o ofertă care:

- a fost depusă după data și ora-limită de depunere sau la o altă adresă decât cea stabilită în anunțul de participare;
- nu a fost însoțită de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire.

Participanții mai pot contesta procesul verbal întocmit la deschiderea ofertelor, atunci când autoritatea contractantă respinge oferta acestora, deși:

- a fost depusă înainte de data și ora-limită de depunere și la adresa stabilită în anunțul de participare;
- a fost însoțită de garanția de participare, în cuantumul, forma și având perioada de valabilitate solicitată în documentația de atribuire.

Caz ilustrativ - În documentația de atribuire se precizează că ofertanții vor prezenta garanția de participare: „ordin de plată sau filă CEC, cu condiția confirmării acestora de către bancă până la data deschiderii ofertelor”.

La deschiderea ofertelor se constată că unul dintre ofertanți prezintă drept garanție de participare un bilet la ordin care nu este însoțit de confirmarea băncii. Reprezentantul ofertantului susține că deține confirmarea băncii, dar a uitat-o la sediul societății. Comisia de evaluare hotărăște să acorde o oră ofertantului să prezinte confirmarea de către bancă a biletului la ordin.

În acest caz, comisia de evaluare a favorizat un ofertant, întrucât nu există nici un temei legal pentru a se permite o astfel de completare a documentelor depuse.

Contestarea raportului de evaluare și a procesului verbal de evaluare; contestarea comunicării prin care ofertantul este anunțat cu privire la rezultat.

Ofertantul ia cunoștință de rezultatul raportului de evaluare prin comunicarea efectuată de către autoritate prin care este încunoștiințat cu privire la rezultatul respectiv (art. 206 din OUG nr. 34/2006 – Informarea candidaților și a ofertanților). De aceea se contestă:

- atât comunicarea respectivă,
- cât și raportul de evaluare și procesele verbale de evaluare.

Cazul 1: ofertantul contestă aplicarea criteriilor de calificare și selecție cu privire la oferta sa.

Această situație apare atunci când ofertantul este eliminat din cauza neîndeplinirii criteriilor de calificare și selecție enumerate la art. 176 și urm. din OUG nr. 34/2006:

Oferta operatorului a fost eliminată întrucât:

- nu îndeplinește criteriile privind situația personală a ofertantului – de exemplu: nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat (art. 181 lit. c din OUG nr. 34/2006);
- nu îndeplinește criteriile privind situația economică și financiară – de exemplu: nu a prezentat declarațiile bancare solicitate de

autoritate sau dovezile privind asigurarea riscului profesional (art. 185 (1) din OUG nr. 34/2006);

- nu îndeplinește criteriile privind capacitatea tehnică și/sau profesională – de exemplu: nu a prezentat informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune (art. 188 din OUG nr. 34/2006).

Cazul 2: ofertantul contestă aplicarea criteriilor de calificare și selecție cu privire la ofertele concurenților săi.

Această situație apare atunci când ofertantul este pe locul 2, 3, 4 etc.

În această situație, cel mai adesea, ofertantul contestator indică doar la modul general criteriile de calificare/selecție despre care susține că nu au fost îndeplinite de către competitorii săi, întrucât, de obicei, nu are cum să cunoască în detaliu modul în care competitorii îndeplinesc criteriile.

Caz ilustrativ - La atribuirea unui contract de lucrări, în Fișa de Date a Achiziției s-a prevăzut că ofertanții trebuie să îndeplinească cerința experienței similare, astfel: „experiența similară în execuția de lucrări în ultimii 3 ani, din care să rezulte că ofertantul a încheiat și finalizat în ultimii 3 ani cel puțin 1 contract de complexitatea celui ce urmează a fi încheiat, de execuție lucrări infrastructură și suprastructură rutieră urbană, în valoare de 30.000.000 lei”.

Contractul prezentat ca experiență similară de către ofertantul câștigător avea ca obiect doar: „Infrastructură străzi”.

Ofertantul clasat pe locul 2 a contestat oferta primului clasat, susținând în contestația sa faptul că nu este posibil ca ofertantul câștigător să fi efectuat un contract de execuție de lucrări complexe de infrastructură și suprastructură urbană de valoarea respectivă.

CNSC a respins contestația, însă Curtea de Apel a admis plângerea, constatând faptul că, într-adevăr, ofertantul câștigător nu a prezentat un contract de execuție lucrări infrastructură și suprastructură rutieră urbană.

Cazul 3: ofertantul contestă aplicarea criteriilor de atribuire sau a factorilor de evaluare cu privire la oferta sa.

Contestarea aplicării criteriilor de atribuire sau a factorilor de evaluare are loc în special atunci când criteriul de atribuire este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Atunci când autoritatea contractantă își dorește să decidă în mod subiectiv câștigătorul procedurii de achiziție publică, una dintre modalitățile cele mai des folosite este inserarea unor factori de evaluare ce permit evaluarea subiectivă a ofertelor.

Caz ilustrativ - Într-o procedură organizată pentru salubritatea unui municipiu se aplică criteriul de atribuire oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, respectiv următorii factori de evaluare:

Preț ofertă: 50 puncte.

Cel mai mare termen de plată a facturilor emise de prestator pentru prestarea serviciului oferat: 15 puncte.

Modul de asigurare și măsurile de protecția mediului: 35 puncte.

Total: 100 puncte.

Factorul de evaluare „Modul de asigurare și măsurile de protecția mediului” include subfactori precum: „Politica de mediu (inclusiv politica de «achiziții verzi») este relevantă pentru serviciile oferate, 0,5 puncte, face referire la aspectele de mediu semnificative și obiectivele de mediu stabilite de organizație, 0,5 puncte. Completitudinea listei cerințelor legale și de reglementare în baza cărora s-a făcut evaluarea conformării, 2,45 puncte”.

Observații: Unii dintre factorii de evaluare aleși de către autoritatea contractantă în speța de mai sus nu sunt nici măsurabili, nici comparabili și nu corespund cerințelor art. 199 din OUG nr. 34/2006, respectiv art. 15 din H.G. nr. 925/2006. De exemplu – „Politica de mediu (inclusiv politica de «achiziții verzi») este relevantă pentru serviciile oferate, 0,5 puncte” sau „face referire la aspectele de mediu semnificative”.

Autoritatea contractantă nu a introdus nici un criteriu concret prin intermediul căruia să poată fi judecată relevanța sau ce constituie „aspecte de mediu semnificative”. Astfel, autoritatea poate decide în mod arbitrar care dintre politicile de mediu este relevantă și care aspecte de mediu sunt semnificative.

Cazul 4: ofertantul contestă aplicarea criteriilor de atribuire/factorilor de evaluare cu privire la oferta unui competitor.

Este vorba de același tip de critici ce se adresează CNSC și instanței, doar că aceste critici se referă la oferta competitorului, și nu la oferta operatorului contestator.

3.2.4. Termenele de introducere a contestației

Conform art. 256² din OUG nr. 34/2006, contestația la CNSC se introduce în termen de:

- a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:
 - 130.000 euro/400.000 euro (în funcție de tipul de autoritate contractantă) în cazul contractului de furnizare sau de servicii;
 - 5.000.000 euro în cazul contractului de lucrări.
- b) 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit este mai mică decât pragurile valorice menționate.

3.2.5. Soluționarea contestației

Soluționarea contestației se desfășoară după o procedură simplificată față de procedura aplicabilă în fața instanțelor judecătorești (art. 266 și urm. din OUG nr. 34/2006).

Față de un proces civil obișnuit, elementele de particularitate privind judecarea contestației la CNSC sunt:

- Completul este format din trei funcționari publici, cuprinzând persoane cu specializare tehnică, economică și juridică. Din acest motiv, unul dintre aspectele „subînțelese” în privința soluționării în fața CNSC este acela că există un anumit grad de expertiză tehnică în toate cauzele soluționate de către CNSC, chiar dacă nu se dispune o expertiză propriu-zisă. Tot din același motiv și din cauza termenelor de judecată foarte scurte impuse de lege, în practică, dispunerea unei expertize judiciare în fața CNSC, respectiv a Curții de Apel, este quasi-inexistentă.
- Contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de achiziție publică se conexează în vederea soluționării în mod unitar de același complet.
- Procedura se desfășoară în marea majoritate a cazurilor în scris. Deși OUG nr. 34/2006 permite dezbateri orale, în practică, faza orală de dezbateri are loc doar dacă CNSC decide acest lucru.

Ofertanții pot solicita la CNSC studierea dosarului cauzei, sub rezerva dispozițiilor art. 170 din OUG nr. 34/2006, conform cărora „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și indică în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

La finalul soluționării cauzei, completul CNSC emite o Decizie. Prin Decizia respectivă, Consiliul poate să dispună următoarele:

- anularea, în tot sau în parte, a actului atacat ;
- obligarea autorității contractante să emită un act;
- orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire;
- anularea aplicării procedurii de atribuire (art. 278 din OUG 34/2006).

3.2.6. Garanția de bună conduită

Până la modificarea adusă în iunie 2014 de OUG nr. 51/2014,⁷⁹ atunci când CNSC respingea pe fond contestația, autoritatea contractantă avea obligația de a reține contestatorului din „garanția de participare” o anumită sumă ce se calcula după formula prevăzută în OUG nr. 34/2006.

Acest sistem a fost înlocuit cu sistemul „garanției de bună conduită” (art. 271¹ și urm din OUG nr. 34/2006).

Astfel, OUG 34/2006 prevede că:

„În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.”

Potrivit OUG nr. 34/2006, în cazul în care contestația este respinsă de către CNSC sau de către instanța de judecată (atunci când contestatorul se adresează direct instanței) sau în cazul în care contestatorul renunță, autoritatea contractantă reține garanția de bună conduită.

Au existat opinii care susțin faptul că, din cauza sumelor mari prevăzute de lege, garanția de bună conduită împiedică accesul la justiție.

În 15 ianuarie 2015, Curtea Constituțională a constatat neconstituționalitatea prevederilor articolului 271², alineatele 1 și 2 ale OUG 34/2006, introduse prin OUG 51/2014.

Articolul declarat neconstituțional prevedea că, în cazul în care contestația este respinsă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor ori de Curtea de Apel, această „garanție de bună conduită” este reținută de autoritatea care organizează licitația.

Art. 271²

(1) În cazul în care contestația este respinsă de către Consiliu 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/hotărârii instanței de judecată. Reținerea se aplică pentru loturile la care contestația a fost respinsă.

⁷⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 486 din 30 iunie 2014.

(2) Prevederile alin. (1) se aplică și în cazul în care contestatorul renunță la contestație/cerere/plângere.

Decizia Curții Constituționale nu este încă publicată în Monitorul Oficial, astfel încât la data elaborării acestui ghid nu erau cunoscute considerentele avute în vedere la luarea sa.

Pe de altă parte, introducerea garanției de bună conduită face obiectul unor întrebări preliminare adresate CJUE de către curțile de apel București și Oradea. Judecătorul național dorește să afle dacă dispozițiile articolului 1 alineatele (1) - (3) din Directiva 89/665/CEE, respectiv din Directiva 92/13/CEE trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei „garanții de bună conduită”, precum cea reglementată de art. 271¹ și 271² din OUG nr. 34/2006.

3.2.7. Termenul de soluționare a contestației

Termenele de soluționare a contestațiilor în fața CNSC sunt foarte scurte: soluția pe fond trebuie dată în termen de 20 de zile de la data primirii dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă sau în termen de 10 zile în cazul excepțiilor care împiedică analiza pe fond. Termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit o singură dată cu 10 zile (art. 276 din OUG nr. 34/2006).

3.3. Calea de atac împotriva deciziilor CNSC

3.3.1. Calea de atac specială – Plângerea

Deciziile CNSC privind soluționarea contestațiilor pot fi atacate cu plângere la instanța judecătorească (art. 281 din OUG nr. 34/2006). Plângerea este o cale de atac specială, în raport de căile de atac generale consacrate de noul Cod de Procedură Civilă.

Deciziile pot fi atacate atât de către autoritatea contractantă, cât și de orice persoană vătămată (în general, operatorul care a contestat în primă instanță în fața CNSC).

3.3.2. Instanța competentă și termenul de introducere

Instanța competentă să soluționeze o astfel de plângere este Curtea de Apel, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, în a cărei rază se află sediul autorității contractante (art. 283 din OUG nr. 34/2006).

În afară de această competență generală de soluționare a plângerilor, există și o competență specială având ca obiect plângerile formulate împotriva deciziei pronunțate de CNSC privind procedurile de atribuire de servicii și/sau lucrări aferente infrastructurii de transport de interes național – în acest caz special este competență Curtea de Apel București, secția de contencios administrativ și fiscal.

Termenul în care se depune plângerea este de 10 zile de la comunicarea deciziei CNSC.

3.3.3. Motivarea plângerii

Deciziile CNSC pot fi atacate atât pentru motive de nelegalitate, cât și pentru motive de netemeinicie – art. 281 din OUG 34/2006.⁸⁰

Menționăm că, până la modificarea adusă prin OUG nr. 77/2012, art. 283 din OUG nr. 34/2006 prevedea că „plângerea se soluționează potrivit dispozițiilor art. 304¹ din Codul de Procedură Civilă”. Cu alte cuvinte, plângerea se soluționa potrivit procedurii speciale de recurs, în care recursul nu era limitat la motivele de casare prevăzute în art. 304, instanța putând să examineze cauza sub toate aspectele.

Această prevedere legală nu mai există și în acest moment plângerea se judecă potrivit prevederilor speciale ale OUG nr. 34/2006, deciziile CNSC putând fi atacate atât pentru nelegalitate, cât și pentru netemeinicie.

3.3.4. Soluționarea plângerii

Plângerile se soluționează în complet format din trei judecători.

În cazul în care CNSC a soluționat cauza pe excepție, dacă instanța admite plângerea, desființează decizia CNSC. Prin urmare, există în mod practic

⁸⁰ OUG nr. 34/2006, art. 281 – (1) Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată, în sensul art. 255 alin. (2), cu plângere la instanța judecătorească prevăzută la art. 283 alin. (1), în termen de 10 zile de la comunicare, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie.

un singur grad de jurisdicție, respectiv soluționarea pe fond în fața Curții de Apel.

În caz de admitere și judecare pe fond a plângerii, deciziile pe care le poate lua instanța ca urmare a soluționării plângerii sunt prevăzute de art. 285 alin. (1) din OUG 34/2006:

- a) anularea în tot sau în parte a actului autorității contractante;
- b) obligarea la emiterea unui act de către autoritatea contractantă;
- c) îndeplinirea unei obligații de către autoritatea contractantă, inclusiv eliminarea oricăror specificații tehnice, economice sau financiare discriminatorii din anunțul/invitația de participare, din documentația de atribuire sau din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire;
- d) orice alte măsuri necesare remedierii încălcării dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

3.3.5. Aspecte speciale procedurale ale plângerii

Plângerea se soluționează după reguli similare cu regulile OUG nr. 34/2006 prevăzute pentru „procese și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică.”

Secțiunea a 9-a („Soluționarea litigiilor în instanță”) din OUG nr. 34/2006 conține reguli speciale de procedură (art. 286 - 288¹) ce vor fi analizate în Capitolul 5 din prezentul Ghid.

Spre deosebire de alte litigii, plângerea în fața Curții de Apel se soluționează cu maximă celeritate (existând plângeri care se soluționează în practică chiar și în trei săptămâni de la depunere).

În mod corelativ, plângerile împotriva deciziilor CNSC se soluționează quasi-exclusiv pe baza înscrisurilor și opiniilor exprimate de CNSC în decizia sa, cu excluderea în practică a expertizei. Astfel, deși din punct de vedere teoretic instanțele ar putea să admită efectuarea unei expertize, în realitate termenele scurte impuse de procedura specială consacrată de OUG nr. 34/2006 nu permit utilizarea în practică a acestui instrument.

4. Soluționarea litigiilor

Litigiile din domeniul achizițiilor publice sunt caracterizate în primul rând de celeritatea judecării. Celeritatea este impusă de legiuitor atât la nivel de principiu, cât și la nivel de modificări procedurale speciale aplicabile acestor litigii.

Astfel, la nivel de principiu, art. 286 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 precizează: „În fața instanței de judecată, litigiile privind drepturile și obligațiile contractate în cadrul procedurilor de atribuire care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor prezentei ordonanțe de urgență se soluționează de urgență și cu precădere.”

OUG nr. 34/2006 stabilește și elemente diferite de procedură, tot în sprijinul asigurării rapidității rezolvării dosarului referitor la procedura de achiziție publică.

4.1. Procedura specială a litigiilor din achizițiile publice

Domeniul supus reglementării

Domeniul achizițiilor publice poate fi împărțit în două mari faze:

- faza **desfășurării procedurii** de achiziție publică;
- faza **executării contractului** de achiziție publică.

Pe lângă un mecanism judiciar specific fazei desfășurării procedurii de achiziție publică, OUG nr. 34/2006 prevede reguli judiciare speciale și pentru faza executării contractului de achiziție publică.

OUG nr. 34/2006 prevede în Secțiunea a 9-a („Soluționarea litigiilor în instanță”) o procedură specială pentru următoarele tipuri de litigii și alte cereri:

- litigii și alte cereri privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire;

- litigii și alte cereri privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică, potrivit art. 286 din OUG nr. 34/2006;⁸¹
- litigii - plângeri împotriva deciziilor CNSC; conform trimiterii de art. 283 alin. (3) din OUG 34/2006 „prevederile secțiunii a 9-a [«Soluționarea litigiilor în instanță»] se aplică în mod corespunzător” judecării plângerilor; cu toate acestea, în cazul acestor plângeri se aplică cu prioritate prevederile speciale ale Secțiunii a 8-a din OUG nr. 34/2006 – „Căi de atac împotriva deciziilor Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor” -, prevederi analizate anterior, în cadrul Capitolului 3 al prezentului Ghid.

4.1.2. Instanța competentă

Pentru litigiile din domeniul achizițiilor publice, cu excepția plângerilor împotriva deciziilor CNSC, instanța competentă la fond este tribunalul în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante - secția de contencios administrativ și fiscal.

Decizia dată la fond de tribunal se atacă exclusiv cu apel la curtea de apel, potrivit art. 287¹⁶⁸² din OUG nr. 34/2006.

Elemente specifice procedurale

Celeritatea judecării litigiilor în achiziții publice este impusă de legiuitor atât la nivel de principiu, cât și la nivel de modificări procedurale speciale aplicabile acestor litigii.

81 OUG nr. 34/2006 Art. 286

(1) Procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică se soluționează în primă instanță de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante.

(2) În fața instanței de judecată, litigiile privind drepturile și obligațiile contractate în cadrul procedurilor de atribuire care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor prezentei ordonanțe de urgență se soluționează de urgență și cu precădere.

82 OUG nr. 34/2006 Art. 287¹⁶

(1) Hotărârea pronunțată în primă instanță poate fi atacată numai cu apel, în termen de 5 zile de la comunicare. Apelul se judecă de curtea de apel.

(2) Apelul nu suspendă executarea și se judecă de urgență și cu precădere.

(3) În cazul admiterii apelului, instanța de apel va rejudeca în toate cazurile litigiul în fond.

Termenele de judecată

În primul rând, judecătorul care primește cererea este obligat să fixeze primul termen de judecată la cel mult 20 de zile de la data înregistrării cererii, potrivit art. 287¹ din OUG nr. 34/2006.

Mai mult, termenele de judecată ulterioare nu pot fi mai mari de 10 zile.

Spre deosebire de litigiile obișnuite, pârâtul este obligat să depună întâmpinarea în termen de trei zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată. În caz contrar, OUG nr. 34/2006, prin trimitere la Codul de Procedură Civilă, prevede o sancțiune foarte dură: decăderea pârâtului din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică.

Cererea reconvențională se introduce în același termen de trei zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată.

În conformitate cu art. 287⁵ cauza se judecă și în lipsa părții legal citate și chiar în lipsa ambelor părți, dacă cel puțin una dintre ele a cerut în scris judecarea cauzei în lipsă.

Comunicările

Și cu privire la comunicări, OUG nr. 34/2006 conține prevederi speciale. Astfel, conform art. 287² comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură se poate face de grefa instanței și prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia.

Părțile au obligația de a indica datele corespunzătoare în cererea de chemare în judecată, respectiv în întâmpinare. Mai mult, odată citată, partea este prezumată că are cunoștință de termenele de judecată ulterioare aceleia pentru care citația i-a fost înmănată.

Hotărârea

Potrivit art. 287¹⁵ din OUG nr. 34/2006, hotărârea în litigiile privind achizițiile publice se pronunță în termen de trei zile de la închiderea dezbaterilor și se comunică părților în cel mult cinci zile de la pronunțare.

4.1.3. Suspendarea contractului de achiziție publică în cadrul litigiilor de achiziție publică

În cazul litigiilor privind achizițiile publice, părțile au la îndemână posibilitatea de a solicita suspendarea executării contractului de achiziție publică.

Astfel, conform art. 287⁷ din OUG nr. 34/2006, în cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța, până la soluționarea fondului cauzei, poate să dispună la cererea părții interesate suspendarea executării contractului.

Având în vedere că în astfel de cazuri contractele publice sunt deja în executare, există cerințe speciale pe care instanța trebuie să le respecte pentru a se asigura că suspendarea contractului nu conduce la apariția unor tulburări grave. Există situații în care executarea contractelor publice trebuie să continue în orice condiții (de exemplu, un contract prin care un furnizor aprovizionează un spital cu anumite materiale greu de înlocuit). Pentru astfel de cazuri, OUG nr. 34/2006 prevede faptul că instanța soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele probabile ale acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public. Instanța are dreptul să nu dispună suspendarea în cazul în care consecințele negative ale acesteia ar putea fi mai mari decât beneficiile.

Încheierea privind suspendarea poate fi atacată cu recurs, în mod separat, în termen de cinci zile de la comunicare.

4.1.4. Nulitatea contractului de achiziție publică și sancțiuni alternative

OUG nr. 34/2006 prevede anumite situații în care instanța are posibilitatea expresă de a pronunța nulitatea contractului de achiziție publică. Nulitatea poate fi pronunțată și pentru cauze de ordin general, în afara acestor situații speciale.

În redactarea art. 287¹⁰ din OUG nr. 34/2006, toate aceste situații speciale țin de neregularități existente în desfășurarea procedurii de achiziție publică, și nu de neregularități apărute după încheierea contractului.

Instanța constată nulitatea în următoarele cazuri:

a) Autoritatea contractantă a atribuit contractul fără să respecte obligațiile referitoare la publicarea unui anunț ori unei invitații de participare conform prevederilor OUG nr. 34/2006.

b) Contractul a fost încheiat înainte de împlinirea termenelor de așteptare prevăzute de articolele 205 alin. (1) și 206 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, respectiv înainte de: 11 zile sau, respectiv, șase zile - eventual majorate cu cinci zile conform art. 206 alin. (3) -, de la data transmiterii de către autoritatea contractantă a comunicării privind rezultatul aplicării procedurii (numărul de zile de așteptare depinzând de valoarea estimată a contractului).

Astfel, după ce află de existența unor eventuale contestații la atribuire, autoritățile contractante au posibilitatea de a decide dacă continuă sau nu procedura de atribuire.

Termenele de așteptare (de 11 și, respectiv, șase zile) fiind mai lungi decât termenele în care procedura poate fi contestată (10, respectiv, cinci zile), la finalul perioadei „de așteptare” autoritatea contractantă are siguranța că nu a fost depusă contestație. În practică, multe autorități contractante aleg să aștepte până la finalizarea procedurilor judiciare înainte de a încheia contractul, tocmai pentru a nu se supune riscului unor sancțiuni în cazul în care procedura este invalidată de instanță.

c) Contractul a fost încheiat înainte de împlinirea termenelor de așteptare prevăzute de art. 256³ - (3). Astfel, în cazul în care a fost depusă contestație la CNSC, autoritatea contractantă poate încheia contractul numai după comunicarea deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, dar nu înainte de expirarea termenelor de așteptare (respectiv termenele de așteptare legate de termenul de depunere a plângerii la Curtea de Apel).

În cazurile b) și c) de mai sus, OUG nr. 34/2006 prevede condiții suplimentare pentru a putea fi declarată nulitatea contractului de achiziție publică:

- încălcarea termenelor de așteptare a privat operatorul economic interesat de posibilitatea de a formula o cale de atac înainte de încheierea contractului, și
- încălcarea termenelor de așteptare este combinată cu încălcarea altor dispoziții în materia achizițiilor publice, dacă această din

urmă încălcare a afectat șansele operatorului economic interesat de a obține contractul.

d) Contractul a fost încheiat fără respectarea art. 150 din OUG nr. 34/2006. Astfel, în situația unui acord-cadru, dacă nu toate elementele/condițiile au fost clar prevăzute în acordul-cadru, autoritatea contractantă are dreptul de a atribui contracte de achiziție publică subsecvente acordului-cadru încheiat cu mai mulți operatori economici prin reluarea competiției între operatorii economici semnatari ai acordului-cadru, prin detalierea condițiilor neclare sau, dacă se consideră necesar, prin utilizarea unor alte elemente/condiții prevăzute în caietul de sarcini elaborat pentru încheierea acordului-cadru respectiv. Într-un astfel de caz, autoritatea contractantă trebuie să respecte următoarele reguli:

- pentru fiecare contract ce urmează a fi atribuit, autoritatea contractantă consultă în scris operatorii economici semnatari ai acordului-cadru respectiv;
- autoritatea contractantă fixează un termen limită suficient pentru prezentarea ofertelor, în acest sens având obligația de a ține cont de aspecte precum complexitatea obiectului și timpul necesar pentru transmiterea ofertelor;
- ofertele se prezintă în scris, iar conținutul lor rămâne confidențial până când termenul limită stipulat pentru deschidere a expirat;
- autoritatea contractantă atribuie fiecare contract ofertantului care a prezentat cea mai bună ofertă, pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire.

e) Contractul a fost încheiat fără respectarea articolelor 158-160 din OUG nr. 34/2006, respectiv fără respectarea regulilor specifice atribuirii contractelor de achiziție publică prin sistemul dinamic de achiziție publică.

În afara sancțiunii nulității, instanța are la dispoziție și sancțiuni alternative. Astfel, în cazul în care instanța, după analizarea tuturor aspectelor relevante, consideră că motive imperative de interes general impun menținerea efectelor contractului, aceasta va dispune, în schimb, sancțiuni alternative.

Sancțiunile alternative sunt următoarele:

- Limitarea efectelor contractului, prin reducerea termenului de execuție al acestuia; și/sau aplicarea unei amenzi autorității contractante, cuprinsă între 2% și 15% din valoarea obiectului contractului, cuantumul acesteia fiind invers proporțional cu

posibilitatea de a limita efectele contractului prin reducerea termenului de execuție.

Sancțiunile alternative trebuie să fie eficiente, proporționate și descurajante și nu pot include acordarea de despăgubiri.

f) Termenele de introducere a acțiunii în nulitate

Constatarea nulității contractului se poate cere atât în cadrul contestației efectuate în fața CNSC (respectiv plângerea în fața curții de apel), cât și pe cale separată.

OUG nr. 34/2006, în art. 287¹⁰ alin. (5), introduce și criteriile potrivit cărora judecătorul poate aprecia dacă motivele invocate pentru menținerea contractului sunt de interes general sau nu.

Astfel, interesele economice ce țin de efectele contractului pot fi avute în vedere ca motiv imperativ numai dacă, în circumstanțe excepționale, absența efectelor ar conduce la consecințe disproporționate.

Aceiași alineat 5 al art. 287¹⁰ exemplifică în concret că nu constituie motive imperative de interes general interesele economice în legătură directă cu contractul respectiv, cum ar fi:

- costurile generate de întârzieri în executarea contractului,
- costurile generate de lansarea unei noi proceduri de atribuire,
- costurile generate de schimbarea operatorului economic care va îndeplini contractul sau
- costurile cu privire la obligațiile legale generate de absența efectelor contractului.

În cazul în care constatarea nulității contractului se solicită în cadrul contestației la CNSC sau în cadrul plângerii la curtea de apel, se formulează un capăt de cerere separat.

În situația în care se solicită constatarea nulității contractului pe cale separată, operatorul trebuie să respecte următoarele termene:

- 30 de zile începând cu ziua următoare publicării anunțului de atribuire a contractului sau, după caz, informării de către autoritatea contractantă a ofertanților și candidaților interesați cu privire la încheierea contractului; termenul de 30 de zile se aplică în cazurile limitativ determinate de art. 287¹⁴ alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006;

- șase luni începând cu ziua următoare încheierii contractului, în cazurile care nu se încadrează la art. 287¹⁴ alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, observăm că legea fixează un termen special de prescripție mult mai scurt decât termenul general de prescripție de trei ani.

4.1.6. Calea de atac pentru hotărârile date în litigiile de achiziții publice

Conform art. 287¹⁶ din OUG nr. 34/2006, hotărârea pronunțată în primă instanță poate fi atacată numai cu apel, în termen de cinci zile de la comunicare. Apelul se judecă de curtea de apel.

Apelul nu suspendă executarea și se judecă în același regim de celeritate, de urgență și cu precădere. În cazul admiterii apelului, instanța de apel rejudecă în toate cazurile litigiul în fond.

4.1.7. Acțiunea în despăgubiri

Art. 287 din OUG nr. 34/2006 prevede că despăgubirile pentru repararea prejudiciului cauzat în cadrul procedurii de atribuire se solicită în justiție prin acțiune separată. Această regulă este motivată de faptul că soluționarea cererilor privind despăgubirile ar fi imposibilă în condițiile de celeritate prevăzute în general pentru litigiile de achiziții publice.

Despăgubirile se acordă pentru prejudiciul cauzat printr-un act al autorității contractante sau ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind procedura de atribuire, prin încălcarea dispozițiilor legale în materie.

Acțiunea în despăgubiri este condiționată de anularea sau revocarea în prealabil a actului ce a produs paguba (sau după luarea oricăror altor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă).

În cazul acțiunii în despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, OUG nr. 34/2006 dă valoare prestabilă probatoriului, respectiv persoana vătămată trebuie să facă doar dovada încălcării prevederilor OUG nr. 34/2006, precum și a faptului că ar fi avut o șansă reală de a câștiga contractul, iar aceasta a fost compromisă ca urmare a încălcării respective.

5. Nereguli în atribuirea contractelor cu consecințe asupra implementării

Analizând dispozițiile legale cuprinse în Capitolul III, „Proceduri de atribuire” din OUG nr. 34/2006 rezultă următoarele șapte proceduri de atribuire, limitativ prevăzute de actul normativ:

- licitația deschisă - secțiunea 2, art. 73-80;
- licitația restrânsă - secțiunea 3, art. 81-93;
- dialogul competitiv - secțiunea 4, art. 94-109;
- negocierea cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare - secțiunea 5, art. 110-121;
- negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare - secțiunea 6, art. 122-123;
- cererea de oferte - secțiunea 7, art. 124-130;
- concursul de soluții - secțiunea 8, art. 131-141.

Fiecare dintre aceste șapte proceduri de atribuire are reguli specifice. Elementul comun în derularea etapelor aferente fiecăreia dintre proceduri este respectarea principiilor generale stabilite prin legislația aplicabilă la nivel european.

5.1. Respectarea scopurilor OUG nr. 34/2006 și a principiilor care stau la baza atribuirii contractului

În cazul OUG nr. 34/2006 scopurile și principiile prevăzute la art. 2 din ordonanță pot fi utilizate ca indicatori de bună practică în domeniul achizițiilor publice.

O clauză contractuală redactată sau utilizată într-un scop contrar unuia dintre cele patru scopuri ale OUG nr. 34/2006 sau contrar celor șapte principii care stau la baza atribuirii contractului de achiziții publice generează suspiciunea de fraudă în procedura respectivă.

Scopurile enunțate la art. 2 alin. (1) al OUG nr. 34/2006:

- a) promovarea concurenței între operatorii economici;
- b) garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici;

- c) asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică;
- d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice.

Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt definite la art. 2 alin. (2) al OUG nr. 34/2006:

- a) nediscriminarea;
- b) tratamentul egal;
- c) recunoașterea reciprocă;
- d) transparența;
- e) proporționalitatea;
- f) eficiența utilizării fondurilor;
- g) asumarea răspunderii.

Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, așa cum sunt prevăzute în art. 2 alin. (2) al OUG 34/2006, respectiv astfel cum au fost expuse în primul capitol al prezentului Ghid, sunt, sau ar trebui să fie, un element definitoriu în modul în care se încheie și, respectiv, se implementează un contract public.

În special în faza de executare pot apărea riscuri legate de convenirea modificării unor clauze ce ar conduce la schimbarea condițiilor cunoscute de ofertanți în etapa de elaborare a ofertelor.

Instanțele judecătorești aplică aceste scopuri și principii în mod direct și constant.

Caz ilustrativ. Prin Decizia nr. 2578 din 24 mai 2012, într-o speță având ca obiect cererea ANRMAP de anulare a unor acte adiționale la un contract de achiziție publică, Înalta Curte de Casație și Justiție - secția de contencios administrativ și fiscal a decis, menținând soluția Curții de Apel București:

„În primul rând, se constată că soluția adoptată de prima instanță este legală prin raportare la prevederile art. 298 din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora «contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora.»

În mod firesc, noțiunea de «executare a contractului» presupune strict executarea obligațiilor pe care părțile și le-au asumat în cadrul respectivului contract, iar nu extinderea acestor obligații prin

încheierea de acte adiționale la contract, acte adiționale prin care s-a procedat la modificarea substanțială a clauzelor contractuale inițiale convenite.

Prin urmare, astfel de acte adiționale, cum este cazul în speță, prin care s-au modificat în mod esențial clauzele contractuale inițiale (sub aspectul cantității serviciilor prestate, dar și sub aspectul duratei respectivelor obligații), nu pot reprezenta decât noi contracte, cărora trebuiau să li se aplice prevederile Ordonanței de urgență a guvernului nr. 34/2006.

Dacă s-ar accepta că încheierea de acte adiționale la un contract ține de executarea acestuia, iar nu de formarea unui nou acord de voință, s-ar putea ajunge la concluzia de neacceptat că un contract încheiat sub imperiul vechii legislații în materia achizițiilor publice să nu înceteze niciodată, putând fi prelungit în mod succesiv de către părți prin acte adiționale emise în executarea contractului inițial. Or, prin raportare la **principiile eficienței în utilizarea fondurilor publice, nediscriminării și tratamentului egal**, o asemenea abordare nu poate fi însușită.”

Observăm cum, în această speță, instanța supremă nu s-a putut folosi de un text legal expres care să interzică actele adiționale ce ar fi prelungit un contract de achiziție publică, însă a utilizat principiile eficienței, nediscriminării și tratamentului egal pentru a emite soluția interzicerii încheierii actelor adiționale de prelungire a contractului de achiziție publică.

5.2. Nereguli în atribuirea contractului sancționate contravențional și/sau penal

Potrivit art. 293 lit. d) din OUG nr. 34/2006, constituie contravenție și se sancționează administrativ fapta care constă în aplicarea altor proceduri de atribuire decât a celor prevăzute în ordonanța de urgență.

De menționat este și că atribuirea directă nu reprezintă o procedură de atribuire, întrucât aceasta nu se regăsește în enumerarea cuprinsă la art. 18 din actul normativ enunțat.

Astfel, până la un anumit plafon, respectiv echivalentul în lei a 30.000 euro exclusiv TVA pentru fiecare achiziție de produse ori servicii și până la echivalentul în lei a 100.000 euro exclusiv TVA pentru fiecare achiziție de lucrări, autoritatea contractantă este autorizată să achiziționeze direct

produse, servicii sau lucrări pe baza unui document justificativ care, de regulă, este factura.

Fiecare dintre procedurile menționate la art. 18 din OUG nr. 34/2006 comportă condiții și obligații distincte, dispoziții exprese aplicabile fiecărei modalități de atribuire în parte, acestea având caracter imperativ și aplicabilitate determinată.

Încălcarea acestor condiții este sancționabilă la nivel contravențional de ANRMAP.

În ceea ce privește atribuirea directă în baza art. 19 din OUG nr. 34/2006 și, respectiv, verificarea modului în care a fost respectat principiul *eficienței utilizării fondurilor*, instituția competentă în efectuarea unor constatări privind o eventuală încălcare a normei este Curtea de Conturi.

De remarcat este și faptul că, în cazul atribuirii directe, auditorii externi ai Curții de Conturi nu pot proba la nivel concludent, dincolo de orice îndoială, o încălcare a principiului *eficiența utilizării fondurilor*, prevăzut de art. 2 lit. f) al OUG nr. 34/2006, prin simpla evidențiere a prețului dintr-un contract public. Aprecierea unei sume plătite ca fiind excesivă ține de raportarea la piață, dar și la condițiile în care s-a derulat procedura.

Regula generală este aceea că printr-o procedură care respectă regulile de transparență și concurență se obține un preț care se prezumă a fi cel corect, dat de piață la un moment determinat.

Faptul că un preț este aparent mult supradimensionat față de cel cu care se tranzacționează bunuri sau servicii similare în piață nu este, în mod singular, un element probant al producerii unei fapte de natură penală, prin crearea un prejudiciu. Organului de control financiar sau administrativ îi incumbă, în procedura de audit sau control, obligativitatea de analiză a respectării tuturor elementelor care erau impuse prin lege autorității contractante în derularea procedurii de achiziție publică.

Sarcina de a documenta o depășire nejustificată a prețului este îngreunată, mai ales în achizițiile de lucrări, prin lipsa unui referențial care să permită o facilă identificare a valorile incorecte.

Acest aspect este resimțit și de agenții constatatori ANRMAP chemați să decidă dacă o încălcare a cerințelor prevăzute de OUG nr. 34/2006 întrunește condițiile pentru a fi considerată infracțiune. Pe de altă parte, art. 293 lit. a) – w) din OUG nr. 34/2006 expune 28 de activități/fapte care pot constitui o încălcare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică. Pentru oricare dintre acestea, mai puțin principiul eficienței utilizării fondurilor, ANRMAP este în situația de a aplica sancțiuni contravenționale exclusiv autorităților contractante.

În dezbaterile ocazionate de seminarele proiectului „Combaterea fraudei în achizițiile publice” la care au participat magistrați și reprezentanți ai autorității de reglementare, s-au discutat și opțiunile pe care le are ANRMAP atunci când prin procesul verbal de constatare a contravenției sunt reținute încălcări de procedură sancționabile la nivel contravențional, dar care puteau fi evitate având în vedere filtrul instituit de ANRMAP în etapa de validare a anunțului/invitației de participare.

Astfel, deși acceptul de publicare a anunțului/invitației de participare reprezintă *in extenso* o validare din perspectiva respectării cerințelor legale, ANRMAP a opinat că în etapa de verificare a unei proceduri în etapa ex-post pot fi aplicate sancțiunile prevăzute de art. 293 din OUG nr. 34/2006.

Deși la acest moment nu există o practică a instanțelor, pentru situația în care contravenientul ar fi invocat în apărare acceptul primit de la ANRMAP în momentul transmiterii anunțului/invitație de participare către SEAP, la nivel teoretic, considerăm că avizul inițial nu poate constitui o piedică în stabilirea răspunderii autorității contractante. Faptul că, la momentul verificării fișei de date și anunțului de participare, un funcționar de la autoritatea de reglementare a dat un accept pentru publicare nu echivalează cu absolvirea de orice răspundere. În timpul controlului realizat în etapa ex-post, agenții constatatori ANRMAP pot stabili anumite legături între actele aflate la dosarul achiziției publice care să releve elemente noi, de natură a contura la nivel rezonabil caracterul contravențional al unor fapte.

Dezbaterile în legătură cu aplicarea sancțiunilor prevăzute de art. 293 lit. i)⁸³ cu referire la restrângerea concurenței prin utilizarea unor criterii de calificare și selecție cu rol (mijloc) de restricționare au condus la concluzia că intenția legiuitorului a fost una de relaxare în privința accesului la o procedură, fără impunerea unor bariere excesive.

83 Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: (...)

i) încălcarea principiului proporționalității prin utilizarea criteriilor de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența;

Caz ilustrativ. În cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg a considerat că o condiție prevăzută în caietul de sarcini trebuie interpretată în funcție de obiectul său, de sistemul și de modul său de formulare.

Mai mult, principiul proporționalității [statuat și în legislația națională⁸⁴ la art. 179 din OUG nr. 34/2006, n. n.] impune ca deciziile instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite. Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pur și simplu pentru respingerea a ofertei acestuia.

Apreciem că prin modul în care au fost expuse principiile achizițiilor publice în art. 2 alin. (2) al OUG nr. 34/2006 nu s-a realizat neapărat o ierarhizare a importanței acestora, însă **practica a demonstrat că cele mai des valorizate sunt cele privind transparența și asigurarea concurenței reale.**

Caz ilustrativ. În legătură cu asigurarea transparenței prin anunțul de participare, Curtea de Apel Pitești,⁸⁵ chemată să soluționeze un litigiu în legătură cu o procedură inițiată în anul 2010, a dat o interpretare pertinentă activităților care precedă orice modificări operate de autoritatea contractantă privind modul de depunere a ofertelor, expus în anunțul transmis către SEAP:

„(...) în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în Directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE.

⁸⁴ Potrivit disp. art. 179 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească.

⁸⁵ Publicată în portal.just.ro din 13.02.2012

În speță, singurul anunț tip erată publicat de autoritate este cel cu nr. 19783/05.08.2010, postat în SEAP și în JOUE (2010/S 152-233833), care însă nu amintește nimic despre condiția de calificare expusă mai înainte. Așadar, informațiile privind noua formă a condiției de depunere a ofertei nu se regăsesc în nicio erată, situație care conduce la încălcarea principiului transparenței consacrat prin art. 2 al Directivei nr. 2004/18/CE și art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006. (...)

Prin urmare, nepublicând erata la anunț cerută de lege, autoritatea contractantă a nesocotit atât art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006, cât și principiul legal al transparenței, gravitatea omisiunii fiind relevantă și de sancționarea ei cu amendă contravențională între 80.000 și 100.000 lei, conform art. 294 alin. (3), coroborat cu art. 293 lit. e) și g) din Ordonanță. Revizuirea cerinței era extrem de importantă pentru toți operatorii economici interesați, mai ales că, după cum s-a văzut, ofertanții au participat la licitație și în asocieri (...).”

Concluzionând, necesitatea selectării riguroase a ofertanților trebuie justificată la nivel rezonabil prin notele care fac parte din dosarul achiziției publice.

Autoritatea contractantă trebuie să facă dovada că a introdus criterii relevante și proporționale cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit și că scopul introducerii unor astfel de criterii este doar acela de a se proteja de anumite riscuri ce pot apărea ca urmare a neintroducerii acestor cerințe.

Imposibilitatea de a justifica anumite cerințe introduse în fișa de date conduce la constatarea unei încălcări a principiilor achizițiilor publice, sancționabile la nivel contravențional alături de celelalte situații prevăzute de art. 293 (și care nu reclamă o interpretare foarte aprofundată).

5.3. Modificarea contractelor de achiziție publică – între legitimitate și fraudă

Derularea corectă a unei proceduri de achiziții publice presupune că elementele esențiale ce au format obiectul competiției la momentul atribuirii contractului de achiziție publică sunt menținute și după încheierea contractului. Cu alte cuvinte, relația contractuală dintre autoritatea contractantă și câștigătorul procedurii de achiziție publică trebuie să mențină condițiile de achiziție și clauzele ce au fost stabilite inițial și publicate în SEAP (preț, termene, obiect etc.) și cele propuse de executant.

Cu toate acestea, există și anumite împrejurări în care contractul încheiat trebuie modificat. Clauza contractuală poate fi modificată, însă strict în limitele permise de legislația achizițiilor publice și, respectiv, de modelele standard de contracte, utilizate în practica românească.

Dacă un contract de achiziție publică este modificat fără respectarea condițiilor stricte de modificare prevăzute de lege sau de documentațiile standard, apare suspiciunea de fraudă, suspiciune ce se analizează în funcție de elementele concrete ale speței.

5.3.1 Modificări permise de legislația în vigoare

Suplimentarea serviciilor/lucrărilor în cazul unor circumstanțe imprevizibile - art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006

Conform art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006: „autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare (...) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;

- valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.”

Așadar, posibilitatea modificării contractului de achiziție publică este limitată strict la acele situații care îndeplinesc condițiile menționate în art. 122 lit. i):

- achiziționarea lucrărilor sau serviciilor suplimentare/adiționale este necesară, iar necesitatea era imprevizibilă; astfel, în cazul în care această necesitate se putea prevedea, poate exista suspiciunea de fraudă;
- lucrările/serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi achiziționate separat fără a se crea inconveniente majore sau, dacă pot fi achiziționate separat, să fie strict necesară achiziția separată;
- valoarea lucrărilor/serviciilor suplimentare/adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.

Caz ilustrativ. ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal. Decizia nr. 988/2012.

ANRMAP a solicitat în contradictoriu cu Municipiul P. și cu o societate comercială să se constate nulitatea absolută a Contractului de lucrări suplimentare având ca obiect „îmbrăcămînți bituminoase - Proiectare și execuție str. I.C., str. 13 D. și str. G.E.”, contract încheiat în anul 2009.

Contractul „suplimentar” avea același „obiect ca și contractul inițial de lucrări nr. 11557 încheiat între aceleași părți la data de 20 august 2007, contractul suplimentar vizând amenajare intersecției str. I.C. cu str. L., str. I.C. cu str. I., amenajare parcare stație de autobuz str. I.C. și amenajare intersecției str. G.E. cu str. C.”

„Contractul de lucrări suplimentare a fost încheiat prin aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în temeiul art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006, ... prin nota justificativă încheiată de Primăria Municipiului P. reținându-se că, raportat la dispozițiile O.G. nr. 43/1997 republicată privind regimul drumurilor execuția lucrărilor suplimentare, nu pot fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia.”

„Cercetând modul în care a fost încheiat contractul de achiziție publică din perspectiva exigențelor cumulativ prevăzute de art. 122 alin. (1) lit. i) din OUG nr. 34/2006, prima instanță a constatat că nu a fost respectată cerința ca «lucrările sau serviciile suplimentare/ adiționale să aibă o astfel de natură încât să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, sunt strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia.»

Apărățile autorității contractante prin trimiterile la referatul de necesitate și oportunitate nr. 20213 din 19 octombrie 2009, întocmit de Compartimentul Tehnic și Investiții din cadrul aparatului de specialitate, reiterate și prin cererea de recurs, au fost în mod just înlăturate, remarcându-se lipsa de relevanță juridică a acestui document sub aspectul motivării alegerii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect amenajarea unor intersecții și parcări aferente unei stații de autobuz, în condițiile în care acest referat nu cuprinde nicio referință concretă de natură tehnică la inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau la aspecte ce ar putea justifica necesitatea îndeplinirii lucrărilor de contractantul inițial.”

„Raționamentul autorității contractante, în sensul că amenajarea intersecțiilor și a unei parcări, la un interval de timp de doi ani de la realizarea lucrărilor de îmbrăcămînți bituminoase a anumitor străzi, reprezintă lucrări care trebuie executate de același executant (în speță SC A.L.D.P. SA Iași) contravine principiilor consacrate de actul normativ aplicabil.”

„Argumentul păstrării nivelului prețurilor din contractul inițial nu este unul valid, neputând fi inclus în categoria inconveniențelor majore în sensul dat de art. 122 alin. (1) lit. i) din OUG nr. 34/2006, deoarece prin respectarea legislației care guvernează achizițiile publice s-ar fi asigurat participarea unui număr mai mare de operatori și deci posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a încheia un contract la un preț care să vină în întâmpinarea efortului implicat de nevoia depășirii dificultăților financiare existente la nivelul anului 2009.”

Caz ilustrativ. ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal. Decizia nr. 5641/2013.

„Între reclamanta Comuna Crucișor în calitate de beneficiar și pârâta Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit în calitate de autoritate contractantă a fost încheiat Contractul nr. C32201086300001, prin care s-a acordat beneficiarului o finanțare nerambursabilă în vederea desfășurării proiectului: «Proiect integrat rețea de canalizare menajeră și stații de epurare Poiana Codrului, modernizarea străzilor X și X1» în valoare de 6.751.405 RON fără TVA.

Pe parcursul derulării lucrărilor care au făcut obiectul contactului de achiziție, reclamanta a solicitat aprobarea unor modificări tehnice ale proiectului inițial, precum și aprobarea unor modificări financiare ale bugetului aferent contractului de finanțare, modificări ce au fost aprobate de pârâta prin încheierea Actului adițional nr. 4 din 01 iunie 2011.

Ca urmare a aprobării acestor modificări, Comuna Crucișor a atribuit prin negociere directă executarea lucrărilor suplimentare aprobate prin Actul adițional nr. 4 din 01 iunie 2011, în favoarea firmei cu care s-a încheiat Contractul nr. 1674 din 16 octombrie 2009, fiind încheiat în acest sens Actul adițional nr. 2 din 2 mai 2011 la Contractul nr. 1674 din 16 octombrie 2009, pentru o valoare suplimentară de 493.458 RON la care se adaugă TVA.

În urma verificării de către Serviciul Achiziții Publice din cadrul pârâtei a Actului adițional nr. 2 din 2 mai 2011 la Contractul nr. 1674 din 16 octombrie 2009, s-a constatat că nu au fost respectate de către reclamantă prevederile art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006, ca urmare a faptului că lucrările descrise în actul adițional reprezintă modificări de soluție tehnică și nu au caracter de lucrări neprevăzute. Aceste constatări apar în Raportul de verificare nr. 437 din 3 noiembrie 2011, a cărui legalitate o contestă reclamanta. (...)

În mod corect prin sentința atacată s-a apreciat că recurenta a eludat dispozițiile OUG nr. 34/2006 și prevederile din contractul de finanțare dintre APDRP și recurentă în calitate de beneficiar, contract care conține clauze expuse cu privire la obligațiile părților și modul de acordare a sumelor reprezentând ajutor financiar nerambursabil.

În cauză în mod corect prima instanță nu a considerat aplicabile dispozițiile art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006 republicate în sensul încadrării lucrărilor efectuate de recurentă în categoria lucrărilor suplimentare în sensul prevederilor art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2004. Aceasta deoarece pentru a fi încadrate în categoria lucrărilor suplimentare acestea trebuiau să fie determinate de evenimente imprevizibile, urgente și neprevăzute, care ar justifica aplicarea dispozițiilor art. 122 lit. i) din OUG nr.34/2006, cu respectarea procedurii prevăzute de art. 5 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006.

Astfel, aplicând acestea prezentei spețe, beneficiarul avea obligația justificării în concret a circumstanțelor prevăzute de art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006.

În prezenta cauză, lucrările suplimentare propuse de Beneficiar care au modificat proiectul inițial nu pot fi încadrate în categoria lucrărilor pentru a căror achiziție nu era necesară decât negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, dat fiind faptul că aceste lucrări nu se datorează apariției unor circumstanțe imprevizibile care ar duce la neîndeplinirea proiectului inițial.

Prin urmare, extrema urgență poate fi invocată numai pentru achiziția de lucrări necesare satisfacerii nevoilor imediate rezultate din evenimente imprevizibile și pentru care nu pot fi aplicate procedurile care constituie regula de bază.

În prezenta speță, lucrările suplimentare contractate de beneficiar s-au impus a fi necesare doar pe parcursul realizării proiectului inițial și fără a avea caracterul unor lucrări de extremă urgență impuse de intervenția imprevizibilă a unor evenimente excepționale și imprevizibile.

Astfel, realizarea acestor lucrări, în mod evident, nu poate fi asociată caracterului imprevizibil necesar aplicării art. 122 lit. i) din OUG nr. 34/2006 deoarece proiectarea și previzionarea tuturor lucrărilor necesare sunt în sarcina exclusivă a proiectantului.”

Suplimentarea serviciilor/lucrărilor în cazul contractelor sectoriale - art. 252 lit. j) din OUG nr. 34/2006

O reglementare similară celei din art. 122 lit. i) din OUG 34/2006 se regăsește și în art. 252 lit. j) din aceeași ordonanță. Reglementarea suplimentării serviciilor/lucrărilor conform art. 252 lit. j) privește însă doar contractele sectoriale din cele patru domenii de utilitate publică: apă, energie, transport și poștă, conform art. 229 și urm. din OUG nr. 34/2006.

Spre deosebire de celelalte contracte de achiziție publică, suplimentarea serviciilor/lucrărilor în cazul contractelor sectoriale nu este limitată la 20% din valoarea contractului inițial.

Ajustarea prețului - HG nr. 925/2006

HG nr. 925/2006⁸⁶ prevede în art. 97 acele situații în care este posibilă ajustarea prețului contractului de achiziție publică.

În toate situațiile acoperite de art. 97 menționat, prețul contractului nu poate fi majorat decât în măsura strict necesară pentru acoperirea creșterii costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului. Mai mult, modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la alterarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri.

Prevederea în contract a unor situații de ajustare a prețului - art. 97 alin. (2) din HG nr. 925/2006

Posibilitatea introducerii în contractul de achiziție publică a unor clauze privind ajustarea prețului contractului este prevăzută în HG nr. 925/2006. Astfel, potrivit art. 97 alin. (2) din HG nr. 925/2006:

„Pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat în următoarele situații:

- au avut loc modificări legislative, modificări ale normelor tehnice sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului;
- pe piață au apărut anumite condiții în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive

⁸⁶ Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006.

ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.”

Conform alin. (3) al art. 97, „posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.”

În cazul modificării indicilor de preț, „autoritatea contractantă are obligația de a preciza modul concret de ajustare a prețului, indici care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.”

Lipsa, modificarea sau completarea ulterioară a respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică.

Ajustarea neprevăzută a prețului în contract - art. 97 alin. (4) din HG nr. 925/2006

În cazul în care posibilitatea ajustării prețului nu a fost prevăzută în contractul de achiziție publică, legislația secundară permite o corectare neprevăzută a prețului contractului în următoarele situații:

- atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât modificările legislative/administrative sau ale indicilor de preț, acoperite de art. 97 alin. (2), sau
- atunci când durata de aplicare a procedurii de atribuire se prelungește, în mod neprevăzut, peste perioada preconizată inițial și din motive care exclud orice culpă a ofertantului/contractantului.

Nu este însă posibilă ajustarea prețului în cazul în care prelungirea duratei de aplicare se datorează culpei autorității contractante (într-un astfel de caz, operatorul economic poate doar solicita în instanță penalități/daune-interese).

Caz ilustrativ. Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal. Decizia nr. 2667/2008.

Societatea ACIC SA a depus plângere împotriva deciziei CNSC nr. 4452/C3/4272 în contradictoriu cu intimata Colegiul Național ESB, solicitând anularea deciziei Consiliului ca netemeinică, constatarea conformității și valabilității ofertei depuse de către societate și continuarea de către Autoritatea Contractantă Colegiul Național ESB a procedurii de atribuire a contractului de achiziții publice.

Oferta a fost respinsă pentru că:

„... oferta ACIC SA a fost declarată neconformă, deoarece nu poate fi acceptată includerea în ofertă și semnarea contractului cu propuneri/observații care conduc la modificarea clauzelor contractuale. (...)

În opinia contestatoarei oferta depusă nu poate fi considerată neconformă întrucât întrunește toate cerințele legale.

De asemenea, a mai arătat că în conformitate cu prevederile art. 2 lit. e) din OUG nr. 34/2006, este evident că pentru respectarea principiului proporționalității, în cazul executării unui contract cu durata de execuție de 36 de luni, părțile trebuie să prevadă ajustarea prețului, fiind previzibil că, într-un interval de 36 luni, intervin modificări ale prețului materiilor prime, materialelor, carburanților, modificări în legislație, precum și în prețul serviciilor și utilităților, schimbări care nu depind de voința nici uneia dintre părți, dar care afectează costurile lucrării, de natură să producă dezechilibre între părți în sensul unor dezavantaje pentru ofertant (executantul lucrărilor).

S-a mai susținut că prin cuprinderea unei propuneri pentru ajustarea prețului, prevăzută ca posibilitate în lege și în contractul-cadru furnizat de autoritatea contractantă, aceasta nu echivalează cu modificarea caietului de sarcini. Dacă o astfel de posibilitate este prevăzută în fișa de date a achiziției, propunerea pentru ajustarea prețului este legală și firească și nu poate servi ca motiv pentru declararea ca neconformă a ofertei depuse de ACIC SA. În drept, sunt aplicabile dispozițiile art. 97 alin. (2) din HG nr. 925/2006 care permit ajustarea prețului contractului de achiziție publică în situațiile în care apar împrejurări care lezează interesele comerciale legitime ale părților și care nu au putut fi prevăzute la încheierea contractului.

S-a mai relevat că art. 95 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 enumeră actele care fac parte din contractul de achiziție publică. Din prevederile acestui articol reiese că propunerea de «Contract de lucru», anexat în caietul de sarcini, nu face parte din documentele necesare încheierii contractului în lipsa unei stipulații exprese în sens contrar, iar în cap. IX din fișa de date a achiziției, se menționează că «eventualele propuneri/observații privitoare la clauzele contractuale specifice se vor prezenta odată cu depunerea ofertei».

Față de condițiile date, contestatoarea ACIC SA arată că a procedat în consecință, aducând la cunoștință comisiei de evaluare că are

observații la cauzele contractuale. Comisia nu a luat nici o hotărâre în acest sens, deși avea dreptul să facă observații la contract, fără ca oferta să fie neconformă, iar prevederile art. 36 alin. (2) litera b) interzic doar acele observații care sunt evident dezavantajoase autorității contractante, ceea ce societății nu-i poate fi imputat.

În final, ACIC SA a solicitat ca oferta sa să fie declarată conformă în lumina celor expuse (...)

Analizând poziția procesuală exprimată de fiecare din participant, probatoriul administrat în cauză din perspectiva dispozițiilor legale incidente, Curtea apreciază plângerea ca nefondată pentru următoarele considerente:

(...) conform art. 97 alin. (4) din același act normativ, modul concret de ajustare a prețului contractului de achiziție publică trebuie să fie stabilit, pe cât posibil, înainte de inițierea procedurii care va fi aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Autoritatea contractantă va preciza, atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, informații/clauze speciale în acest sens. Lipsa respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică.

(...) prin modelul de contract anexat fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă nu a făcut nici o mențiune concretă referitoare la cuantumul și modalitatea de constituire a garanției de bună execuție și la ajustarea prețului contractului, aceste informații regăsindu-se doar în fișa de date a achiziției, astfel că din această perspectivă nu se poate susține cu temei că există neconcordanțe sau ambiguitate, susținerile contrare ale contestatoarei fiind nefondate. (...)

Se poate conchide, așadar, că, întrucât contestatoarea a luat la cunoștință de decizia autorității contractante de a nu permite ajustarea prețului contractului în data de 14 august 2008 și nu a contestat-o în termenul legal prevăzut de art. 272 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, prin depunerea ofertei a acceptat conținutul documentației de atribuire și și-a asumat riscul că, prin formularea ofertei cu nesocotirea acestora, riscă declararea ei ca neconformă sau dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, susținerile contrare fiind nefondate.”

Caz ilustrativ. Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal. Decizia nr. 245R/2008.

„Prin sentința civilă nr. 435 din 19 octombrie 2007, Tribunalul Mureș a admis acțiunea formulată de reclamantul Penitenciarul Târgu Mureș în contradictoriu cu pârâta SC D. SRL și a constatat că pârâta nu și-a îndeplinit obligația contractuală de a furniza furajele comandate conform comenzii nr. 1 din 3 septembrie 2007 comunicată prin fax la data de 3 septembrie 2007, încălcând astfel prevederile art. 9.2 din contractul de furnizare nr. 12-13881 din 4 iunie 2007. A încuviințat ca reclamantul să achiziționeze, pe cheltuiala pârâtei, cantitatea de furaje arătate în comandă, în vederea realizării în natură a obligației contractuale, cu cheltuieli de judecată.

(...) la pct. 9.2 s-a stipulat că furnizorul se obligă să furnizeze produsele în funcție de comenzile depuse de achizitor în termen de 7 zile de la transmiterea comenzii prin fax, în caz contrar urmând a se percepe penalități de 10 lei/zi întârziere, iar la pct. 10.2 se arată că achizitorul se obligă să plătească prețul produselor către furnizor în termenul convenit de la emiterea facturii în termen de 60 de zile de la livrarea mărfii și emiterea facturii. S-a mai stipulat la pct. 18.1 din contract că, pentru produsele livrate, plățile datorate de achizitor furnizorului sunt cele declarate în propunerea financiară, precizându-se la pct. 18.2 că prețul contractului rămâne neschimbat pe toată durata derulării.

Pe cale amiabilă, părțile au convenit definiția forței majore în sensul că aceasta este un eveniment mai presus de voința părților, de controlul acestora, care nu se datorează vinei sau greșelii lor, care nu putea fi prevăzut în momentul încheierii contractului și care face imposibilă executarea, dându-se exemple de asemenea evenimente: războaie, revoluții, incendii, inundații, catastrofe naturale, embargouri etc.

S-a mai reținut că la 19 iulie 2007, pârâta, în calitate de furnizor, a adus la cunoștința achizitorului că se impune ajustarea prețului contractului conform art. 19 din HG nr. 925/2006, datorită creșterii prețurilor elementelor constitutive ale ofertei, cerere cu care reclamantul nu a fost de acord.

S-a considerat de către prima instanță că evenimentul insurmontabil invocat de pârâtă nu se încadrează în noțiunea de forță majoră, evenimentele de producere a secetei fiind previzibile în condițiile schimbărilor climaterice. Instanța a apreciat că invocarea de către

pârâtă a prevederilor art. 97 din HG nr. 925/2006 nu îi sunt favorabile, întrucât potrivit acestora prețul contractului de achiziție publică este ferm și doar prin excepție poate fi ajustat pentru restul rămas de executat, numai în cazul apariției unor împrejurări care lezează interesele comerciale legitime ale părților și care în mod obiectiv nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului. Astfel, instanța de fond a concluzionat că stabilirea prețului sub forma unei sume de bani este de esența vânzării, că pârâta nu a făcut dovada necesității unei ajustări de preț și, câtă vreme nu și-a îndeplinit obligația principală de predare a bunului în funcție de comenzi, achizitorul poate opune excepția de neexecutare sau, după caz, poate solicita daune.

Hotărârea primei instanțe a fost atacată cu recurs de pârâtă. (...) Pe fondul cauzei, reclamantul a făcut dovada unei comenzi ferme transmisă pârâtei la 3 august 2007, iar pârâta nu a dovedit îndeplinirea obligației asumate prin contract. Clauzele contractuale sunt clare, fără echivoc, între părțile contractante au avut loc comunicări scrise cu privire la obiectul disputei - și anume prețul contractului care nu putea fi modificat în maniera dorită de pârâtă, așa cum a fost solicitat prin adresa aflată la fila 10 dosar fond. Argumentele invocate și prin adresa de la fila 13 dosar fond vizau practic o renegociere a prețului contractual pentru considerente care puteau fi prevăzute la data încheierii contractului, cu atât mai mult cu cât obiectul, prețul, durata, obligațiile și sancțiunile sunt cuprinse la capitolul «Clauze obligatorii», iar la art. 5 - «Preț» - nu este prevăzută posibilitatea modificării, în timp ce la «Obiectul contractului» unitatea achiziitoare putea să suplimenteze sau să diminueze cantitățile prevăzute, cu condiția să le notifice furnizorului. Este evident că furnizorul nu și-a executat obligația contractuală de predare a furajelor comandate de achizitor, fără a putea invoca în justificarea refuzului de executare argumente care să constituie un eveniment de forță majoră, situație în care solicitarea reclamantului de a procura cantitatea respectivă de furaje pe cheltuiala pârâtei, bineînțeles în limita prețurilor stabilite prin contract, este justificată, potrivit prevederilor art. 1077 Cod Civil. (...)

Relevant este însă faptul că temeinicia cererii reclamantului rezultă din actele aflate la dosar, în special din aplicarea clauzelor contractuale, argumentele recurente nefiind de natură să înlăture aplicarea lor. Sub nicio formă nu se pot circumscrie cauzei de forță majoră, imposibilitatea de achiziționare a materiilor prime care intră în compoziția produselor prevăzute în contract, din cauza lipsei de

pe piață, determinată de seceta prelungită, aspecte invocate în adresa depusă de recurentă la fila 5 dosar.

Forța majoră este clar definită de părți, iar probabilitatea de producere a secetei exista, în condițiile climaterice actuale și la data încheierii contractelor, fiind un fenomen previzibil.

Față de cele ce preced, văzând și prevederile art. 312 alin. (1) Cod Procedură Civilă, recursul va fi respins ca nefondat.”

Caz ilustrativ. ÎCCJ, Secția II civilă. Decizia nr. 189/2013

„(...) reclamanta SC C.E. SA Câmpina a chemat în judecată pe pârâta SC F.D.E.E. - E.D.M.N. SA - S.D.E.E. Ploiești, pentru ca, prin hotărârea ce se va pronunța, să se constate că reclamanta a executat, în favoarea pârâtei, lucrări suplimentare (conform anexei 1 la cerere) necesare pentru darea în folosință a obiectivului «Modernizare conexiune 20 + 10 kV în stația trafo 110/20/10 kv Câmpina», lucrări care includ costuri de materiale și manoperă ce exced documentației ce a stat la baza încheierii contractului din 28 ianuarie 2008 (...)

După analizarea actelor și lucrărilor dosarului, Tribunalul Prahova, prin sentința nr. 550 din data de 13 iulie 2011, a admis acțiunea precizată, în parte.

Instanța de fond a reținut că părțile au încheiat contractul nr. 53/28 ianuarie 2008 adiționat – «Modernizare conexiune 20 + 10 kv în stația trafo 110/20/10 kv Câmpina», ca urmare a câștigării de către reclamantă a licitației organizate.

S-a reținut de către instanța de fond că, în conformitate cu alin. (4) al articolului menționat, ajustarea prețului contractului de achiziție publică este posibilă fără îndeplinirea condițiilor prevăzute la alin. (3) al aceluiași articol și în cazul menționat la lit. a), respectiv «atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. (2) lit. a) și b)».

În cauză, părțile au prevăzut în cuprinsul contractului obligațiile achizitorului, clauze cuprinse în art. 11.6, potrivit căruia acesta «este pe deplin responsabil de exactitatea documentelor și a oricăror altor informații furnizate executantului, precum și pentru dispozițiile și livrările sale.»

Corelativ acestei obligații, deși s-a trecut în titlul privind obligațiile principale ale Executantului, la art. 10.3, părțile au prevăzut că «executantul nu va fi răspunzător pentru proiectul și caietele de sarcini, care nu au fost întocmite de el».

La art. 10.5 alin. (2) din contract, părțile au prevăzut de asemenea că «în cazul în care, pe parcursul execuției lucrărilor, survine o eroare în poziția, cotele, dimensiunile sau aliniamentul oricărei părți a lucrărilor, executantul are obligația de a rectifica eroarea constatată, pe cheltuiala sa, cu excepția situației în care eroarea respectivă este rezultatul datelor incorecte furnizate, în scris, de către proiectant».

A rezultat că, în cauză, proiectul tehnic faza CS întocmit de către pârâtă pentru inițierea licitației publice a fost eronat întocmit, ceea ce presupune culpa acesteia.

Analizând decizia recurată sub aspectul motivelor de recurs invocate de recurentă, Înalta Curte constată următoarele:

Față de situația de fapt reținută de instanța de apel, Înalta Curte apreciază ca fiind fondată critica recurente referitoare la aplicarea greșită a dispozițiilor art. 97 alin. (4) și (5) din HG nr. 925/2006.

În acest sens, se reține, pe de o parte, că reclamanta nu a invocat ca temei juridic al acțiunii sale textul legal evocat mai sus, iar pe de altă parte, că ajustarea prețului este permisă numai cu caracter excepțional. Circumstanțele imprevizibile și independente de voința părților la care se referă textul legal nu au fost analizate de Curtea de Apel, reținându-se de către aceasta numai că lucrările executate au fost neprevăzute de părți, fiind rezultatul unor erori din caietul de sarcini.

Prin urmare, instanța de apel nu a lămurit toate împrejurările cauzei, atât din punct de vedere al temeiului juridic al acțiunii, cât și din punct de vedere al aplicării normelor legale în materia achizițiilor publice, în măsura în care se aprecia că acestea sunt incidente în cauză, ceea ce ar atrage și o altă calificare a căii de atac.”

5.3.2 Modificări permise de modelele standard de contract FIDIC

Autoritățile contractante pot utiliza diverse modele de contract, între cele mai cunoscute fiind cele publicate de Federația Internațională a Inginerilor Consultanți – FIDIC.⁸⁷ Această federație a publicat modele de contracte pentru cele mai frecvente tipuri de achiziție a proiectelor de construcții și instalații, cum ar fi: Contractul pentru Construcții, Contractul de Echipamente și Instalații (Proiectare-Execuție), Contractul „la Cheie”, Contractul de Proiectare-Execuție-Operare etc.

Guvernul român a dobândit dreptul de a utiliza modelele de contract FIDIC în anul 2006,⁸⁸ adaptându-le ulterior la legislația privind achizițiile publice din România.

Contractele FIDIC sunt structurate în Condițiile Generale și Condițiile Speciale. Condițiile Generale și Condițiile Speciale alcătuiesc împreună Condițiile de Contract care guvernează drepturile și obligațiile Părților.

Prin Condițiile Speciale se realizează adaptarea Condițiilor Generale de Contract la legislația română, în principal la cea privind achizițiile publice, la specificul proiectului și la nevoile specifice ale Autorității Contractante, dacă este cazul. Condițiile Speciale de Contract urmează structura (și numerotarea) Condițiilor Generale de Contract, fiecare Clauză și Sub-Clauză a Condițiilor Speciale de Contract construindu-se prin referire la Clauza (Sub-Clauza) căreia i se adresează.

Pe lângă posibilitățile de modificare a contractului permise direct de legislația în vigoare, modelele standard de contract FIDIC includ și ele posibilitatea modificării contractului de achiziție publică ce urmează standardul respectiv.

Condiții fizice imprevizibile - sub-clauza 4.12

În cazul în care operatorul se întâlnește cu „condiții fizice naturale și artificiale, precum și alte obstacole fizice și factori poluanți, (...) inclusiv condițiile subterane și hidrologice, cu excepția condițiilor climaterice”, acesta poate transmite o înștiințare Inginerului și, în cazul în care „înregistrează întârzieri și/sau se produc Costuri suplimentare datorită

87 <http://fidic.org/>

88 În 27 iunie 2006, a fost semnat un acord între Ministerul Economiei și Finanțelor din România și FIDIC (Federația Internațională a Inginerilor Consultanți). Referințe despre transpunerea condițiilor de contract FIDIC în română se regăsesc la http://www.fonduri-structurale.ro/Document_Files/Stiri/00004596/ucxvr_Ghidul%20beneficiarului_FIDIC.pdf

acestor condiții, are dreptul la prelungirea perioadei de execuție și la plata Costurilor suplimentare”.

Prelungirea duratei de execuție - sub-clauzele 8.4 și 8.5

Antreprenorul poate solicita Inginerului o prelungire a Duratei de Execuție în una din următoarele situații:

- o Modificare în sensul sub-clauzei 13.3 din același contract FIDIC,
- un motiv de întârziere care acordă dreptul prelungirii Duratei de Execuție potrivit prevederilor unei Sub-Clauze din aceste Condiții de Contract,
- condiții climatice nefavorabile excepționale,
- lipsa imprevizibilă a Personalului sau a Bunurilor, datorată unor epidemii sau acțiuni guvernamentale, sau
- o întârziere, impediment sau obstacol cauzate de, sau care pot fi atribuite Beneficiarului, Personalului Beneficiarului sau altor antreprenori ai Beneficiarului care își desfășoară activitatea pe Șantier.”

Motive de prelungire mai sunt și cele prevăzute de sub-clauza 8.5:

- „Antreprenorul a urmat întocmai procedurile stabilite de autoritățile publice legal constituite din Țară,
- autoritățile întârzie sau întrerup activitatea Antreprenorului, și
- întârzierile sau întreruperile au fost Imprevizibile.”

Modificări și actualizări - clauza 13

Atât în modelul standard de contract FIDIC Galben (adaptat în limba română sub numele Condiția de Contract pentru Echipamente și Construcții inclusiv Proiectare pentru echipamente electrice și mecanice și pentru clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către antreprenor), cât și în modelul standard de contract FIDIC Roșu (adaptat în limba română sub numele Condiția de Contract pentru Construcții pentru clădiri și lucrări ingineresti proiectate de către beneficiar), procedura modificărilor inițiate de Inginer este prevăzută în clauza 13.

În cazul modelului standard de contract FIDIC Galben, părțile pot ajunge la actualizarea Prețului Contractului și a Graficului de Plăți conform Sub-Clauzei 3.5 - Stabilirea Modulului de Soluționare. Actualizarea include un profit rezonabil pentru operatorul economic.

În cazul modelului standard de contract FIDIC Roșu, modificările se evaluează conform prevederilor Clauzei 12 - Măsurarea și Evaluare.

5.4. Modificarea contractelor - jurisprudență europeană

Speța de referință în domeniul modificărilor contractelor de achiziție publică este Cauza Presstext. În cauză, câștigătorul procedurii a transmis contractul filialei sale și anumite prevederi din contract au fost modificate. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că modificările aduse unui contract existent trebuie să fie considerate drept un nou contract în cazul în care modificările sunt substanțial diferite față de prevederile contractului inițial și, prin urmare, să se demonstreze că a fost intenția părților de a renegocia elementele de bază ale contractului.

Corelativ, modificările care nu sunt substanțiale pot fi convenite, fără cerința unei noi proceduri de atribuire a contractului.

Decizia CJUE în Cauza Presstext enumeră trei criterii care trebuie avute în vedere pentru a aprecia dacă o modificare a prevederilor contractului inițial este substanțială:

- în contract sunt introduse condiții care, dacă ar fi fost parte din procedura de atribuire inițială, ar fi permis acceptarea altor ofertanți sau a unei alte oferte decât cele admise inițial;
- domeniul de aplicare a contractului inițial încheiat s-ar extinde considerabil pentru a include servicii care nu erau acoperite inițial;
- modificarea ar schimba echilibrul economic al contractului în favoarea operatorului, într-un mod care nu a fost prevăzut în documentația inițială de atribuire.

5.5. Nereguli în pregătirea documentației de atribuire cu consecințe asupra implementării contractului. Exemple practice

În încercarea de a asigura o normală execuție a contractului, autoritățile contractante tind să stabilească cerințe excesive cu privire la experiența similară și la personalul tehnic de specialitate care ar urma să fie utilizat în implementare. O verificare a respectării principiului proporționalității în introducerea cerințelor din fișa de date trebuie să pornească de la riscurile de neîndeplinire a contractului identificate de autoritatea contractantă.

Modul în care autoritatea contractantă întocmește fișa de date sau caietul de sarcini poate avea consecințe asupra obținerii unor avantaje de către anumiți operatori economici pentru care fie există un interes în desemnarea drept contractori, fie se creează premisa unor modificări ulterioare de contract care să-i avantajeze.

Caz ilustrativ – Achiziție lucrări – date nereale (cantități supraevaluate ori subevaluate) în documentația tehnică

Includerea în documentația tehnică a unor date nereale: pentru anumite categorii de lucrări se comunică ofertanților cantități supraevaluate, pentru care, în implementare, se vor întocmi note de renunțare. În mod corespunzător, pentru alte categorii de lucrări se comunică cantități subevaluate, pentru care, în etapa de implementare, va exista o nevoie obiectivă de întocmire a unor note de comandă suplimentară.

Ofertantul avizat subvaluează prețul unitar al lucrărilor la care urmează să se renunțe și supravaluează prețul unitar pentru cantitățile de lucrări pentru care are informații sau deduce că se vor suplimenta. Valoarea de ofertă a persoanei avizate este una competitivă, care poate conduce la atribuirea contractului, însă, în situația în care acest ofertant este desemnat contractant, va obține fonduri suplimentare, în detrimentul interesului beneficiarului public.

Caz ilustrativ – Acordarea unor avansuri contractantului în condițiile în care autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit integral obligațiile

Contractorul obține avans în prima lună după semnarea contractului, iar garantarea avansului se face prin prezentarea unei polițe emisă de o societate de asigurări.

Contractantul nu începe execuția lucrărilor și invocă faptul că autoritatea contractantă nu a finalizat exproprierea terenurilor, astfel că nu are la dispoziție, liber de orice sarcină, terenul în care ar urma să fie realizată organizarea de șantier.

Părțile ajung la dispută, iar o perioadă îndelungată nu este găsită o soluție de depășire a impedimentului (corelat și cu probleme ce țin de realizarea serviciului de expropriere). În acest interval, contractantul intră în insolvență și încetează execuția lucrărilor.

Bună practică

În vederea reducerii riscului de neexecutare a contractului, autoritatea contractantă are obligația să demareze procedura de achiziție publică numai după ce a obținut toate aprobările și autorizațiile, respectiv este în măsură să pună la dispoziția contractantului toate facilitățile menționate în contract. De asemenea, la momentul emiterii ordinului de începere a lucrărilor trebuie să se asigure că sunt obținute toate avizele necesare demarării lucrărilor.

Caz ilustrativ – Erori în documentația tehnică

În procedura de licitație care a avut ca obiect încheierea unui contract de achiziție lucrări, în documentația tehnică au fost cuprinse anumite categorii de lucrări în cantități supraevaluate.

Deși contractantul cunoștea încă din etapa de ofertare că valoarea unitară a anumitor cantități depășește necesarul pentru ducerea la îndeplinire a contractului, nu a semnalat acest lucru autorității contractante printr-o solicitare de clarificări.

Fiind desemnat adjudecatar, în etapa de implementare va executa cantitatea reală/necesară obiectiv de lucrări, dar va solicita la decontare cantitatea ofertată de lucrări.

Valoarea contractului este neschimbată, se ating parametrii calitativi ai proiectului.

O asemenea situație este posibilă atunci când există o convență între proiectant, dirigintele de șantier și contractant/eventual beneficiar.

Faptul că nici unul dintre ofertanți nu semnaleză eroarea ce ține de cantitatea excedentară de lucrări indică fie o înțelegere între ofertanți, fie că ofertele au fost depuse la nivel formal, fără o atentă analiză a cerințelor.

Caz ilustrativ – Neconcordanțe în corelarea unor proiecte publice

Autoritatea contractantă trebuie să implementeze două contracte - unul proiectare și execuție, altul execuție lucrări.

Primul contract are ca obiect proiectarea și executarea unei stații de epurare.

Cel de-al doilea contract este pentru execuția unei rețele de alimentare cu apă și a uneia de canalizare în aceeași localitate.

Lansarea procedurilor de achiziție are loc simultan.

Procedura care are ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor pentru stația de epurare se finalizează prima. Ca o primă etapă în executarea contractului, se întocmește proiectul tehnic pentru stația de epurare. Ulterior, se finalizează și cea de-a doua procedură – execuția rețelei de alimentare cu apă și a rețelei de canalizare care trebuie racordate la stația de epurare.

Proiectantul stației de epurare descoperă că terenul de amplasament al stației este în litigiu - nu este în domeniul public și nu este bugetată o eventuală expropriere pentru cauză de utilitate publică. Proiectantul pune în vedere beneficiarului necesitatea modificării amplasamentului stației de epurare datorită problemelor de regim juridic apărute. Beneficiarul este de acord cu mutarea amplasamentului stației, dar nu informează contractantul lucrărilor de rețele de apă și canalizare despre aceasta.

Între timp, executantul rețelei de apă și canalizare a început lucrările având în vedere vechiul amplasament al stației de epurare. Atât

acestui, cât și proiectantului acestor lucrări nu li se pot imputa schimbarea amplasamentului stației de epurare. Trebuie avut în vedere faptul că pentru funcționarea stației de epurare traseul rețelei de canalizare trebuie să fie prelungit, iar ulterior este necesară și adaptarea traseului rețelei de alimentare cu apă. Sunt lucrări suplimentare care nu se pot încadra în categoria lucrărilor neprevăzute.

Bună practică

Autoritățile contractante trebuie să gestioneze foarte bine și să urmărească derularea proiectele conexe. Lansarea unei proceduri de achiziție să nu fie permisă decât în cazul în care se cunoaște situația juridică a terenului pe care trebuie amplasată investiția, certificatul de urbanism/ autorizația de construire să facă parte din documentația de atribuire.

În cazul unor situații ca cele prezentate, când este absolut necesară modificarea proiectului datorită modificărilor apărute în alte contracte aflate în derulare, să fie permisă achiziționarea lucrărilor prin procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare.

În practica organelor de urmărire penală și a instanțelor, în soluționarea diverselor dosare, s-a ridicat problema obligativității respectării dispozițiilor OUG nr. 34/2006 de către acele entități care și-au întocmit un regulament al achiziției cu transpunerea întocmai a dispozițiilor OUG nr. 34/2006.

Un caz similar este și acela în care, deși achiziția publică se încadrează în excepția prevăzută de art. 16 din OUG nr. 34/2006, autoritățile contractante aleg să deruleze o procedură competitivă prin aplicarea regulilor generale prevăzute de actul normativ.

Caz ilustrativ. În acest sens, relevant este aspectul reținut de instanța supremă în interpretarea dată în cadrul Deciziei nr. 1248/2014 din 12 martie 2014 a Secției de contencios administrativ și fiscal:

„Este adevărat că serviciile achiziționate de recurentă prin procedura licitației deschise se încadrează în anexa nr. 2B, iar valoarea contractului este sub limita prevăzută de art. 57 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, situație în care, în raport de dispozițiile art. 16, «obligația de a aplica prezenta ordonanță nu se impune», dar în condițiile în care

recurenta-reclamantă a declanșat procedura de atribuire conform OUG nr. 34/2006, aducând la cunoștința participanților procedura aleasă, avea obligația de a respecta în tot dispozițiile actului normativ în temeiul căruia a fost desfășurată întreaga procedură de atribuire, aspect reținut corect de prima instanță.

Susținerea recurente, în sensul «că procedura derulată în aplicare a prevederilor OUG nr. 34/2006 este corectă, având în vedere încadrarea sa la art. 16 din Ordonanță», nu are un fundament legal în condițiile în care în anunțul de participare, anunțul de atribuire, face trimitere la OUG nr. 34/2006 și toată procedura de atribuire pentru încheierea contractului de servicii s-a desfășurat conform regulilor generale stabilite de același act normativ.

În raport de dispozițiile art. 16 din OUG nr. 34/2006, recurenta nu avea obligația de a aplica în procedura de atribuire a contractului de servicii de formare profesională regimul juridic prevăzut de ordonanță, dar alegând să urmeze procedura stabilită de actul normativ arătat avea obligația de a-l respecta în totalitate.”

În etapa de implementare, una dintre problemele care pot genera o întârziere în finalizarea în termen a contractului este și intrarea în insolvență a contractului sau apariția unor neînțelegeri între operatorii care au depus o ofertă comună.

Pentru evitarea pierderilor generate de un eventual faliment al operatorului desemnat să ducă la îndeplinire contractul, pentru proiectele încheiate pe POS MEDIU, Ministerul Fondurilor Europene împreună cu Ministerul Mediului și Schimbărilor Climatice au emis o Instrucțiune – nr. 47/20.01.2014, respectiv nr. 150608/15.01.2014 - prin care se precizează și modul în care se monitorizează de către Autoritatea Contractantă garanția de bună execuție a contractului într-o asemenea situație.

6. Frauda în achiziții publice

Ca regulă generală, modalitățile de fraudare în contractele de achiziție publică se circumscriu situațiilor de modificare a regulilor contractuale, neacoperite de prevederi legale sau clauze contractuale (precum cele prezentate în capitolul anterior).

„Nota informativă privind indicatorii de fraudă pentru FEDR, FSE și FC” (COCOF⁸⁹ 09/0003/00-RO), elaborată de Comisia Europeană, a fost transpusă în legislația românească prin Hotărârea nr. 875/2011.⁹⁰ Aceasta a stabilit norme metodologice de aplicare a OUG nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor în utilizarea fondurilor europene și/sau fondurilor naționale aferente.

6.1. Indicatori de fraudă în legătură cu contractele de achiziție publică

Comisia Europeană a identificat mai multe modalități de fraudare în legătură cu executarea contractului de achiziție publică.

a) Stabilirea incorectă a costurilor

Un contractant poate comite o fraudă prin facturarea cu intenție a unor costuri care nu sunt permise sau rezonabile sau care nu pot fi alocate în mod direct sau indirect unui contract. Costurile de manoperă sunt mai susceptibile să fie utilizate abuziv decât costurile materialelor, deoarece, în teorie, costurile cu forța de muncă pot fi percepute pentru orice contract.

Costurile cu forța de muncă pot fi manipulate prin crearea de fișe de pontaj fictive, modificarea fișelor de pontaj sau a documentației aferente ori prin simpla facturare a unor costuri majorate artificial pentru forța de muncă, fără documente justificative.

89 COCOF – Coordination Committee of the Funds – Comitetul de gestionare a fondurilor este un organism permanent al Comisiei Europene, condus de Comisie, la care participă oficiali din statele membre, cu rolul de a dezbate subiecte aferente aplicării reglementărilor de accesare și cheltuire a fondurilor europene.

90 Hotărârea nr. 875/20122 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

Indicatori de fraudă:

- sume excesive sau neobișnuite percepute pentru forța de muncă;
- sumele percepute pentru forța de muncă nu sunt reflectate de evoluția lucrărilor prevăzute de contract;
- modificări evidente ale fișelor de pontaj;
- nu se găsesc fișele de pontaj;
- pentru aceleași costuri ale materialelor se percep sume în mai multe contracte;
- costurile indirecte sunt facturate drept costuri directe.

b) Manipularea prețurilor

Manipularea prețurilor în cadrul contractelor are loc atunci când contractanții nu pun la dispoziție date curente, complete și exacte privind costurile sau prețurile în propunerile de prețuri, ceea ce are ca rezultat creșterea prețului contractului.

Indicatori de fraudă:

- contractantul refuză, amână sau nu poate furniza documente justificative privind costurile;
- contractantul furnizează documente incorecte sau incomplete;
- informațiile privind prețul nu mai sunt valabile;
- prețuri ridicate comparativ cu contracte similare, liste de prețuri sau medii la nivel de industrie.

c) Neîndeplinirea specificațiilor contractului

Contractanții care nu îndeplinesc specificațiile contractului și apoi declară în mod fals și cu bună știință că le-au îndeplinit comit o fraudă.

Exemple de astfel de sisteme includ utilizarea de materiale de construcție care nu respectă standardele, componente de calitate inferioară, fundații necorespunzătoare în cazul lucrărilor de construcție a drumurilor etc. Motivul este, în mod evident, creșterea profiturilor prin reducerea costurilor, evitarea penalizărilor pentru nerespectarea termenelor limită etc.

Multe astfel de sisteme sunt dificil de detectat în absența unor inspecții sau teste amănunțite efectuate de experți independenți în domeniu. Există totuși posibilitatea ca autorii fraudelor să încerce să-i mituiască pe inspecții.

Indicatori de fraudă:

- discrepanțe între rezultatele testelor și inspecțiilor, pe de o parte, și clauzele și specificațiile contractului, pe de altă parte;
- absența certificatelor sau a documentelor de testare sau inspecție;
- calitate inferioară, activitate nesatisfăcătoare și număr mare de reclamații;
- în documentele contabile ale contractantului există indicii potrivit cărora contractantul nu a achiziționat materialele necesare lucrărilor, nu deține sau nu a închiriat echipamentul necesar pentru efectuarea lucrărilor sau nu dispune de suficienți lucrători pe șantier. (NB: această verificare încrucișată se poate dovedi utilă.)

d) Facturi false, duble sau cu prețuri excesive

Un contractant poate prezenta cu bună știință facturi false, duble sau cu prețuri excesive, acționând pe cont propriu sau în cooperare cu angajați responsabili cu procesul de contractare, în urma coruperii acestora.

Indicatori de fraudă:

- mărfuri sau servicii facturate care nu se află în inventar sau nu pot fi localizate;
- nu există confirmări de primire a unor bunuri sau servicii facturate;
- comenzile de achiziție pentru unele bunuri sau servicii facturate sunt inexistente sau suspecte;
- registrele contractantului nu indică finalizarea lucrărilor sau efectuarea cheltuielilor necesare;
- prețurile de facturare, sumele, descrierile sau datele privind articolele depășesc sau nu corespund cu prevederile contractuale, comanda de achiziție, fișele de magazie, inventarul sau rapoartele de producție;
- facturi multiple cu sumă, număr, dată etc. identice;
- subcontracte în cascadă;
- plăți în numerar;
- plăți către societăți off-shore.

e) Substituția produsului

Substituția produsului se referă la înlocuirea, fără știința cumpărătorului, a produselor prevăzute în contract cu unele de calitate inferioară. În cel mai

rău caz, substituția produselor poate pune în pericol viața, de exemplu - deficiențe ale infrastructurii sau clădirilor.

Substituția este o opțiune „atractivă” în special în cazul contractelor care prevăd utilizarea de materiale costisitoare, de calitate superioară, care pot fi înlocuite cu produse mult mai ieftine, cu aspect similar.

Substituția implică de multe ori componente care nu pot fi detectate cu ușurință. De asemenea, atunci când au loc inspecții, pot fi prezentate eșantioane special create, pentru a-i induce în eroare pe inspectori.

Indicatori de fraudă:

- ambalaje neobișnuite sau generice: ambalajul, culorile sau forma diferă de norme;
- discrepanțe între aspectul așteptat și cel real;
- numerele de identificare a produsului diferă de numerele publicate sau cele de catalog ori de sistemul de numerotare;
- număr de defecțiuni înregistrat în cadrul testelor sau în utilizare peste medie, înlocuiri anticipate ori costuri ridicate de întreținere și de reparație;
- certificatele de conformitate sunt semnate de persoane necalificate sau neautorizate;
- diferențe semnificative între costurile estimate și cele reale ale materialelor;
- contractantul nu a respectat graficul lucrărilor, dar recuperează întârzierile cu rapiditate;
- numere de serie atipice sau șterse ori numere de serie care nu corespund sistemului de numerotare al producătorului autentic;
- numerele sau descrierile facturii sau ale obiectelor de inventar nu corespund datelor din ordinul de achiziție.

6.2. Modalități de fraudare a achizițiilor publice

Un sector cu potențial criminogen ridicat și cu o incidență mare a infracțiunilor de abuz în serviciu este sectorul bugetar prin:

- achiziții publice de produse, lucrări și servicii la prețuri și tarife mult superioare față de valoarea de piață;
- direcționarea preferențială a achizițiilor publice către societăți comerciale unde sunt interesați în mod direct sau indirect ordonatorii de credite sau organizatorii licitațiilor.

În concret, se pot constata:

- **licitații trucate - metoda „mâinii moarte”** - prin participarea, alături de ofertantul interesat, a altor societăți, în conivență;
- **neîndeplinirea obligațiilor legale privind publicitatea** în cazul acestor achiziții, înlăturându-se astfel posibilitatea participării în mod competitiv a oricărui alt ofertant;
- **atribuirea contractelor de achiziții la un preț mai mic**, pentru a se crea iluzia legalității acestor operațiuni, ca apoi, prin întocmirea de **acte adiționale**, prețurile sau tarifele să fie mărite;
- ocolirea licitațiilor prin **fragmentarea valorii de achiziție** sub valoarea impusă de lege pentru organizarea de licitații;
- achiziții de bunuri de la **intermediari** la prețuri ce conțin adaosuri comerciale mari, fiind înlăturați producătorii sau importatorii direcți;
- **efectuarea de plăți** de către achizitori în contul unor furnizori **fără ca bunurile contractate să fie livrate** ori fără a fi aferente unor lucrări și servicii executate.

Pentru aceste „favoruri”, persoanele cu atribuții de conducere, administrare sau de gestiune pot fi beneficiarele unor „recompense”, ce constau în sume de bani, cadouri primite direct sau prin interpuși ori alte foloase necuvenite. De asemenea, comportamentul unui funcționar poate fi influențat și prin sponsorizări ale agenților economici respectivi ori a instituțiilor pentru efectuarea unor deplasări în străinătate sau pentru organizarea unor activități de natura simpozioanelor, bilanșurilor de activitate etc.

În lipsa unor probe prin care să fie documentată operativ primirea de către funcționarul cu rol în atribuirea unui contract public a unor foloase necuvenite, instrumentul de lucru al anchetatorului se rezumă, cel puțin într-o primă fază, la analiza documentelor întocmite în procedură (note de fundamentare, note privind alegerea factorilor de evaluare și selecție, note de estimare a valorii contractului, procese verbale intermediare de evaluare, declarații standard date de membrii comisiilor de evaluare sau de ofertant etc.).

Coroborând cu alte indicii specifice fiecărui dosar, anchetatorul are ca prim punct de urmărit în dovedirea unei fapte de natura ilicitului penal definirea unei anume infracțiuni, iar ulterior să identifice dacă, raportat la situația de fapt, există elementele constitutive ale acesteia și să demareze cercetarea penală.

Practica a relevat că, în legătură cu fraudele legate de achiziții publice, **infracțiunea care subzistă este una de rezultat – de cele mai multe ori abuzul în serviciu – art. 248 din vechiul Cod Penal, actualmente art. 297 din Codul Penal.**

6.3. Activități care concură la producerea de prejudicii - exemple

Din experiența practică a specialiștilor în achiziții, etapele sau elementele care concură la crearea de prejudicii printr-o acțiune care implică fie intenția, fie culpa personalului care îl reprezintă pe beneficiarul contractului sunt următoarele:

- depășirea termenului de execuție a contractului;
- nerespectarea devizului de lucrări;
- nerespectarea propunerii tehnice în executarea contractului;
- achitarea unor lucrări/servicii/produse fictive;
- atribuirea mai multor contracte aceluiași operator, în aceeași perioadă, fără a exista resurse distincte alocate fiecărui contract;
- ajustarea incorectă a prețului;
- modificarea clauzelor contractuale de o manieră defavorabilă beneficiarului;
- derularea contractului de lucrări/furnizare fără menționarea cantităților;
- încheierea de acte adiționale pentru suplimentarea lucrărilor/serviciilor/produselor, fără respectarea cadrului concurențial;
- derularea unor negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț, în scopul acoperirii greșelilor de execuție și/sau proiectare;
- inexistența controlului de calitate pe parcursul derulării contractului;
- recepția lucrărilor fără respectarea HG nr.273/1994;⁹¹
- angajarea, lichidarea, ordonanțarea și realizarea de plăți care depășesc prevederile bugetare;
- deturnarea fondurilor publice.

91 Hotărârea nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora.

Vom exemplifica modul în care unele dintre practicile indicate pot conduce la crearea unor pagube în bugetul entității publice și, implicit, bugetului de stat prin evidențierea raționamentului pe care un expert îl aplică legat de un eventual prejudiciu.

Nerespectarea termenului de execuție în contractul de lucrări

Caz ilustrativ. Atribuirea unui contract de lucrări pentru extinderea rețelei de canalizare.

Criteriul de atribuire: oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

Factorii de evaluare: preț – 60 % și termen de execuție 40 %.

Ofertant A: preț 4.185.000 lei; 6 luni; 100 puncte.

Ofertant B: preț 3.769.000 lei; 8 luni; 86,3 puncte.

Diferența dintre cele oferte: 416.000 lei.

Deși *Ofertantul A* are un preț mai mare decât *ofertantul B*, acesta va fi desemnat câștigător în urma aplicării algoritmului de calcul, întrucât a avut un termen cu două luni mai scurt.

Ofertantul B va fi clasat pe locul 2, deși are prețul mai scăzut.

După semnarea contractului și ulterior momentului primirii ordinului de începere a lucrărilor, extinderea rețelei de canalizare trebuia terminată în șase luni.

În cea de a șasea lună, constructorul solicită beneficiarului să accepte prelungirea termenului de execuție cu încă o lună, motivând o defecțiune a buldoexcavatorului alocat execuției lucrării, precum și faptul că e nevoie să aștepte piesele de schimb, pentru care a primit asigurări că ajung abia după 25 de zile.

La sfârșitul celei de a șaptea luni, contractorul (cel care a fost *Ofertantul A*) solicită încheierea celui de-al doilea act adițional, pentru o prelungire a duratei de execuție cu încă o lună, motivând că vremea nefavorabilă nu-i permite finalizarea lucrării.

Astfel, de la o ofertă cu un termen de șase luni, lucrarea se finalizează în opt luni.

Întorcându-ne la momentul t_0 în care s-a făcut evaluarea ofertelor, respectiv atribuirea contractului, observăm că la aceeași durată de realizare a lucrării, respectiv opt luni, beneficiarul ar fi trebuit să încheie contractul cu *Ofertantul B*, situație în care ar fi realizat și o economie de 416.000 lei, cât reprezintă diferența financiară dintre cele două oferte.

În faza de urmărire penală, aprecierea potrivit căreia suma de 416.000 lei ar putea reprezenta un prejudiciu pentru autoritatea contractantă nu are un suport care să o valideze, în lipsa altor elemente de probă. Elementele constitutive ale abuzului s-ar contura în măsura identificării unor probe care să releve o acțiune sau inacțiune din partea funcționarului de natură să-i creeze contractorului un folos necuvenit.

Aplicând strict contractul, beneficiarul ar fi trebuit totuși să calculeze penalități de întârziere, în măsura în care există o astfel de clauză.

Neaplicarea penalităților îi este direct imputabilă ofițerului de contract, iar sancțiunea ar putea consta în executarea bunurilor din patrimoniu până la concurența sumei reprezentând penalitățile neîncasate.

Nerespectarea devizului de lucrări

Această practică incorectă, de natură a-l prejudicia pe beneficiar, constă în aceea că fie există o diferență între cantitățile de materiale puse în operă și cele din proiectul tehnic în baza căruia s-a ofertat, fie unele obiective din deviz nu mai sunt realizate în faza de implementare.

Caz ilustrativ. Contract pentru construcție autostradă.

În lista privind cantitățile – F3 – s-a prevăzut turnare beton armat pentru fundație – 1mc (1x2x0,5). În situația de lucrări s-a menționat beton armat pentru fundație – 1mc (1x2x0,5).

După recepția fundației, se constată fundație de 1x2x0,2.

Caz ilustrativ. Contract pentru construcție autostradă – amenajare parcare.

În centralizatorul pe obiective/Amenajare parcare, s-a prevăzut construire grup sanitar pe o suprafață de 20 mp.

În situația de lucrări s-a menționat grup sanitar pe o suprafață de 20 mp, cu 10 toalete, 4 lavoare, 4 oglinzi etc.

După semnarea recepției clădirii, se constată o construcție ridicată pe 16 mp, cu doar 6 toalete, 2 lavoare, 2 oglinzi, gresie, faianță în cantități mai mici decât cele din deviz (recepția a fost efectuată formal sau persoanele din comisia de recepție și-au încălcat atribuțiile).

Achitarea unor lucrări/servicii fictive

Caz ilustrativ. Contract pentru construcție autostradă – lucrări de curățire și defrișare.

În lista privind cantitățile – F3 – sunt prevăzute lucrări de curățire și defrișare amplasament Tronson B – 1 ha.

Prin verificarea contului analitic al contractorului, firma X SRL, în fișa contabilă se observă înregistrarea unor încasări pentru lucrări (10.09.2010) realizate anterior semnării contractului de construcție autostradă (15.03.2011); factura din 10.09.2010 făcea dovada realizării unor lucrări de defrișare amplasament – Tronson B – 1 ha.

În baza contractului adjudecat, X SRL facturează în 02.05.2011 lucrări defrișare amplasament – Tronson B – 1 ha.

Deși aceste lucrări au fost incluse în proiect, executantul nu avea ce să mai defrișeze, întrucât zona era curățată înainte de atribuirea contractului.

Atribuirea mai multor contracte aceluiași operator, în aceeași perioadă, fără a exista resurse distincte alocate fiecărui contract

Pentru a reliefa această practică avem în vedere semnarea unor contracte și acceptarea la decontare a unor situații de lucrări sau centralizatoare privind efectuarea de servicii pentru contracte derulate cu același operator sau operatori diferiți, în aceeași perioadă sau în perioade apropiate, însă care au un obiect ce se exclude reciproc.

Caz ilustrativ. Contract de servicii de curățenie (măturat stradal) pentru o stradă în construcție.

Prin verificarea contului analitic al operatorului X SRL, în fișa contabilă se observă existența unor înregistrări de facturi pentru servicii de măturat stradal, în aceeași perioadă cu înregistrarea de facturi pentru lucrări construcții la aceeași stradă.

Din verificarea situațiilor de lucrări pentru construcții și, respectiv, a documentelor privind recepția unor servicii prestate pentru curățenie stradală, a reieșit că pe aceeași stradă s-au executat în același interval de timp atât servicii de curățenie (măturat stradal), cât și lucrări de recondiționare pavaj, aspect care denotă o imposibilitate, cel puțin pentru unul dintre cele două elemente de prestare pretins efectuate.

Caz ilustrativ. Contract de măturat parcări suprapus peste un contract de dezăpezire.

În septembrie 2011, a fost încheiat cu firma X SRL un contract pentru măturat parcări.

În ianuarie 2012, s-a achitat contravaloarea prestării serviciului pentru 2.500 ore de lucru.

În octombrie 2011, s-a încheiat cu aceeași firmă, X SRL, un contract de dezăpezire.

În ianuarie 2012, s-a acceptat la plată și s-a achitat către prestator contravaloarea a 3.200 ore de lucru.

Din analiza graficului de lucru din ianuarie (același număr de angajați, același interval orar) și a condițiilor meteo (zăpadă), s-a constatat imposibilitatea prestării serviciului de măturat parcări care a fost decontat de beneficiar.

Divizarea contractului public

O practică ce se regăsește în special în cazul unor atribuirii directe, dar și pentru crearea unei aparențe de legalitate privind efectuarea de plăți este cea a divizării contractului public.

Caz ilustrativ. Divizarea unui contract de editare și legare a unui album foto.

Exemplificăm prin situația divizării unui contract care ar fi trebuit să aibă ca rezultat editarea și legarea unui album foto.

Achiziția a fost împărțită în două contracte. Pe de o parte, într-un contract de procurare/aprovizionare de materiale și, pe de altă parte, într-un contract de servicii - editare, tipografiere și legare carte.

De asemenea, achizițiile au fost împărțite pe doi ani contabili: hârtia și cartonul pentru coperte pentru anul 2011, serviciile de legare carte urmau să fie efectuate în decembrie 2011, iar serviciile de editare și de tipografiere – în februarie 2012.

Hârtia și cartonul au fost aprovizionate de la firma X SRL, iar serviciile de legare carte de la firma Y SRL.

Din mențiunile înscrise la Registrul Comerțului, s-a constatat că firmele X SRL și Y SRL au sediul la aceeași adresă și câte un asociat comun.

În 2011, s-au facturat servicii de legătorie pentru 1.500 de exemplare, fiind încheiat un proces verbal de recepție a cărților. Nu a fost regăsit însă vreun document contabil privind prestarea serviciilor de editare sau contracte de drepturi de autor. Pentru acestea, presupunerea rezonabilă este aceea că ar fi trebuit întocmite, având în vedere componenta de creativitate în realizarea albumului.

În 2012, au fost contractate servicii de editare și de tipografie în vederea realizării albumului foto.

Însă, având în vedere că în 2011 deja se decontase activitatea de legare a albumelor (conform facturilor din înregistrările contabile), nu s-ar mai fi justificat ca necesare aceste servicii în anul 2012.

6.4. Metodologia de lucru a investigatorului

Stabilirea situației de fapt în cazuri care privesc fraude în achiziții publice are în vedere modalitatea în care poate fi încadrată o astfel de faptă. Pornind de la constatarea că, până la data de referință 1 februarie 2014, în legislația de bază, reprezentată de OUG nr. 34/2006 și în Codul Penal, nu există o infracțiune care să sancționeze faptele privind atribuirea sau executarea defectuoasă a unui contract public, în practica parchetelor încadrarea fraudelor în achiziții s-a axat pe **infracțiunile de serviciu**. Cea mai des reținută a fost infracțiunea de **abuz în serviciu** – art. 248 vechiul Cod Penal, actualmente art. 297 – noul Cod Penal.

De asemenea, structura de parchet specializată, reprezentată de Direcția Națională Anticorupție, a făcut încadrarea unor fapte care priveau achizițiile publice prin raportarea la elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 13² din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție. Potrivit acestui text, este incriminată o formă calificată a infracțiunii de abuz în serviciu dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un avantaj patrimonial sau nepatrimonial, care este sancționată de la 1 februarie 2014 prin majorarea cu o treime a limitelor de pedeapsă.

Prin urmare, în afara condițiilor existente în forma simplă a infracțiunii de abuz în serviciu, pentru a ne afla în prezența formei calificate din legea specială este necesară producerea unei urmări suplimentare, respectiv obținerea unui avantaj patrimonial, fie de către subiectul activ, fie de către altă persoană.

Reținerea unei infracțiuni de abuz în serviciu, în legătură cu o achiziție publică, ridică probleme din perspectiva urmării prevăzute în **latura obiectivă a infracțiunii**. Avem în vedere că, în reținerea unui abuz în serviciu, trebuie probate:

- fie o pagubă (a cărei cuantificare ridică probleme ce țin de metodologia aplicabilă) care să fie în legătură directă de cauzalitate cu încălcarea legii pe care o săvârșește funcționarul,
- fie să avem o tulburare gravă adusă bunului mers al unei instituții/autorități publice ori o vătămare a intereselor legitime ale unei persoane (în regimul nolui Cod Penal – o vătămare gravă adusă drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane, indiferent dacă aceasta este o instituție publică, o societate comercială sau o persoană fizică); și în acest caz trebuie stabilită o legătură de cauzalitate între încălcarea normelor de către funcționarul public și tulburarea/vătămarea creată.

Cuantificarea pagubei produse în asemenea spețe reprezintă adesea un demers dificil, având în vedere că, în funcție de particularitățile cauzei, putem vorbi de întreaga valoare a contractului sau de diferența dintre suma plătită și valoarea reală a bunurilor/serviciilor achiziționate de autoritate.

În practică au existat controverse cu privire la modalitatea optimă de reparare a prejudiciului în situația achiziției unor bunuri care nu puteau servi scopului pentru care fuseseră achiziționate, dar care aveau o valoare economică – spre exemplu, situația unui imobil achiziționat ca sediu, dar care nu are dotările necesare și nu poate fi folosit –, fiind exprimate opinii care au variat între obligarea inculpaților la restituirea întregii sume achitate, a diferenței de valoare sau repunerea părților în situația anterioară, cu păstrarea imobilului de către partea vătămată ca o garanție a plății integrale a pagubei.

Totodată, există decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție (ÎCCJ) în care a fost reținută infracțiunea de abuz în serviciu având ca urmare producerea unei tulburări a bunului mers al instituției publice, constând în atingerea adusă relațiilor sociale care privesc respectarea legalității de către un minister cu prilejul demarării procedurilor de angajare a unor persoane.

Urmarea produsă de nerespectarea atribuțiilor de serviciu este cea care diferențiază infracțiunea de abuz în serviciu de contravențiile prevăzute de OUG nr. 34/2006.

Sub aspectul elementului material, **exercitarea defectuoasă a atribuțiilor de serviciu a fost reținută cel mai frecvent prin prisma atribuirii unor contracte de achiziție fără respectarea procedurilor stabilite de lege.** În aceste situații, poate fi dificilă stabilirea legăturii de cauzalitate dintre fapta funcționarului și urmarea produsă, mai ales când aceasta este reținută sub forma prejudiciului.

Problema oportunității achiziției

Modul în care funcționarul și-a îndeplinit atribuțiile de serviciu a fost privit nu doar sub aspect formal, din perspectiva respectării etapelor obligatorii, ci și sub aspect substanțial, iar **organele judiciare au cenzurat în anumite situații oportunitatea contractelor de achiziție publică**, fie sub aspectul nevoii de a achiziționa bunurile sau serviciile, fie sub aspectul prețului plătit. În acest context, s-a reținut că **autoritatea contractantă este, în principiu, cea în măsură să analizeze aceste aspecte, dar acest drept nu este unul absolut și poate fi supus analizei în cadrul procesului penal.**

Alte probleme controversate țin de **delimitarea sferei participanților la săvârșirea infracțiunii**.

Astfel, toți membrii unei comisii de atribuire pot avea calitatea de coautori ai infracțiunii, după cum beneficiarul plăților din banii publici – societatea comercială căreia i-a fost atribuit contractul și reprezentantul acesteia – poate avea calitatea de complice, în măsura în care se dovedește că a cunoscut elementele esențiale ale infracțiunii și că a contribuit la producerea rezultatului. O astfel de metodologie a condus chiar la identificarea elementelor constitutive ale infracțiunii de conflict de interese ca urmare a stabilirii existenței unor relații personale între ordonatorul de credite, care semna dispozițiile de plată, și rude ale acestuia care aveau o anumită calitate în structura de conducere a antreprenorului sau prestatorului.

Caz ilustrativ. În rechizitoriul întocmit în legătură cu activitatea primarului O.H., s-a reținut că au fost aprobate ilegal achizițiile publice privind componente/programe IT efectuate de municipiul H., prin încheierea de contracte cu firmele SC T&R SRL și SC T SRL.

Constatarea procurorilor avea în vedere că, în intervalul septembrie 2008 și iunie 2009, Primăria H. a făcut mai multe achiziții publice de la firmele controlate de I.Ț., fost inspector de specialitate la Compartimentul Achiziții Publice al Primăriei H. (în perioada 13 august 2008 - 13 februarie 2009).

Procurorii au susținut că s-a încălcat și regimul conflictelor de interese, întrucât documentele necesare pentru realizarea achizițiilor publice erau făcute chiar de inspectorul I.Ț. Tot prin intermediul lui se livrau bunurile și serviciile comandate.

Pe de altă parte, din sumele plătite de primărie a beneficiat și Asociația Umanitară al cărei președinte era G.H., tatăl fostului primar O.H. Potrivit procurorilor, toate contractele s-au încheiat pe fondul existenței unor relații personale între fostul primar O.H. și I.Ț.

Caz ilustrativ. Un alt exemplu care poate fi reținut ca model de practică îl privește pe V.A., rector al unei Universități de Medicină, manager de proiect și președinte al comisiei de evaluare a ofertelor în cadrul procedurii de achiziție a platformei de e-learning.

Procurorii au reținut că, în gestionarea sumei de 5.285.523 lei, reprezentând aproape 1,2 milioane de euro, provenind din Fondul European de Dezvoltare Regională și bugetul de stat, managerul de

proiect din Universitatea de Medicină a încheiat fraudulos anumite contracte de achiziții publice și a dispus atragerea/numirea în proiect a rudelor de gradul I și a persoanelor din cercul de interese, fapte care au condus la formularea următoarelor acuzații:

- abuz în serviciu contra intereselor publice, în formă calificată, dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un avantaj patrimonial sau nepatrimonial;
- tentativă la infracțiunea de folosire sau prezentare de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea, pe nedrept, de fonduri din bugetul general al Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea;
- conflict de interese, în formă continuată.

6.5. Documentele achiziției care trebuie analizate cu prioritate

În activitatea de analiză a faptelor care au ca rezultat o achiziție publică pentru care există suspiciuni de fraudă, un element central al investigației penale se axează pe stabilirea modalității prin care autoritatea publică a suferit o anumită pagubă și, ulterior, cuantificarea unui eventual prejudiciu. La prima vedere, pentru contractele de furnizare produse, mecanismul de creare și calcul al prejudiciului pare destul de facil, spre deosebire de verificările impuse în situația executării unor contracte de lucrări derulate pe intervale mari de timp și pentru care beneficiarul a acceptat modificarea condițiilor inițiale din faza de atribuire.

De cele mai multe ori, pentru probarea unui prejudiciu investigatorii solicită întocmirea unor expertize de specialitate în domeniul construcțiilor sau în domeniul financiar-contabil.

În cazul Direcției Naționale Anticorupție, prin corpul de specialiști propriu creat în conformitate cu dispozițiile art. 11 alin. (1) din OUG nr. 43/2002,¹ procurorii unității de parchet specializate au la îndemână un sprijin din partea unor funcționari cu pregătire în domeniul tehnic și/sau economic care să ajute la interpretarea înscrisurilor ce țin de inițierea și derularea unui contract public.

1 OUG nr. 43 din 4 aprilie 2002 privind Direcția Națională Anticorupție Art. 11 - (1) În cadrul Direcției Naționale Anticorupție sunt numiți, prin ordin al procurorului șef al acestei direcții, cu avizul ministerelor de resort, specialiști cu înaltă calificare în domeniul economic, financiar, bancar, vamal, informatic, precum și în alte domenii, pentru clarificarea unor aspecte tehnice în activitatea de urmărire penală.

Între actele care sunt analizate prioritar de experții sau specialiștii chemați să stabilească cum s-a derulat o achiziție publică, următoarele documente au o relevanță deosebită în înțelegerea mecanismului de fraudare.

Pentru **etapa de atribuire** a contractului (cu referire specială la licitația pentru încheierea contractelor de lucrări):

- documentația de atribuire;
- procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor;
- ofertele depuse în procedură;
- procesele verbale de evaluare intermediară;
- clarificările cerute de comisia de evaluare și răspunsurile formulate de ofertanți;
- raportul procedurii de evaluare întocmit de comisia de evaluare numită de șeful autorității contractante.

Pentru **etapa de executare** a contractului:

- ordinul de începere a lucrărilor;
- autorizațiile emise în vederea demarării și execuției lucrărilor;
- rapoartele de progres;
- fișele de pontaj;
- fișele de magazie și, respectiv, aprovizionările cu materialele și materiile prime necesare potrivit specificului lucrării;
- mijloacele de transport utilizate și consumurile specifice ale utilajelor, raportat la cantitatea de combustibil aprovizionată și decontată;
- buletinele de încercare și calitate pentru diferite tipuri de betoane;
- notele de justificare pentru schimbarea de soluție tehnică;
- dispozițiile date de Dirigintele de șantier sau Inginer, în cazul contractelor încheiate după regulile FIDIC;
- notele de renunțare sau notele de comandă suplimentară;
- procesele verbale de recepție parțială sau de recepție la terminarea lucrărilor, respectiv procesul verbal de recepție finală.

Corelativ, sub aspectul urmăririi fluxurilor bănești, expertului sau specialistului i se poate solicita să evidențieze viramentele făcute în conturile antreprenorului (contractorului) corespunzător situațiilor de plată depuse și modului în care au fost raportate lucrările, corelativ cu gradul de îndeplinire a sarcinilor asumate prin contract.

Un element de interes îl poate viza și stabilirea surselor din care sunt efectuate plățile către contractor și respectarea cerințelor ce țin de angajarea, lichidarea și ordonanțarea cheltuielilor publice, respectiv aplicarea vizei de control financiar preventiv pe facturile înaintate la plată de constructor.

6.6. Cuantificarea prejudiciului

Toate aceste înscrisuri sunt solicitate de procuror în investigația penală, iar în condițiile în care există indicii rezonabile privind comiterea unor fraude, prin dispunerea efectuării unei expertize sau raport de constatare tehnico-științifică, se urmărește stabilirea întinderii unei eventuale pagube în dauna bugetului de stat sau a entității publice beneficiare.

Prin obiectivele expertizei, organul de urmărire penală intenționează să afle „cum?” s-a produs o anumită faptă, iar la rândul său, coroborat cu alte probe sau declarații, își propune să răspundă la întrebarea „de ce?” s-a produs o anumită faptă și dacă aceasta îmbracă forma ilicitului penal.

Expertiza sau constatarea dispusă în condițiile prevăzute de art. 172 alin. (1) și respectiv alin. (9) din Codul de Procedură Penală cuprinde întrebări cu referire, în special, la determinarea pagubei în cazul supraevaluării obiectului contractului sau realizarea de plăți pentru produse, lucrări sau servicii care nu sunt la nivelul calitativ sau cantitativ asumat prin contract.

De asemenea, sunt situații în care expertul este chemat să determine oportunitatea și veridicitatea aplicării unor actualizări sau revizuri în contract, efectul acestora fiind, în cele mai dese cazuri, majorarea sumei plătite către contractor.

Caz ilustrativ. Actualizarea prețului contractului pe baza evoluției indicilor de preț

În execuția unui contract de lucrări cu credit furnizor – „Reparații capitale suprafețe de mișcare – Aeroport” încheiat la 28.12.2004 pentru prețul de 18.060.000 euro, exclusiv TVA, printr-un act adițional s-a susținut și acceptat actualizarea prețului contractului pe baza evoluției indicilor de preț relevanți publicați de Institutul Național de Statistică, aplicabili elementelor de preț din ofertă exprimate în lei din „Lista resurselor semnificative” asociată claselor CAEN, conform formulei:

$$C(r) = [I(\text{CAEND})/I(\text{CAENo})]; C(r) > 1,$$

în care:

$I(\text{CAEND})$ – indicele prețului producției industriale (pentru clasa CAEN în care se încadrează activitatea) aferent lunii pentru care se realizează decontarea;

I(CAENo) – indicele prețului producției industriale (pentru clasa CAEN în care se încadrează activitatea) aferent lunii de referință la nivelul căreia sunt exprimate prețurile din ofertă.

În justificarea acestei majorări s-a invocat întrunirea condițiilor prevăzute de lege pentru actualizare, iar, în fapt, s-a procedat la aplicarea unei formule de revizuire aferentă unei situații excepționale (care nu putea fi prevăzută în momentul încheierii contractului), potrivit prevederilor art. 517 din HG nr. 461/2001⁹² astfel cum a fost modificată de HG nr. 411/2005, respectiv:

$$Cr = [(I \text{ CAENd}/I \text{ CAENo})/IT(d-o)]; (Cr > 1)$$

În realitate, dacă s-ar fi aprobat formula precizată de actul normativ indicat, contractorul ar fi trebuit să primească o sumă diminuată, întrucât în actul adițional părțile au înscris o formulă favorabilă contractantului, în sensul în care aceasta nu avea menționat numitorul IT(d-o) – indicele prețurilor de consum (total), aferent perioadei cuprinse între luna de referință la nivelul căreia sunt exprimate prețurile din ofertă și luna pentru care se realizează decontarea.

Prejudiciul creat Aeroportului, ca urmare a acceptării actualizării prețului contractului în mod nejustificat și/sau ca urmare a folosirii unui coeficient de revizuire a prețurilor unitare calculat în mod eronat, a fost stabilit la nivelul sumei de 25.739.977 lei.

Acesta a fost creat ca urmare a acceptării actualizării prețului contractului în mod nejustificat și/sau ca urmare a folosirii unui coeficient de revizuire a prețurilor unitare calculat în mod eronat.

Desigur, un rol definitoriu în stabilirea prejudiciului îl are entitatea care a inițiat și derulat achiziția publică, în măsura în care aceasta are voința și mecanismele de stabilire a pagubei create prin procedura viciată de funcționării care și-au încălcat atribuțiile de serviciu.

Există și situația în care autoritatea contractantă nu se constituie parte civilă în procesul penal. În acest caz, sumele se confiscă în favoarea statului, în baza legii, pentru ca inculpații să nu rămână cu un folos în urma săvârșirii infracțiunii.

92 Hotărârea Guvernului nr. 461 din 9 mai 2001, pentru aprobarea normelor de aplicare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 60/2001 privind achizițiile publice.

Un alt aspect care ridică probleme de interpretare este dat de situația în care, deși nu poate pune la dispoziție documentele de aprovizionare sau statele de salarii pentru lucrătorii folosiți în executarea unui contract public, antreprenorul susține în fața organelor de urmărire penală că a realizat în parametrii contractuali lucrarea pentru care a fost desemnat câștigător.

În legătură cu acest subiect, optica instanțelor a suferit în ultimii ani numeroase modificări de interpretare în legătură cu modul de derulare a contractelor publice.

Caz ilustrativ. Prin Decizia nr. 214/2010 din 22 decembrie 2010 dată de Tribunalul Buzău s-a reținut următoarea situație de fapt:

Referitor la aprovizionarea de la SC X SA Pătârlagele cu cantitatea de 40 tone de mixtură asfaltică, fără a se întocmi documente care să justifice intrarea acestei cantități în gestiune și modul cum s-a consumat, instanța reține, din coroborarea probelor administrate în cauză, respectiv expertiza tehnică (expert T.M., pag 29, vol.VI), declarația martorilor T.M., C.D., D.V., C.V.-I și expertiza contabilă (expert R.V., fila 209, dosar de fond), că lucrarea de plombare a învelișului asfaltic s-a realizat, ocazie cu care s-a folosit 10,99 tone mixtură asfaltică, și nu 17,99 tone cât a achitat primăria, conform facturii nr. 04741485/19.12.2006 către furnizorul SC X SA Pătârlagele.

În concluzie, fapta inculpatului L.G. de a aproba efectuarea plății și fapta inculpatei T.E. de a efectua plata fără documente justificative care să certifice achiziția în totalitate a cantității plătite, iar prin plata respectivă au produs un prejudiciu bugetului local, deși există în mod obiectiv, nu poate constitui un temei al tragerii la răspundere penală, ea atrăgând răspunderea contravențională a inculpaților (inculpatul L.G. a fost sancționat cu amendă contravențională de 500 lei, iar inculpata T.E. a fost sancționată cu amendă contravențională de 300 lei, prin procesele verbale de contravenție nr. 1 și 3 din 27.02.2006).

De asemenea, achitarea lucrărilor prin O.P. nr. 947 din 5 decembrie 2006 fără să existe procesele verbale de recepție, în condițiile în care aceste lucrări au fost efectuate în realitate, nu constituie o tulburare însemnată a bunului mers al Primăriei PC și, în consecință, faptele inculpaților D.N., P.G., O.V., D.I., L.G. și T.E. nu întrunesc elementele constitutive sub aspectul laturii obiective ale infracțiunii de abuz în serviciu.

Pornind de la stabilirea responsabilităților și regulilor în materia achizițiilor publice, în condițiile în care mai multe persoane au atribuiții pentru transpunerea în practică a acestora, organul de anchetă este ulterior chemat să stabilească relevanța faptelor care au condus la crearea prejudiciului și, eventual, indicarea mijloacelor de probă care dovedesc înțelegerea prealabilă frauduloasă cu un anumit ofertant pentru înlesnirea câștigării contractului, prin utilizarea unor criterii de calificare și selecție care să îngreuească concurența și, implicit, să permită ofertarea unor prețuri excedentare.

7. Investigarea fraudelor în achizițiile publice – aspecte practice

Combaterea corupției și a fraudelor în achizițiile publice este unul dintre domeniile prioritare de acțiune ale Ministerului Public în limitarea fenomenului infracțional care afectează dezvoltarea economică. Cu toate acestea, rezultatele la nivelul parchetelor sunt încă timide, astfel încât, în dorința de a da eficiență demersului, prezentăm în cele ce urmează un model practic de acțiune, oferit de cei care au rezultate pozitive în combaterea fraudelor în achizițiile publice.

Vom arăta o metodă practică de investigare a fraudelor în domeniul achizițiilor publice, cu principalii pași de urmat, din momentul apariției indicatorilor de fraudă și până la sesizarea instanței de judecată prin rechizitoriu. Este de precizat că acest model de lucru a avut eficiență practică atât în perioada în care au fost în vigoare vechile Coduri (Penal și de Procedură Penală), cât și după intrarea în vigoare a noilor Coduri, la 1 februarie 2014. Pentru o mai bună înțelegere a metodologiei adoptate de practicieni vom face trimitere la exemple practice.

7.1. Metodă practică de investigare plecând de la un caz real

Este bine cunoscut faptul că în foarte multe situații organele judiciare primesc informații brute, neprelucrate, care fac referire la unii indicatori de fraudă.

În cazul supus analizei, „informația” obținută de organul de urmărire penală constă în expunerea următoarei situații de fapt: primarul I.B., al localității X, afișează în ultimii doi ani un nivel de trai care depășește nivelul veniturilor personale și ale familiei.

Astfel, în anul 2010, primarul I.B. a achiziționat un apartament în orașul Z, reședință de județ.

Din anul 2011, primarul I.B. al localității X, folosește un autoturism marca BMW, în valoare, aparent, de mai multe zeci de mii de euro.

Tot în 2011, primarul I.B. și familia au fost văzuți la o casă de vacanță nou construită pe malul unui lac.

La casa de vacanță arătată mai sus, împreună cu familia primarului I.B., a fost văzut numitul V.S., despre care surse din primăria X susțin că a câștigat mai multe contracte de achiziții publice cu primăria, cu încălcarea procedurii de achiziție.

Concluzia preliminară a fost aceea că există suspiciuni de săvârșire a unor infracțiuni de corupție de către I.B. și V.S., având în vedere trei indicatori de fraudă:

- avere nejustificată în raport cu veniturile;
- relații de prietenie cu beneficiarul de contracte de achiziție publică;
- încălcarea procedurii de achiziție publică.

Având la dispoziție aceste informații, organul de urmărire penală își pune anumite întrebări înainte de înregistrarea dosarului penal.

- De ce informații dispun? Sunt ele suficiente pentru înregistrarea unei cauze penale?
- De ce informații suplimentare am nevoie?
- Cum le obțin ?

Este de menționat și faptul că organele judiciare au la dispoziție diverse mijloace de verificare a primelor informații și de a obține informații suplimentare prin:

- solicitarea informațiilor neprelucrate de la furnizorul de informații, conform art. 66 alin. (2) din Legea nr. 304/2004⁹³ privind organizarea judiciară;
- verificări în bazele de date la care parchetele au acces: evidența populației, evidența înmatriculării autoturismelor, Registrul Comerțului etc.;
- verificarea declarației de avere a lui I.B, primarul localității X.

În cazul de față s-au primit următoarele răspunsuri, respectiv au fost făcute următoarele constatări:

- în declarația de avere a primarului sunt trecute veniturile sale din salarii ca singurele venituri ale familiei: o casă de locuit în localitatea X, apartamentul din orașul Z și un autoturism Dacia Logan;
- nu figurează ca având în proprietate casa de vacanță și autoturismul BMW;

93 Legea privind organizarea judiciară nr. 304/2004

Art. 66 – (2) Serviciile și organele specializate în culegerea, prelucrarea și arhivarea informațiilor au obligația de a pune, de îndată, la dispoziția parchetului competent, la sediul acestuia, toate datele și toate informațiile, neprelucrate, deținute în legătură cu săvârșirea infracțiunilor.

- autoturismul BMW nu este înmatriculat pe numele vreunui dintre membrii familiei primarului;
- la Registrul Comerțului, numitul V.S. figurează ca asociat și administrator al S.C. Lumina SRL.

În urma acestui demers, unitatea de parchet a considerat că există suficiente argumente pentru înregistrarea unei cauze penale (pv. de sesizare din oficiu – art. 292 C.P.P.).

După înregistrarea cauzei penale se impune începerea urmăririi penale pentru fapta pentru care există presupunerea rezonabilă că a fost săvârșită (fals în declarații, abuz în serviciu), conform art. 305 alin. (1) C.P.P.,⁹⁴ dacă actul de sesizare îndeplinește condițiile prevăzute de lege și nu există vreunul din cazurile care împiedică exercitarea acțiunii penale, conform art. 16 alin. (1) C.P.P.⁹⁵

În această fază a urmăririi penale, unitatea de parchet a cerut relații și de la alte instituții:

- de la Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP) pentru a afla dacă în achizițiile publice derulate de localitatea X la care I.B. avea calitatea de primar au fost semnalate nereguli în derularea anumitor proceduri de atribuire a contractelor publice; ANRMAP a răspuns că nu s-a efectuat control la primăria X.

94 Codul de Procedură Penală - Începerea urmăririi penale

Art. 305 – (1) Când actul de sesizare îndeplinește condițiile prevăzute de lege și se constată că nu există vreunul dintre cazurile care împiedică exercitarea acțiunii penale prevăzute la art. 16 alin. (1), organul de urmărire penală dispune începerea urmăririi penale cu privire la faptă.

95 Codul de Procedură Penală

Art. 16 – (1) Acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar când a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă:

- a) fapta nu există;
- b) fapta nu este prevăzută de legea penală ori nu a fost săvârșită cu vinovăția prevăzută de lege;
- c) nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea;
- d) există o cauză justificativă sau de neimputabilitate;
- e) lipsește plângerea prealabilă, autorizarea sau sesizarea organului competent ori o altă condiție prevăzută de lege, necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale;
- f) a intervenit amnistia sau prescripția, decesul suspectului ori al inculpatului persoană fizică sau s-a dispus radierea suspectului ori a inculpatului persoană juridică;
- g) a fost retrasă plângerea prealabilă, în cazul infracțiunilor pentru care retragerea acesteia înlătură răspunderea penală, a intervenit împăcarea ori a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii;
- h) există o cauză de nepedepsire prevăzută de lege;
- i) există autoritate de lucru judecat;
- j) a intervenit un transfer de proceduri cu un alt stat, potrivit legii.

- de la Curtea de Conturi;
Potrivit răspunsului acestei instituții, la primăria X se efectuase un control aferent anului 2010, urmând să fie înaintat actul de control, la cerere.

Ca urmare a primirii raportului de control al Curții de Conturi, a reieșit că în luna noiembrie 2010, primăria X, fără a avea prevăzut în bugetul local sau în planul de achiziții, a încredințat direct două contracte: unul de furnizare de produse și unul de prestări servicii, în valoare de 60.000 lei, respectiv 55.000 lei, către S.C. Lumina SRL.

- de la Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară;
S-a constatat că numitul I.B. este proprietarul unui apartament în orașul Z și al unei case de locuit în localitatea X, dar casa de vacanță nu figura întabulată pe numele vreunui dintre membrii familiei sale.
- de la Autoritatea Națională de Administrare Fiscală (ANAF).
Au fost comunicate conturile din Trezorerie și conturile bancare existente pe numele primăriei X, ale făptuitorului I.B., ale soției și fiului său, ale făptuitorului V.S. și ale S.C. Lumina SRL.

În stabilirea metodologiei de investigație, la acest moment s-a făcut o analiză a elementelor de fapt constatate pentru a se stabili activitatea infracțională și pentru a se identifica participanții, urmând a fi identificate eventuale motive care să justifice solicitarea către judecătorul de drepturi și libertăți a mandatului pentru interceptarea și înregistrarea convorbirilor telefonice și înregistrarea de convorbiri și imagini ambientale.

Ca urmare a acestui demers s-au aflat numărul de înmatriculare al autoturismului marca BMW, faptul că pe malul lacului este construită o casa de vacanță care aparține făptuitorului I.B. (primar al localității X), dar și că între acesta și V.S. este o legătură apropiată. De asemenea, în urma verificării numărului de înmatriculare al autoturismul BMW s-a constatat că acesta este înmatriculat pe o firmă de leasing.

Din datele și probele arătate mai sus, organul de urmărire penală a considerat că există indicii rezonabile potrivit cărora numiții I.B. și V.S. au săvârșit fapte prevăzute de legea penală și s-a dispus efectuarea în continuare a urmăririi penale față de suspectul I.B. pentru săvârșirea infracțiunilor de:

- fals în declarații, prevăzută de art. 292 C.P. – art. 326 noul Cod Penal (declarația de avere);

- depășirea bugetului de cheltuieli și efectuarea de plăți peste limita aprobată, prevăzută de art. 77 din Legea nr. 273/2006,⁹⁶ privind finanțele publice locale;
- abuz în serviciu contra intereselor publice, prevăzută de art. 13² din Legea nr.78/2000, pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție,⁹⁷ raportat la art. 248 C.P. – art. 297 – (1) noul Cod Penal.⁹⁸

De asemenea, s-a dispus efectuarea în continuare a urmăririi penale față de suspectul V.S. pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice, prevăzută de art. 26 C.P.– art. 48 N.C.P., art. 13² din Legea nr. 78/2000 raportat la art. 248 C.P. – art. 297 alin. (1) noul C.P.

În această fază a instrumentării cauzei s-a continuat administrarea de probe:

- luarea declarațiilor de suspecți, de martori (angajați ai primăriei, membri ai consiliului local al comunei X);
- ridicarea dosarelor privind contractele de achiziție publică dintre primăria X și SC Lumina SRL și alte documente.

În urma acestor activități de investigație au fost obținute următoarele constatări/rezultate:

- în luna noiembrie 2010, între primăria X și S.C. Lumina SRL au fost încheiate două contracte de achiziție publică prin încredințare directă;
- contractul nr. 4433 din luna noiembrie 2010 avea ca obiect furnizarea de ghirlande și ornamente luminoase pentru comuna X și localitățile aparținătoare, iar contractul nr. 4434 – instalarea acestora.

Din analiza clauzelor contractuale s-a constatat că, în condițiile în care primăria X nu avea prevăzut în buget și în Planul anual de achiziții publice sumele de bani necesare pentru onorarea celor două contracte, suspectul I.B., primarul localității X, la înțelegere cu suspectul V.S., au prevăzut în

96 Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale

Art. 77 - (1) Constituie infracțiuni următoarele fapte:

a) angajarea, ordonanțarea și efectuarea de plăți peste limitele maxime ale sumelor aprobate la partea de cheltuieli, prin bugetele prevăzute la art. 1 alin. (2).

97 Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție

Art. 13² În cazul infracțiunilor de abuz în serviciu sau de uzurpare a funcției, dacă funcționarul public a obținut pentru sine ori pentru altul un folos necuvenit, limitele speciale ale pedepsei se majorează cu o treime.

98 Noul Cod Penal - Abuzul în serviciu

Art. 297 -(1) Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.

contract o clauză de penalități de întârziere la plată de 1% pe zi, total diferit de clauza de penalități din toate celelalte contracte încheiate de primăria X, în care această clauză era prevăzută pentru plata a 0,25% pe zi de întârziere. Primăria X nu și-a îndeplinit obligațiile de plată asumate prin contractele nr. 4433 și nr. 4434, respectiv nu a plătit la timp sumele asumate drept contravaloare a bunurilor și serviciilor comandate.

Chemată în judecată de SC Lumina SRL, primăria localității X nu s-a prezentat în instanță. În cele din urmă, primăria X a fost obligată de instanță și la plata sumei de 302.000 lei, penalități de întârziere, sumă executată silit din contul de trezorerie al autorității publice locale.

La nivelul gândirii modului de instrumentare a dosarului, o problemă deosebită importanță o reprezintă identificarea elementelor care conduc la **stabilirea prejudiciului** creat prin atribuirea directă a contractelor, respectiv metodologia de stabilire și cuantificarea acestuia. Organul de urmărire penală a avut o abordare care a presupus punerea în balanță a următoarelor opinii legate de existența și quantumul unui eventual prejudiciu:

- prima opinie ar putea să țină seama de faptul că în cauză nu există prejudiciu produs prin derularea contractelor de achiziție publică, întrucât, fiind vorba de voința părților, clauzele contractuale se aplică așa cum au fost prevăzute de acestea;
- a doua opinie luată ca ipoteză de lucru a fost aceea că din modul de încheiere și derulare a contractelor avem un prejudiciu constând în valoarea penalităților, întrucât rezultă reaua credință a primarului, luând în considerare procentul acestora și faptul că era evident că penalitățile vor exista și vor trebui plătite, autoritatea contractantă neavând prevăzută în buget suma necesară pentru onorarea obligațiilor de plată;
- a treia opinie, care în prezent capătă o aplicare tot mai largă în rândul practicienilor, este aceea că în cauză s-a creat un prejudiciu, iar valoarea acestuia este egală cu valoarea întregului contract, plus penalitățile, cu toate că bunurile au fost furnizate și instalate, întrucât cele două părți, cu știință, au încălcat procedura de achiziție publică.

Tot legat de prejudiciu, se mai impune în analiză și **situația în care achiziția publică este totalmente inutilă sau inoportună** pentru autoritatea contractantă – bunuri **pentru care autoritatea nu are autorizație de utilizare** sau care **nu răspund unei cerințe legate de obiectul său de activitate**. În opinia anchetatorilor, și în această situație este vorba de un prejudiciu al cărui quantum este egal cu prețul contractului, deși bunurile respective sunt evidențiate la nivel contabil la valoarea de achiziție.

Revenind la exemplul supus analizei, organul de urmărire penală a constatat că în cauză au fost comise mai multe încălcări ale legislației privind achizițiile publice și ale legislației privind finanțele publice locale:

- încălcarea art. 5 – (2) din OUG nr. 34/2006, care prevede că un contract de achiziție publică care are ca obiect principal furnizarea de produse și cu titlu accesoriu lucrări de instalare și punere în funcțiune a acestora este considerat contract de furnizare;
- încălcarea art. 23 din OUG nr. 34/2006, care prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte de valoare mai mică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor referitoare la pragurile valorice reglementate, la momentul respectiv – 15.000 euro;
- încălcarea art. 27 din OUG nr. 34/2006, care prevede că valoarea estimată a contractului trebuie să cuprindă valoarea produselor și a operațiunilor de instalare;
- încălcarea art. 14 – (4) („Reguli bugetare”) din Legea nr. 273/2006, a finanțelor publice locale, care prevede că nici o cheltuială din fondurile publice nu poate fi angajată, ordonanțată și plătită, dacă nu este aprobată, nu are prevederi bugetare și surse de finanțare.

Așa cum am arătat mai sus, urmărirea penală poate fi finalizată, fiind dovedite în sarcina suspectilor faptele pentru care s-a început urmărirea penală.

Bună practică

Recomandarea celor care au o experiență dovedită în investigarea fraudelor în achiziții publice este aceea de a fi **continuate cercetările** pentru a se stabili care a fost **motivul** pentru care reprezentantul autorității contractante își încalcă atribuțiile de serviciu, producând pagube instituției pe care o conduce sau o reprezintă.

Este foarte important de urmărit **traseul banilor** plătiți în cadrul procedurii de achiziție publică și **verificarea averii** suspectilor.

Traseul banilor, verificarea averii

Din exemplul de mai sus, urmărirea traseului banilor plătiți pentru fiecare dintre cele două contracte, inclusiv penalitățile de întârziere, a condus la următoarele constatări:

- din contul de trezorerie al primăriei X, banii au intrat în contul SC Lumina SRL;

- din contul SC Lumina SRL, banii au avut mai multe destinații, dar suma de 40.000 lei a intrat în contul SC Șansa SRL, ca plată a unui contract de consiliere tehnică;
- SC Șansa SRL a fost înființată în anul 2010 de către S.B., fiul primarul localității X – suspectul I.B., care este unic asociat, nu are niciun angajat și nu a desfășurat vreo activitate;
- din contul SC Șansa SRL, suma de 40.000 lei de lei a intrat în contul firmei de leasing, ca avans de plată a unui autoturism BMW.

Referitor la casa de vacanță de pe malul lacului, omisă din declarația de avere, organul de urmărire penală a aflat că aceasta aparține suspectului I.B. (primar al localității X), dar a fost construită pe terenul primăriei X, fără a exista vreo aprobare sau plată pentru teren.

După cum se observă, au apărut probe noi privind săvârșirea altor infracțiuni, în care sunt implicate și alte persoane. În această situație se impune, în conformitate cu dispozițiile art. 311 C.P.P. („Extinderea urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice”), extinderea cercetărilor și începerea urmăririi penale față de:

- a) suspectul I.B. – primarul localității X – pentru săvârșirea infracțiunilor:
 - de luare de mită, prevăzută de art. 6 din Legea nr. 78/2000, pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, art. 254 C.P./art. 289 – (1) N.C.P.;
 - abuz în serviciu, prevăzută de art. 13² din Legea nr. 78/2000, art. 248 C.P. (în legătură cu terenul de pe malul lacului)/art. 297 – (1) N.C.P.;
 - spălare de bani, prevăzută de art. 29 lit. a) din Legea nr. 656/2002,⁹⁹ pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor;
- b) Suspectul V.S. – asociat și administrator la SC Lumina SRL – pentru săvârșirea infracțiunilor:
 - de dare de mită, prevăzută de art. 6 din Legea nr. 78/2000, art. 255 C.P./art. 290 – (1) N.C.P.;
 - spălare de bani, prevăzută de art. 29 lit. a) din Legea nr. 656/2002;

⁹⁹ Legea nr. 656 din 7 decembrie 2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului

Art. 29 - (1) Constituie infracțiunea de spălare a banilor și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani: a) schimbarea sau transferul de bunuri, cunoscând că provin din săvârșirea de infracțiuni, în scopul ascunderii sau al disimulării originii ilicite a acestor bunuri ori în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărire, judecată sau executarea pedepsei.

- c) suspectul S.B. – fiul primarului I.B. – pentru săvârșirea infracțiunilor:
- de complicitate la luare de mită, prevăzută de art. 26 C.P., art. 6 din Legea nr. 78/2000, art. 255 C.P. /art. 290 – (1) N.C.P.;
 - spălare de bani, prevăzută de art. 29 lit. a) din Legea nr. 656/2002.

7.2. Bune practici în instrumentarea cazurilor de fraudă în achiziții

Răspunderea persoanelor juridice

În instrumentarea cauzelor de corupție în domeniul achizițiilor publice se poate pune problema răspunderii persoanelor juridice implicate, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 135 C.P.¹⁰⁰ pentru angajarea răspunderii penale a acestora: infracțiunile să fie săvârșite în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele acesteia.

Măsuri preventive

Pentru buna desfășurare a procesului penal, pentru prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni, se impune luarea în considerare a luării de măsuri preventive față de persoanele fizice și față de persoanele juridice.

Măsuri asigurătorii

Pentru a garanta recuperarea pagubelor și executarea confiscării în dosarele penale care au ca obiect fraudarea achizițiilor publice, se aplică sechestrul asupra bunurilor suspectilor persoane fizice și persoane juridice. Potrivit dispozițiilor art. 20 din Legea nr. 78/2000, luarea măsurilor asigurătorii este obligatorie.

Confiscarea extinsă

De fiecare dată când va apărea o diferență mare între veniturile și averea suspectilor cercetați în astfel de cauze penale, se vor aplica prevederile referitoare la confiscarea extinsă, art. 112¹ C.P., cu respectarea Deciziei Curții Constituționale nr. 356/2014, referitoare la această instituție de drept.

100 Noul Cod Penal - Condițiile răspunderii penale a persoanei juridice
Art. 135 - (1) Persoana juridică, cu excepția statului și a autorităților publice, răspunde penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice.

În activitatea de instrumentare a cauzelor având ca obiect fraudarea achizițiilor publice, sunt foarte importante:

- evaluarea corectă a informațiilor primite pentru a observa indicatorii de fraudă în procedura achizițiilor publice – încălcarea procedurii, creșterea bruscă a averii, legăturile dintre participanți;
- relațiile de colaborare cu alte instituții cu atribuții în domeniul achizițiilor publice (ANRMAR, Curtea de Conturi, UCVAP);
- urmărirea traseului banilor plătiți în cadrul procedurilor de achiziții publice suspecte;
- aplicarea măsurilor asigurătorii în vederea recuperării pagubelor, cu luarea în considerare a confiscării extinse;
- cunoașterea legislației din domeniile achizițiilor publice și finanțelor publice;
- dacă se încalcă, cu știință, legislația din domeniul achizițiilor publice și se produce o pagubă autorității contractante, suntem în prezența infracțiunii de abuz în serviciu.

8. Conflicte de interese și incompatibilități - practica ANI și practica europeană

Adoptarea Legii nr. 144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate (ANI) a fost una dintre condițiile de preaderare la Uniunea Europeană.

Astfel, ca urmare a realizării unui audit independent asupra Strategiei Naționale Anticorupție 2001-2004, prin care s-a identificat nevoia unei extinderi a definiției conflictului de interese și desemnarea unui organism unic și independent de verificare a declarațiilor de avere, de interese și a situațiilor de incompatibilitate, autoritățile române au fost informate asupra costurilor administrative suplimentare reprezentate de corupție, conflictele de interese și incompatibilități.

Având aceste premise, România s-a angajat față de Uniunea Europeană ca în mod deosebit să adopte măsuri pentru a face posibilă verificarea depunerii declarațiilor de avere și de a revizui regimul de sancțiuni astfel încât să se asigure efectul lor descurajator.

Scopul Agenției Naționale de Integritate este asigurarea integrității în exercitarea demnităților și funcțiilor publice și prevenirea corupției instituționale, prin exercitarea de responsabilități în evaluarea declarațiilor de avere, a datelor și informațiilor privind averea, precum și a modificărilor patrimoniale intervenite, a incompatibilităților și a conflictelor de interese potențiale în care se pot afla persoanele care fac obiectul legii de înființare a ANI pe perioada îndeplinirii funcțiilor și demnităților publice.

8.1. Combaterea corupției prin mijloace administrative. Agenția Națională de Integritate

Evaluarea conflictelor de interese și a incompatibilităților persoanelor care fac obiectul Legii nr. 176/2010,¹⁰¹ în timpul exercitării demnităților și funcțiilor publice și în termen de trei ani de la încetarea acestora, este realizată de către Agenția Națională de Integritate, prin inspectorii desemnați într-un sistem aleatoriu.

După evaluarea declarației de interese și a altor date și informații, dacă inspectorul de integritate identifică elemente în sensul existenței unui conflict de interese sau al unei incompatibilități, informează persoana în cauză și o invită să își prezinte un punct de vedere, precum și orice act sau informații relevante pe care le consideră necesare pentru a clarifica situația. Informarea și invitația de participare sunt trimise prin poștă, cu confirmare de primire.

Dacă persoana evaluată nu își exprimă punctul de vedere față de situația constatată, verbal sau în scris, sau exprimă un punct de vedere irelevant, după o perioadă de 15 zile de la confirmarea de primire a informării de către persoana care face obiectul evaluării, inspectorul de integritate întocmește un raport de evaluare, în cazul în care consideră că sunt în continuare elemente în sensul existenței unui conflict de interese sau al unei incompatibilități.

În termen de cinci zile de la finalizare, raportul de evaluare va fi comunicat persoanei care face obiectul evaluării și, după caz, autorităților fiscale, organelor de urmărire penală și celor disciplinare.

Persoana supusă evaluării poate contesta la instanța de contencios administrativ raportul de evaluare prin care se constată conflictul de interese sau incompatibilitatea în termen de 15 zile de la primirea acestuia. În cazul în care raportul de evaluare nu a fost contestat în termenul specificat, ANI sesizează în termen de 15 zile organele competente pentru luarea măsurilor disciplinare ce se impun.

Dacă este cazul, în termen de șase luni de la primirea raportului de către persoana evaluată, la care se adaugă cele 15 zile în care se putea face o eventuală contestație, ANI sesizează Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a instanței competente pentru a anula documentele emise,

101 Legea nr. 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice, pentru modificarea și completarea Legii nr. 144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative.

adoptate sau elaborate cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la incompatibilități.

Potrivit art. 23 alin. (1) din Legea nr. 176/2010, în cazul unui conflict de interese sau dacă au legătură cu situația de conflict de interese, toate actele juridice sau administrative încheiate direct sau prin persoane interpuse, cu încălcarea dispozițiilor legale privind conflictul de interese, sunt lovite de nulitate absolută. Totodată, trebuie precizat că acțiunea în constatarea nulității absolute a actelor juridice sau administrative încheiate cu încălcarea obligațiilor legale privind conflictul de interese poate fi introdusă de Agenție, chiar dacă persoana în cauză nu mai deține acea funcție.

În legătură cu posibila constatare a unui conflict de interese în materie penală în derularea unei achiziții publice, este necesar să fie stabilită atât forma de vinovăție, cât și gradul de implicare a persoanei care organizează sau ia decizii care conduc la încheierea contractului public.

Caz ilustrativ. Exemplificare privind gradul de implicare a unui funcționar sau demnitar în derularea unei achiziții.

Într-o speță, ca urmare a înregistrării unei plângeri împotriva rezoluțiilor sau ordonanțelor procurorului de netrimiteră în judecată, Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția Penală a considerat că, în situația în care învinuita a participat în calitate de membru cooptat la deschiderea ofertelor, așa cum rezultă din procesele verbale privind ofertele, însă ulterior nu a luat parte la procedura de stabilire a punctajelor și nici la pronunțarea deciziei privind stabilirea ofertei câștigătoare, nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii. Pentru a fi îndeplinită latura obiectivă, era necesar ca învinuita să fi participat la luarea deciziei finale de atribuire a licitației uneia dintre societățile participante, pentru ca să se obțină acel folos prevăzut de textul de lege reprezentat de art. 253¹ C.P.

În vechea formă a Codului Penal, potrivit 253¹, infracțiunea de conflict de interese¹⁰² putea fi reținută când funcționarul public participa la luarea unei decizii prin care s-a realizat, direct sau indirect, un folos material pentru o altă persoană cu care s-a aflat în relații de muncă în ultimii cinci ani.

102 Vechiul Cod Penal - Conflictul de interese

Art. 253¹ Fapta funcționarului public care, în exercițiul atribuțiilor de serviciu, îndeplinește un act ori participă la luarea unei decizii prin care s-a realizat, direct sau indirect, un folos material pentru sine, soțul său, o rudă ori un afin până la gradul II inclusiv, sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de servicii sau foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani și interzicerea dreptului de a ocupa o funcție publică pe durată maximă.

Reglementarea actuală a conflictului de interese, astfel cum se regăsește la art. 301¹⁰³ din Codul Penal în vigoare, are o formă asemănătoare celei din vechiul Cod Penal, cu deosebirea că folosul obținut vizează acum forma patrimonială, și nu folosul material (astfel cum se regăsea la art. 253¹ din vechea reglementare).

Observăm în acest sens o lărgire a sensului tipului de folos care atrage răspunderea penală sub forma conflictului de interese.

8.2. Exemple privind evaluarea conflictelor de interese și a incompatibilităților din perspectivă administrativă și penală

Speța 1 – Conflictul de interese în legătură cu atribuirea de contracte publice în situația președintelui Consiliului Județean Argeș.

Investigația a pornit în baza unei autosesizări făcută de Agenția Națională de Integritate în urma unui articol de investigații în presa scrisă. Evaluarea preliminară a vizat conținutul declarației de avere și de interese a persoanei care făcea subiectul articolului – președintele Consiliului Județean Argeș.

Inspectorii de integritate au solicitat în procedură legală documente și informații de la instituțiile care gestionează resurse publice, respectiv:

- CNP din baza de date a Ministerului Administrației și Internelor;
- date de la Oficiul Național al Registrului Comerțului;
- date de la Centrul Național de Management pentru Societatea Informațională;
- date de la Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară ș.a.

După primirea documentelor relevante și evaluarea informațiilor adunate de la instituțiile menționate mai sus, inspectorul de integritate a semnalat indicii privind comiterea de infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție, conflict de interese și fals în declarații.

Concret, inspectorul de integritate a identificat indicii privind comiterea de infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție în legătură cu modul

103 Noul Cod Penal - Conflictul de interese

Art. 301- (1) Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, a îndeplinit un act ori a participat la luarea unei decizii prin care s-a obținut, direct sau indirect, un folos patrimonial, pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori pentru un afin până la gradul II inclusiv sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.

de atribuire a nouă contracte semnate între Consiliul Județean Argeș (sau instituții subordonate ori instituții publice) și companiile private unde președintele consiliului județean era acționar majoritar. Inspectorul de integritate a constatat că în timpul procedurii de achiziție publică au fost depuse doar ofertele provenind de la firmele private în care președintele consiliului județean deținea, la momentul investigației sau deținuse anterior ocupării acestei funcții, calitatea de acționar.

De asemenea, evaluarea documentară a condus la concluzia că președintele Consiliului Județean Argeș nu menționase în declarația de avere depusă în 2010 un număr de 18 contracte în curs de desfășurare între propria companie și instituțiile subordonate consiliului județean. Oficialul omisese și să precizeze în declarațiile de interese depuse în intervalul 2004 - 2010 calitățile de acționar la 11 companii private.

ANI a considerat că persoana respectivă nu era în situația în care a realizat o simplă omisiune în completarea declarației de avere și de interese. În consecință, a înaintat organelor de urmărire penală înscrisurile obținute sau realizate de Agenție pentru efectuarea de verificări sub aspectul săvârșirii de către președintele Consiliului Județean Argeș a infracțiunii de conflict de interese și a celei de fals în declarații. De asemenea, ANI a sesizat Direcția Națională Anticorupție în vederea investigării unor eventuale infracțiuni de corupție și, totodată, a solicitat instanței de contencios să anuleze documentele emise, adoptate sau elaborate cu încălcarea dispozițiilor legale privind conflictul de interese.

Speța 2 – În dosarul nr. 1042/A/II/11.01.2011 privind pe O.C., președintele Consiliului Județean Timiș, ÎCCJ a respins recursul declarat de acesta împotriva Sentinței civile nr. 40/18.01.2012 dată de Curtea de Apel Timișoara și a reținut nerespectarea prevederilor legale privind conflictul de interese constatat de ANI.

Agenția de Integritate constatare că O.C. a avut un interes personal în a favoriza societatea O.D. SRL, având ca asociați soția (50%), fiica (25%) și ginerele (25%), în licitația organizată de o instituție publică aflată sub autoritatea Consiliului Județean Timiș.

Astfel, Muzeul de Artă Timișoara a încheiat pentru o perioadă nelimitată un contract de furnizare (nr. 14/13.10.2010), având ca obiect servicii de tipărire pe baza comenzilor ferme ale autorității contractante.

Totodată, în exercitarea funcției de președinte al Consiliului Județean Timiș, O.C. a semnat și aprobat atât contractele publice, cât și rapoartele

de evaluare întocmite de comisiile de specialitate, numite tot de el, pentru concesionarea în iunie 2008 a unor parcele din perimetrul Parcului Tehnologic și Industrial Timișoara. Contractele de concesiune încheiate pe o perioadă de 49 de ani și cu o redevență la un preț minimal menționau drept concesionar firma O.D. SRL, în care asociați erau afinii acestuia.

Ulterior, aceleași firme i s-au acordat, prin acte adiționale semnate de președintele consiliului județean, mai multe comenzi pentru prestarea de servicii, facilități și beneficii cu titlu gratuit, între care exemplificăm: „salubritate și întreținere drumuri, spații verzi comune și curățenie spațiu public, iluminat stradal și perimetral, pază și protecție a zonelor comune și a perimetrului parcului, parcare gratuită, promovare firmă concesionară etc.” și, totodată, scutirea de la plata redevenței în valoare de 4,2 euro/mp/an + TVA, pe o perioadă de 19 luni.

ANI a considerat că prin semnarea și aprobarea de către președintele Consiliului Județean Timiș a tuturor actelor și documentelor ce țin de atribuirea și încheierea unor contracte publice cu firma la care acționari sunt soția și rude de gradul I sunt identificate elementele care probează existența unui conflict de interese.

Încadrarea dată de Agenție s-a bazat pe dispozițiile art. 21 - (1)¹⁰⁴ din Legea nr. 176/2010, coroborate cu prevederile Legii nr. 161/2003¹⁰⁵ – art. 70¹⁰⁶ și art. 71.¹⁰⁷

Totodată, ANI a considerat că sunt indicii suficiente privind săvârșirea infracțiunii prevăzute și pedepsite de art. 253¹ din vechiul Cod Penal, în vigoare la vremea respectivă: „fapta funcționarului public care, în exercițiul atribuțiilor de serviciu, îndeplinește un act ori participă la luarea unei decizii prin care s-a realizat, direct sau indirect, un folos material pentru sine, soțul său, o rudă ori un afin până la gradul II inclusiv sau pentru o

104 Legea 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice

Art. 21 - (1) Dacă, după exprimarea punctului de vedere al persoanei invitate, verbal sau în scris, ori, în lipsa acestuia, după expirarea unui termen de 15 zile de la confirmarea de primire a informării de către persoana care face obiectul evaluării, inspectorul de integritate consideră în continuare că sunt elemente în sensul existenței unui conflict de interese sau l unei incompatibilități, întocmește un raport de evaluare.

105 Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

106 Legea nr. 161/2003

Art. 70 Prin conflict de interese se înțelege situația în care persoana ce exercită o demnitate publică sau o funcție publică are un interes personal de natură patrimonială care ar putea influența îndeplinirea cu obiectivitate a atribuțiilor care îi revin, potrivit Constituției și altor acte normative.

107 Legea nr. 161/2003

Art. 71 Principiile care stau la baza prevenirii conflictului de interese în exercitarea demnităților publice și funcțiilor publice sunt: imparțialitatea, integritatea, transparența deciziei și supremația interesului public.

altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de servicii sau foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani și interzicerea dreptului de a ocupa o funcție publică pe durată maximă.”

În susținerea acestor constatări s-a avut în vedere că raportul oricărei comisii de licitație este supus aprobării președintelui Consiliului Județean Timiș, în vederea încheierii contractului respectiv, iar în cuprinsul acestui document se regăsesc descrise etapele desfășurării procedurii de licitație sau negociere directă. Șeful autorității contractante avea astfel posibilitatea să constate nerespectarea prevederilor legale referitoare la regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, în vigoare la acea dată. Potrivit legii, pentru concesiunea parcelor era obligatorie derularea unei licitații publice, și nu o negociere directă.

În condițiile în care anunțul privind intenția de concesiune, respectiv modificarea contractului de concesiune fără reluarea procedurii – evitând astfel concurența și obligația de transparență a acestor modificări –, ANI a considerat că sunt indicii temeinice cu privire la săvârșirea de către președintele Consiliului Județean Timiș a infracțiunilor asimilate infracțiunilor de corupție, respectiv:

- cele prevăzute și pedepsite de art. 12 lit. b) din Legea nr. 78/2000 - „folosirea, în orice mod, direct sau indirect, de informații ce nu sunt destinate publicității ori permiterea accesului unor persoane neautorizate la aceste informații”;
- și de art. 13² - „infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice, infracțiunea de abuz în serviciu contra persoanelor și infracțiunea de abuz în serviciu prin îngrădirea unor drepturi, dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un avantaj patrimonial sau nepatrimonial” din aceeași lege.

Speța 3 – În dosarul nr. 92392/A/I.I./30.12.2010 privind faptele comise de P.V., primar al unei comune din județul Vaslui, ANI a constatat că acesta a încheiat două contracte de închiriere a unei suprafețe agricole cu o firmă în care el însuși avea calitatea de administrator unic.

În urma verificărilor întreprinse de ANI s-a mai constatat că numitul P.V. a mai semnat, tot în exercitarea funcției de primar al comunei V., județul Vaslui, mai multe acte juridice și administrative prin care a obținut o serie de beneficii patrimoniale.

ANI a sesizat organele judiciare competente cu privire la posibila săvârșire de către primarul comunei V. a infracțiunilor de conflict de interese, abuz

în serviciu contra intereselor publice și abuz în serviciu contra intereselor persoanelor, fapte prevăzute și pedepsite de art. 253¹ din vechiul Cod Penal (conflictul de interese) și de art. 13² din Legea 78/2000¹⁰⁸ (abuz în serviciu), pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, raportat la art. 248¹⁰⁹ din vechiul Cod Penal (variantea în vigoare la momentul finalizării cercetărilor administrative).

De asemenea, s-au întreprins demersurile prevăzute de art. 22 alin. (2) din Legea 176/2010,¹¹⁰ în vederea anulării contractelor încheiate cu încălcarea prevederilor legale privind conflictul de interese.

Conflictul de interese administrativ a rămas definitiv prin necontestarea raportului de evaluare de către persoana investigată.

În ceea ce privește solicitarea făcută instanței pentru anularea contractelor încheiate cu încălcarea prevederilor legale (după rămânerea definitivă a constatării prin necontestare), într-o primă etapă, Curtea de Apel Iași a admis acțiunea ANI.

Ulterior, prin Decizia nr. 2745/11.06.2014, ÎCCJ a admis recursul declarat de P.V. și Consiliul Local al comunei V. împotriva Sentinței nr. 373 din 19 noiembrie 2012 a Curtii de Apel Iași – Secția contencios administrativ și fiscal. De asemenea, instanța supremă a casat sentința recurată și a trimis cauza spre rejudecare aceleiași instanțe.

108 Legea 78/2000

Art. 13² Infrațiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice, infrațiunea de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor și infrațiunea de abuz în serviciu prin îngrădirea unor drepturi, dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un avantaj patrimonial sau nepatrimonial, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 15 ani.

109 Vechiul Cod Penal - Abuzul în serviciu contra intereselor publice

Art. 248 Fapta funcționarului public, care, în exercițiul atribuțiilor sale de serviciu, cu știință, nu îndeplinește un act ori îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o tulburare însemnată bunului mers al unui organ sau al unei instituții de stat ori al unei alte unități din cele la care se referă art. 145 sau o pagubă patrimoniului acesteia se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani.

110 Legea 176/2010

Art. 22 – (2) Dacă raportul de evaluare a conflictului de interese nu a fost contestat în termenul prevăzut la alin. (1) [n.n. 15 zile] la instanța de contencios administrativ, Agenția sesizează, în termen de 6 luni, organele competente pentru declanșarea procedurii disciplinare, precum și, dacă este cazul, instanța de contencios administrativ, în vederea anulării actelor emise, adoptate sau întocmite cu încălcarea prevederilor legale privind conflictul de interese.

Speța 4 – Într-un dosar în care persoana investigată, O.C., avea calitatea de primar al unei comune din județul Dâmbovița, ANI a reținut nerespectarea prevederilor legale privind regimul juridic al incompatibilităților și conflictelor de interese, ca urmare a încheierii și derulării de către autoritatea locală a unor contracte publice cu firma la care asociat și administrator era R.E. (fostă O.), sora primarului.

Astfel, în derularea contractului de prestări de servicii nr. 2582/01.06.2011, societatea E. SRL a emis și încasat de la primăria comunei în cauză un număr de 14 facturi în valoare de 44.975 lei. În această societate, asociat și administrator era R.E. (fostă O.), rudă de gradul II cu persoana evaluată (primarul localității, O.C.).

ANI a considerat că în tranzacțiile derulate sunt indicii cu privire la posibila încălcare a infracțiunilor de conflict de interese prevăzute de art. 253¹ din Codul Penal aflat în vigoare la vremea respectivă, întrucât, prin încheierea contractului de prestări servicii nr. 2582/01.06.2011 și prin aprobarea unor prestării de servicii de către societatea E. SRL având ca beneficiar primăria comunei din județul Dâmbovița, s-au realizat foloase materiale pentru ruda de gradul II a primarului.

În valorificarea constatărilor făcute, în temeiul dispozițiilor art. 10, lit. f), art. 19, art. 21 – (4), art. 22 – (2) și art. 26 – (1) lit. i) din Legea nr. 176/2010, coroborate cu dispozițiile art. 281 – (1) lit. a¹) din Codul de Procedură Penală în vigoare la data respectivă, s-a dispus:

- comunicarea raportului de evaluare persoanei evaluate;
- comunicarea raportului de evaluare Instituției Prefectului Dâmbovița, spre informare și luarea măsurilor ce se impun după rămânerea definitivă a acestuia;
- sesizarea Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Ploiești cu privire la existența indiciilor referitoare la săvârșirea de către O.C., primarul localității, a infracțiunii prevăzute de dispozițiile art. 253¹ din Codul Penal.

Curtea de Apel Ploiești a soluționat în primă instanță sesizarea ANI și a dispus în baza art. 253¹ Cod Penal cu aplic. art. 41 alin. (2) C.P. și art. 320¹ alin. 7 C.P.P., condamnarea inculpatului O.C. la pedeapsa de 2 ani și 6 luni închisoare. În temeiul art. 65 C.P., cu titlu de pedeapsă complementară, a interzis inculpatului drepturile prevăzute de art. 64 lit. a), lit. b) și lit. c) C.P., pe o durată de un an, iar conform art. 253¹ C.P., teza ultimă, a interzis inculpatului dreptul de a ocupa o funcție publică pentru o perioadă de 10 ani, conform art. 53 pct. 2 lit. a) C.P.

În baza art. 71 alin. (2) C.P., a interzis cu titlu de pedeapsă accesorie exercitarea de către inculpat a drepturilor prevăzute de art. 64 lit. a), lit. b) și lit. c) C.P.

În baza art. 253¹ Cod Penal cu aplic. art. 41 alin. 2 Cod Penal și art. 320¹ alin. 7 Cod Proc. Penală, l-a condamnat pe inculpatul R.V. (soțul lui R.E. și cumnat al primarului O.C.) la pedeapsa de 2 ani închisoare. În temeiul art. 65 Cod Penal, cu titlu de pedeapsă complementară, a interzis inculpatului drepturile prev. de art. 64 lit. a), lit. b) și lit. c) Cod Penal, pe o durată de 1 an, iar conform art. 253¹ Cod Penal, teza ultimă, a interzis inculpatului dreptul de a ocupa o funcție publică pentru o perioadă de 10 ani, conform art. 53 pct. 2 lit. a) Cod Penal. În baza art. 71 alin. (2) Cod Penal, a interzis cu titlu de pedeapsă accesorie exercitarea de către inculpat a drepturilor prev. de art. 64 lit. a), lit. b) și lit. c) Cod Penal.

În baza art. 81 Cod Penal, dispune suspendarea condiționată a executării pedepselor aplicate celor doi inculpați, pe durata unui termen de încercare de 4 ani și 6 luni pentru inculpatul O.C. și de 4 ani pentru inculpatul R.V.

De asemenea, instanța a atras atenția fiecărui inculpat, în baza art. 83 Cod Penal, privind posibilitatea revocării suspendării condiționate în cazul comiterii unei noi infracțiuni în perioada termenului de încercare. Conform art. 71 ultimul alineat Cod Penal, a dispus suspendarea executării pedepselor accesorii pe perioada termenelor de încercare stabilite pentru fiecare inculpat. În baza art. 191 alin. (1) Cod Proc.Penală, l-a obligat pe inculpatul O.C. la plata sumei de 5.700 lei, iar pe inculpatul R.V. la plata sumei de 4.700 lei, cu titlu de cheltuieli judiciare către stat.

Recursul declarat în cauză a fost soluționat de ÎCCJ, care a pronunțat Decizia FN din 27.05.2014 prin care au fost respinse apelurile declarate de inculpații O.C. și R.V. împotriva sentinței penale nr. 193 din 14 octombrie 2013 a Curții de Apel Ploiești – Secția Penală și pentru Cauze cu Minori și de Familie.

Speța 5 – În analiza aspectelor semnalate în legătură cu exercitarea atribuțiilor de serviciu de către M.P., director executiv în cadrul Direcției Sanitare Veterinare și pentru Siguranța Alimentelor Teleorman în perioada 01.07.2005 – 23.04.2009, ANI a constatat încheierea de către directorul M.P. a șapte contracte cu SC A. SRL în care acesta a avut calitatea de asociat (în perioadele 25.02.2005 – 01.09.2005 și 29.03.2007 – 14.01.2009), precum și pe cea de administrator (în perioada 25.02.2005 – 01.09.2005).

Contractele respective (de prestări servicii pentru entitatea administrației publice care funcționa în structura administrației publice și, respectiv, modificarea clauzelor unor concesiuni anterioare) au fost încheiate de Direcția Sanitară Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor (DSVSA) Teleorman. Din analiza înscrisurilor, s-a reținut că au fost semnate de M.P. în perioada 02.08.2005 – 07.11.2008. Valoarea totală a celor șapte contracte era de 169.774 lei (fără TVA).

ANI a constatat încălcarea de către directorul executiv al DSVSA Teleorman a dispozițiilor art. 70 și art. 71 din Legea nr. 161/2003 privind conflictul de interese în materie administrativă, ca urmare a semnării celor șapte contracte între DSVSA Teleorman și SC A. SRL.

De asemenea, inspectorii de integritate au considerat că sunt indicii privind posibila săvârșire de către M.P. a infracțiunii de conflict de interese, prevăzută și pedepsită de art. 253¹ din Codul Penal în vigoare în perioada respectivă în legătură cu semnarea celor șapte contracte și a sesizat Pachetului de pe lângă Curtea de Apel București (făcând aplicarea prevederilor art. 21 – (4) din Legea nr. 176/2010).

Fiind sesizată de ANI, Curtea de Apel București a respins ca nefondată excepția prematurității introducerii acțiunii invocată de pârâtul M.P. De asemenea, a admis cererea de suspendare a judecății formulată de pârât și în baza art. 244 alin. (1) pct.2 C. Pr. Civ. a suspendat judecarea cauzei până la soluționarea definitivă a dosarului penal înregistrat la DNA.

Soluția a fost dată cu posibilitatea formulării de recurs odată cu fondul în ceea ce privește soluția pe excepție și, separat, pe toată durata suspendării.

8.3. Sistemul electronic integrat de prevenire a conflictelor de interese „PREVENT”

Consecvență angajamentelor asumate de autoritățile române față de Uniunea Europeană, Agenția Națională de Integritate a inițiat și pus în funcțiune un „Sistem informatic integrat de prevenire a conflictelor de interese în achizițiile publice” – Proiectul PREVENT –, cofinanțat din Fondul European de Dezvoltare Regională, Programul Operațional Sectorial „Creșterea Competitivității Economice”.

Conceperea acestui sistem a fost realizată în încercarea de a preveni și sesiza prompt apariția conflictelor de interese în procesul de achiziție publică, date fiind greutățile pe care factorul uman le întâmpină în identificarea imediată a situațiilor de conflict ce pot apărea odată cu publicarea unui anunț de participare la o licitație publică.

Obiectivul acestui proiect constă în dezvoltarea unui **mecanism eficient de verificare ex-ante a conflictelor de interese** în procesul de atribuire a contractelor de achiziții publice prin co-participarea directă a cetățenilor și a mediului de afaceri în semnalarea situațiilor generatoare de conflicte de interese, asigurarea interoperabilității sistemelor electronice ale instituțiilor publice, optimizarea cooperării între instituțiile publice, precum și creșterea capacității de răspuns la solicitări primite din partea cetățenilor, a mediului de afaceri și a administrației publice.

Integrând baze de date ale Ministerului Administrației și Internelor, Registrului Comerțului și ale altor instituții relevante, sistemul PREVENT oferă, în timp real, analiza informațiilor primite din sursele de date (interne și externe), corelate cu sesizările primite, și **emite „avertismente de integritate”** în mai puțin de **30 zile** către instituțiile angrenate în procesul de achiziție publică.

Prin intermediul acestui sistem, ANI și-a propus să aducă o îmbunătățire a serviciilor privind activitatea instituției prin urmărirea și sesizarea promptă a conflictelor de interese în procesul de achiziție publică, prin punerea la dispoziție a serviciilor on-line pentru emiterea de avertismente și publicarea de rapoarte relevante, dar și primirea pe această cale a sesizărilor privitoare la derularea acestor procese din partea persoanelor care dețin anumite informații.

De asemenea, alți beneficiari ai furnizării serviciilor on-line menționate sunt mediul de afaceri și companiile sau instituțiile angrenate în procesul

de achiziție publică, precum și persoanele care sunt implicate direct în acest proces, fie din perspectiva autorității contractante, fie din perspectiva autorității furnizoare.

În faza de testare a mecanismelor de control automat concepute de ANI, Agenția a sesizat **nevoia unei adaptări a legislației curente** în domeniul achizițiilor publice.

Astfel, norma de reglementare trebuie să prevadă obligativitatea pentru funcționarii care lucrează în cadrul autorităților contractante să introducă anumite date în SEAP, pentru a se crea o posibilitate de analiză (într-o primă etapă automată), inclusiv din perspectiva conflictului de interese.

ANI testează în acest moment un **formular de integritate**, astfel încât, în urma completării acestuia de către responsabilii cu procedurile de achiziție publică care lansează un anunț de participare, respectiv în urma introducerii informațiilor privind ofertanții participanți, să fie în măsură să transmită un **avertisment de integritate într-un termen extrem de scurt**, în situația în care sunt identificate anumite legături între persoanele cu funcții de decizie din autoritatea contractantă și ofertanți, subcontractanți sau terți susținători.

Pentru deplină operativitate a sistemului PREVENT, legislația trebuie amendată de o manieră care să definească riguros regimul juridic al formularului de integritate și obligațiile privind completarea sa de către persoanele care intervin în procedura de achiziții publice.

Sistemul electronic poate primi date de intrare care provin de la inspectorii de integritate care supraveghează anumite proceduri și care dețin informații publice legate de situații concrete. În acest mod, raționamentul uman în „judecarea” unei situații nu este totalmente eliminat, cu atât mai mult cu cât expertiza de care dispun inspectorii de integritate este un filtru care permite o dezvoltare a corelațiilor identificate din interconectarea bazelor de date de care dispun instituțiile publice.

8.4. Practica sistemului de drept francez în materia conflictului de interese

Jurisprudența Curții de Casație franceze dă o interpretare severă noțiunilor de „interes” și „participare la decizie” menționate în prevederea din Codul Penal francez care incriminează conflictul de interese.

Dincolo de situații evidente de conflict de interese de natură penală (de exemplu, primarul care acordă un contract firmei la care fiica sa este administrator), în Franța, ca și în România, apare frecvent o întrebare în evaluarea cauzelor complexe:

unde fixăm limita când vorbim de interesul unui membru mai îndepărtat al familiei, un prieten ori o cunoștință?

Întrebarea este legitimă față de orice funcționar sau ales care are anumite legături de rudenie sau un cerc de prieteni în care se află oameni ce nu pot fi opriți să deruleze afaceri, uneori chiar afaceri cu bani publici.

Răspunsul oferit de jurisprudența franceză este acela că **starea infrațională se oprește acolo unde dispăre suspiciunea**. Este o interpretare dură, dar care se conformează pe deplin scopului textului incriminator.

Acesta urmărește să protejeze și încrederea cetățenilor francezi în administrație și are ca obiectiv evitarea situației în care o persoană aflată într-o funcție publică se folosește de aceasta în interes personal sau poate să fie numai bănuită că nu ar folosi funcția publică în interesul general. Revine unui judecător să interpreteze faptele și să facă diferența între situațiile în care decizia publică nu poate fi bănuită de părtinire și cele în care este vorba de așa ceva.

Atribuirea unui contract de achiziții sau orice decizie a unui funcționar ori a unui ales în favoarea unui membru al familiei sale va fi bănuită să fi fost decisă după criterii străine interesului public, iar încrederea cetățenilor în administrație va fi puternic afectată.

Potrivit Codului Penal francez, este considerată a întruni elementele infrațiunii de conflict de interese fapta comisă de:

- persoana investită cu autoritate publică, însărcinată cu atribuții de serviciu public sau investită cu un mandat public în urma unor alegeri;
- persoana care își asumă, primește sau păstrează, direct ori indirect, orice fel de interes sau participare într-o firmă sau într-o operațiune comercială în cadrul căreia, în momentul deciziei (de exemplu, cu

ocazia lansării unei proceduri de achiziție publică), funcționarul sau alesul respectiv este parțial sau în totalitate responsabil cu supravegherea, administrarea, deciziile de plată sau plățile.

Conflictul de interese este pedepsit în Franța cu 5 ani de închisoare și 75.000 euro amendă.

Cu privire la implicarea în procesul decizional, jurisprudența Curții de Casație arată încă din 1999 că participarea unui consilier local într-un organism al autorității locale care deliberază asupra unei probleme în care el are un interes este element constitutiv al infracțiunii. Participarea la deliberare este o oportunitate evidentă de a influența hotărârea care se adoptă sau, cel puțin, de a da naștere la suspiciuni.

Mai mult, potrivit jurisprudenței curții supreme franceze, în cazul președintelui unei colectivități locale (consiliu local, departamental, regional), infracțiunea de conflict de interese de natură penală poate să fie săvârșită chiar dacă el nu a luat parte la deliberare, jurisprudența plecând de la prezumția că președintele instituției veghează asupra tuturor acțiunilor acesteia.

În Codul Penal francez, **incriminarea favorizării**, ca încălcare a principiului libertății de acces și egalității candidaților în procesele de achiziții publice, joacă un rol important și în lupta contra corupției. Astfel, spre deosebire de infracțiunile de corupție (în sens strict) și de trafic de influență, **la infracțiunea de favorizare nu mai este necesară dovedirea existenței unui avantaj oarecare oferit în contrapartidă** pentru sprijinul acordat de persoana care ocupă funcția publică.

În ceea ce privește elementul intențional (latura subiectivă), acesta este evident constituit atunci când agentul public a dorit favorizarea. Dar, având în vedere că este vorba de un corp profesional [constituit din profesioniști], elementul intențional este constituit și când aceștia încalcă în mod deliberat o regulă de procedură, chiar fără intenția de a avantaja un candidat. Favorizarea este pedepsită în Franța cu 2 ani de închisoare și 30.000 euro amendă.

Raportorul Codului Penal napoleonian sublinia în fața legislativului francez, la 6 februarie 1810, că încrederea cetățenilor în exercitarea funcției publice este obiectivul căruia i s-au circumscris incriminările specifice: „Respectul de care se bucură funcționarii decurge mai ales din încrederea pe care ei o inspiră, iar tot ce poate altera această încredere sau le poate știrbi moralitatea trebuie să le fie interzis.”

9. Cazuri practice privind modul de acțiune în cauzele de fraudare a achizițiilor publice

În vederea formulării unor metodologii de lucru în activitatea de investigare a faptelor care privesc prejudicierea bugetului public prin trucarea sau vicierea unor proceduri de atribuire a contractelor publice, vom prezenta câteva exemple practice, pornind de la cazuri care au fost soluționate definitiv prin hotărâri ale instanțelor judecătorești.

Pentru o mai facilă înțelegere, vom expune cazurile investigate de unitățile de parchet pornind de la situația de fapt, dispozițiile legale incidente fiecărei fapte investigate și întrebările pe care organul de urmărire penală și le-a formulat înainte de a proceda la incriminarea celor suspecți de comiterea de infracțiuni legate de achizițiile publice.

Speța 1 – Situația de fapt: Consiliul Județean V. a alocat Consiliului Local F., în 22 decembrie 2004, suma necesară pentru a se începe executarea lucrărilor la un pod distrus de o viitură. N.D., primarul comunei F., a început demersurile necesare în vederea organizării licitației pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Anunțul de participare la licitația publică deschisă, publicat în 5 mai 2005, preciza următoarele criterii pe care trebuiau să le îndeplinească ofertanții:

- dotare specifică cu utilaje;
- experiență similară – prezentarea unei lucrări terminate, de profil asemănător, a cărei valoare să fie mai mare de 260.000 euro;
- cifră medie de afaceri pe ultimii trei ani mai mare de 2.900.000 euro;
- lichiditate generală mai mare de 100%.

Criteriul de atribuire: oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic.

În cursul lunii mai 2005, primarul N.D. l-a contactat pe D.C., administrator al SC C SRL, propunându-i să participe la licitație și promițându-i că îl va ajuta să câștige. D.C. a fost de acord cu propunerea lui N.D. și a achiziționat caietul de sarcini.

Întrucât SC C SRL nu îndeplinea criteriul de calificare și selecție referitor la capacitatea economico-financiară, D.C. a emis o adresă prin care

solicita modificarea condiției, arătând că impunerea experienței similare și a cifrei de afaceri este în contradicție cu prevederile legale, defavorizând întreprinderile mici și mijlocii. Urmare acestei adrese, Primăria F. a transmis participanților o adresă semnată de primarul N.D., în care se menționa că „cifra medie anuală de afaceri pe ultimii trei ani este de 350.000 euro, și nu de 2.900.000 euro, cum este în formularul B2, deoarece prin aceasta sunt discriminate întreprinderile mici și mijlocii”. La licitație s-a înscris SC C SRL, cu o ofertă de preț de 7.089.915 lei, alături de alte șapte firme cu profil de construcții.

Prin dispoziția a primarului N.D. a fost constituită comisia de evaluare a ofertelor, în care au fost numite două persoane recomandate de D.C., N.D. fiind președinte. Oferta depusă de SC C SRL a fost acceptată, deși societatea avea o cifră medie de afaceri anuală pe ultimii trei ani sub 200.000 euro. În raportul de evaluare s-a menționat că SC C SRL „a prezentat toate documentele privind eligibilitatea”.

În 20 iunie 2005, a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, iar comisia de evaluare a recomandat atribuirea contractului de lucrări Regiei Autonome Județene de Drumuri și Poduri Vâlcea (RAJDP), care a întrunit punctajul cel mai mare, respectiv 97,34 puncte, și a avut oferta de preț cea mai avantajoasă, în cuantum de 5.554.856 lei. Oferta SC C SRL s-a clasat pe locul 6, cu un punctaj de 79,45.

La data de 19 iulie 2005, primarul N.D. a emis șapte adrese prin care a comunicat tuturor participanților la procedura de achiziție publică că procedura de atribuire a contractului de execuție a lucrării a fost anulată, precizând că, în momentul în care se vor putea strânge fondurile necesare, se vor relua procedurile legale de atribuire a acestei lucrări. Toate adresele au fost semnate de N.D, fără ca membrii comisiei de evaluare să aibă cunoștință de acest lucru.

RAJDP Vâlcea a formulat o contestație admisă în 10 august 2005 cu motivarea că „sursa de finanțare a fost rezolvată, deși practic nu se întâmplase nimic, de la întocmirea raportului de evaluare și până la emiterea acelei rezoluții”. Pornind de la situația de fapt expusă, investigatorii din cadrul Ministerului Public au stabilit ca fiind incidente următoarele norme legale în vigoare la data respectivă:

- art.2, lit. c) și d) din OUG nr. 60/2001 privind achizițiile publice:¹¹¹

111 Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 60/2001 privind achizițiile publice, denumită în continuare „OUG nr. 60/2001”, a fost abrogată și înlocuită ulterior cu OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt:

c) transparența, respectiv punerea la dispoziție tuturor celor interesați a informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică;

d) tratamentul egal, respectiv aplicarea în mod nediscriminatoriu a criteriilor de selecție și a criteriilor pentru atribuirea contractului de achiziție publică, astfel încât orice furnizor de produse, executant de lucrări sau prestator de servicii să aibă șanse egale de a i se atribui contractul respectiv;

- art.17 alin. (3) din OUG nr. 60/2001:

Autoritatea contractantă are dreptul, în scopul asigurării unei transparențe maxime, de a face cunoscut anunțul de participare și prin alte mijloace de informare locale, naționale sau internaționale, dar numai după publicarea anunțului respectiv în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a – Achiziții publice.

Anunțul de participare publicat și în alte mijloace de informare locale, naționale sau internaționale trebuie să menționeze numărul și data apariției Monitorului Oficial al României, Partea a VI-a – Achiziții publice în care s-a publicat anunțul de participare și nu trebuie să conțină alte informații decât cele publicate în Monitorul Oficial al României;

- art. 14 alin (2) din HG nr. 461/2001:

Eventualele modificări ale anunțurilor, transmise ulterior solicitării de publicare, determină prelungirea în mod corespunzător a termenelor de publicare prevăzute la art. 19 din Ordonanță.

- art. 51 alin. (1) din OUG nr. 60/2001:

Autoritatea contractantă are obligația de a constitui, pentru atribuirea fiecărui contract de achiziție publică în parte, o comisie de evaluare care răspunde de următoarele activități:

– verificarea eligibilității, înregistrării și a îndeplinirii criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și economică financiară de către candidați/ofertanți.

- art. 57 lit.a din OUG nr. 60/2001:¹¹²

Comisia de evaluare are dreptul să respingă o ofertă în oricare dintre următoarele cazuri:

112 Hotărârea 461 din 9 mai 2001, pentru aprobarea normelor de aplicare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 60/2001 privind achizițiile publice.

- a) oferta de bază nu respectă cerințele prevăzute în documentația pentru elaborarea și prezentarea ofertei, caz în care nu se iau în considerare nici eventualele oferte alternative;
- art. 35 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 461/2001:
 - (1) Comisia de evaluare are obligația de a examina mai întâi documentele care dovedesc eligibilitatea și înregistrarea fiecărui ofertant/candidat.
 - (2) Comisia de evaluare va examina documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor minime privind capacitatea tehnică și capacitatea economico-financiară numai pentru acei ofertanți/candidați care nu au fost deja excluși ca urmare a neîndeplinirii condițiilor referitoare la eligibilitate și înregistrare.
 - art. 38 alin. (1) din HG nr. 461/2001:
 - (1) Comisia de evaluare are obligația de a evalua toate ofertele corespunzătoare și, în urma acestei evaluări, de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului aplicat pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Pornind de la aceste constatări preliminare, organul de urmărire penală și-a propus să formuleze răspunsuri la următoarele întrebări:

- a) aspecte privind competența organului de urmărire penală și instanța care ar urma să judece eventualele fapte de natură penală;
- b) dacă prin faptele descrise a fost produsă o pagubă patrimonială unei persoane sau a fost obținut un avantaj patrimonial sau nepatrimonial;
- c) care este încadrarea juridică a faptelor săvârșite;
- d) dacă prin faptele inculpatului (la momentul respectiv făptuitor, respectiv suspect în condițiile procedurale date de C.P.P. actual) au fost încălcate atribuțiile sale de serviciu.

Răspunzând acestor întrebări, unitatea de parchet care a investigat cazul (DNA – Serviciul Teritorial Pitești) a concluzionat că faptele inculpatului N.D., primarul comunei F., de a întocmi în fals opt adrese prin care menționa în mod nereal că „în momentul în care putem strânge fondurile necesare, vom relua procedurile legale de atribuire a acestei lucrări” întrunesc elementele constitutive ale infracțiunilor prevăzute de art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 rap. la art. 289 al. 1 C. Pen. și art. 291 C. Pen. cu ref. la art. 254 alin. (1) și (2) C. Pen., rap. la art. 5 alin. (1), art. 6 și art. 7 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, cu aplic. art. 41 alin. (2) C. Pen.

De asemenea, faptele constând în modificarea unilaterală și nelegală a condițiilor de participare la procedura de achiziție și de a anula licitația

invocând lipsa fondurilor necesare, pentru a favoriza SC C SRL, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 20 C. Pen., rap. la art. 13² din Legea nr. 78/2000, rap. la art. 246 C. Pen., cu aplic. art. 15 din Legea nr.78/2000, toate cu aplic. art. 33 lit. a) C. Pen.

Instanța competentă a fost Tribunalul Vâlcea, instanță care prin sentința penală nr. 57 din 13.05.2009 (definitivă la ICCJ – D.P. nr. 1596/20.04.2011) a dispus următoarele:

„În baza art. 289 alin. (1) C. Pen., raportat la art. 17 lit. c) și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, cu referire la art. 254 alin. (1) și (2), art. 5 alin. (1), art. 6 și art. 7 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. Pen., îl condamnă pe inculpat la 1 an închisoare.

În baza art. 291 C. Pen., raportat la art. 17 lit. c) și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, cu referire la art. 254 alin. (1) și (2), art. 5 alin. (1), art. 6 și art. 7 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. Pen., îl condamnă pe inculpat la 8 luni închisoare.

În baza art. 20 C. Pen. raportat la art. 246 C. Pen. și art. 13² din Legea nr. 78/2000, îl condamnă pe inculpat la 2 ani închisoare.”

Speța 2 - Situația de fapt: În 5 iulie 2006, C.A., comisar regional al Comisariatului Regional S. al Gărzii de Mediu, a înaintat Gărzii de Mediu o Notă de fundamentare prin care solicita asigurarea finanțării cheltuielilor de capital cu suma de 1.800.000 lei, în vederea achiziționării unei clădiri.

Clădirea trebuia să îndeplinească următoarele condiții minimale:

- clădire separată sau în indiviziune, cu suprafața utilă pentru birouri de 300–350 mp., compartimentată în minimum 14 camere;
- spațiul trebuie să fie amplasat în zona centrală a municipiului S., cu acces ușor;
- dotarea ușilor și ferestrelor cu tâmplărie din termopan;
- clădirea să fie funcțională și să nu necesite reparații în viitorul apropiat;
- conectarea la energie electrică, apă și canalizare să fie realizată;
- echiparea cu grupuri sanitare dotate cu necesarul minim;
- sistem propriu de încălzire sau racordare la sistemul de încălzire centralizată al municipiului;
- sistem de aer condiționat;
- posibilități de racordare la telefon, internet, cablu TV;
- spații de parcare pentru minimum 10 autoturisme.

În iulie 2006, ministrul Mediului și Gospodăririi Apelor a aprobat cheltuielile de investiții solicitate de Comisariatul Regional S.

Prin Decizia nr. 151/22.08.2006 a Comisarului General al Gărzii Naționale de Mediu, au fost aprobate Normele procedurale interne pentru organizarea și desfășurarea procedurilor de atribuire a contractului de achiziție publică a unui imobil (clădire existentă și teren aferent). Normele procedurale, împreună cu Mandatul de negociere pentru achiziția publică de imobil au fost înaintate Comisariatului Regional S. Conform normelor, valoarea de piață trebuia să constituie baza în procedura de negociere directă de preț cu proprietarii, iar, în situația existenței unei singure oferte, era necesară stabilirea valorii de piață prin evaluarea imobilului de către un evaluator autorizat.

Prin Decizia nr.130/24.08.2006, comisarul regional C.A. a dispus constituirea comisiei de negociere, în următoarea componență: O.V.C., I.C. și D.L. La aceeași dată, a fost întocmit Anunțul de Intenție publicat în mass-media.

În data de 30.08.2006, comisarul regional C.A. a întocmit „Mandatul de negociere pentru achiziția publică de imobil ca sediu pentru Comisariatul Regional S.” prin care a mandatat comisia de negociere să achiziționeze un imobil situat în municipiul S., cu suprafața de minimum 350 mp., amplasat în zona centrală sau zona neafectată de sistematizare, dar distanța să nu fie mai mare de 6 km față de km 0 al municipiului, accesul la imobil să fie facil, cu posibilitatea de parcare terestră sau subterană, imobilul să fie finisat și dotat cu următoarele utilități: racordat la rețeaua de gaze, la rețeaua de aprovizionare cu apă, la rețeaua de canalizare sau fosă septică proprie, echipat cu grupuri sanitare funcționale, sistem propriu de încălzire sau racordat la sistem centralizat, suprafața vitrată să asigure o iluminare naturală optimă.

La începutul lunii august 2006, martorul D.G., care oferea spre vânzare un imobil, a fost contactat telefonic de către O.F.C., care s-a arătat interesat de achiziționarea imobilului. Imobilul era situat în intravilanul satului B., la o distanță de 4,8 km de centrul municipiului S., avea o suprafață de 500 mp, nu era racordat la rețeaua de canalizare, instalația sanitară era nefuncțională, tâmplăria era din lemn, încălzirea se realiza cu butelie, nu era racordat la rețeaua de gaze a municipiului, nu avea sistem de aer condiționat și nici spațiu de parcare. După ce a vizionat clădirea, O.F.C., care era, potrivit martorului D.G., „foarte grăbit în a încheia tranzacția”, a negociat cu D.G. suma de 600.000 lei pentru cumpărarea imobilului.

În data de 05.09.2006, martorul s-a întâlnit cu O.F.C. la Biroul Notarial, unde l-a cunoscut pe P.P., care i-a fost prezentat ca fiind adevăratul cumpărător al imobilului, după care s-a semnat contractul. În 06.09.2006, O.F.C., membru în comisia de negociere, a transferat în contul vânzătorului suma de 600.000 lei.

În 08.09.2006, la Comisariatul Regional S. s-a înregistrat oferta lui P.P., depusă de O.F.C., de vânzare a imobilului pentru suma de 1.936.000 lei. În 07.09.2006 se înregistrase și oferta de spațiu din partea SC A SRL pentru o clădire de 550 mp, la prețul de 1.400.000 lei.

În 08.09.2006, comisarul regional C.A. și membrii comisiei de negociere vizionează cele două imobile, fiind descalificată oferta SC A SRL deoarece spațiul oferit era grevat de ipotecă.

Cu ocazia vizionării imobilului ofertat de P.P., deși s-a constatat că, pentru a fi funcțională, clădirea necesită o serie de reparații, comisarul regional al Gărzii de Mediu C.A. a insistat să se accelereze procedura de negociere, afirmând față de membrii comisiei de negociere că „vor fi făcuți răspunzători pentru necheltuirea banilor alocați pentru achiziționarea sediului” și refuzând propunerea lui I.C., membru al comisiei, de a relua procedura de achiziție. Ulterior, C.A. s-a implicat personal în discuțiile purtate cu P.P. pentru stabilirea prețului final de achiziție.

În data de 21.09.2006, comisia de negociere a stabilit ca până la încheierea contractului de vânzare-cumpărare să se realizeze de către P.P. un set de lucrări pentru îmbunătățirea stadiului în care se găsea clădirea:

- igienizarea interioară prin văuire și repararea pereților;
- schimbarea tâmplăriei din lemn cu tâmplărie termopan;
- verificarea instalației de încălzire;
- verificarea traseelor și a instalației de alimentare cu gaze;
- verificarea instalației electrice;
- verificarea și punerea în funcțiune a instalației pentru apa menajeră;
- placarea suplimentară a exteriorului construcției;
- realizarea locului de parcare prin desființarea gardului și placarea cu pavele;
- confecționare balustradă la balcon;
- reparații la zidurile exterioare și văruit clădirea;
- înlocuirea acoperișului din tablă vopsită cu înveliș Lindab;
- repararea pavajului din curte și a trotuarelor de acces;
- mochetarea clădirii;
- echiparea imobilului cu un sistem de alarmă performant;
- asigurarea unui sistem de ventilație și de condiționare a aerului;

- montarea unei centrale termice.

În 29.09.2006, deși lucrările menționate în procesul verbal nu fuseseră efectuate, contractul de vânzare-cumpărare a fost semnat de C.A. și P.P.

În 09.10.2006, C.A. a dat dispoziție lui D.L. să întocmească ordinul de plată pentru a vira în contul lui P.P. suma de 1.780.900 lei. D.L. l-a atenționat că nu s-a făcut recepția imobilului și nu s-a semnat procesul verbal de predare-primire, însă comisarul regional C.A. i-a replicat că „aceasta este data stabilită în contractul de vânzare-cumpărare” și că „P.P. este om de încredere și putem să plătim pe răspunderea lui”.

În perioada 10.10.2006 – 24.10.2006, din contul bancar în care i-au fost virate banii de către Comisariatul Regional S., P.P. a plătit suma totală de 160.851 lei pentru lucrări de îmbunătățire și reparații la imobil, lucrări care s-au efectuat până în 20.12.2006, când sediul a devenit funcțional.

Totodată, în perioada 11.10 – 15.11.2006, P.P., vânzătorul imobilului, a transferat într-un alt cont personal suma de 1.230.000 lei, după care a virat în mai multe tranșe suma de 600.000 lei în contul lui O.F.C., cu titlul de „împrumut”.

Abordarea parchetului și rechizitoriul

În cursul urmăririi penale a fost întocmit un raport de expertiză tehnică judiciară în cuprinsul căruia s-a concluzionat că utilizarea de tip administrativ a imobilului este nelegală (autorizația de construire a fost eliberată pentru construire locuință și anexe) și neadecvată, deoarece accesul cu mijloace de transport în comun la imobil este dificil, construcția are birouri semicomandate, cu suprafețe mici, neadecvate, mansarda este neutilizabilă pentru destinația de birouri etc.

Din același raport rezultă că, folosindu-se pentru evaluarea imobilului metodele abordării prin costuri, prin comparații și prin venituri, valoarea de piață a acestuia, la data de 29.09.2006, se înscrie între 1.190.610 lei și 1.240.515 lei.

Pornind de la aceste constatări preliminare, pentru clarificarea aspectelor ce privesc comiterea unor eventuale infracțiuni, organul de urmărire penală și-a propus să formuleze răspunsuri la următoarele întrebări:

- a) dacă prin faptele suspectului C.A. au fost încălcate atribuțiile sale de serviciu;

- b) dacă prin faptele descrise a fost produsă o pagubă patrimoniului Comisariatului Regional S. sau o tulburare însemnată bunului mers al instituției și dacă a fost obținut un avantaj patrimonial, iar în caz afirmativ cuantumul acestora;
- c) încadrarea juridică a faptelor săvârșite;
- d) instanța competentă să soluționeze cauza.

Prin rechizitoriul întocmit de organul de urmărire penală s-a reținut că fapta inculpatului C.A., comisar regional al Gărzii de Mediu, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de abuz în serviciu în formă calificată prev. de art. 13² din Legea nr. 78/2000 rap. la art. 248 C. P. combinat cu art. 248¹ C. P. Prejudiciul stabilit de anchetatori a fost de 1.780.900 lei (prețul plătit către P.P.).

Faptele inculpaților O.F.C. (cel care a intermediat cumpărarea imobilului de către P.P. de la primul proprietar) și P.P. (vânzătorul imobilului către Comisariatul Regional S. al Gărzii de Mediu) de a-i înlesni comisarului regional C.A. să-și exercite în mod abuziv atribuțiunile de serviciu întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de complicitate la abuz în serviciu în formă calificată prev. de art. 26 C. P. rap. la art. 13² din Legea nr. 78/2000 în referire la art. 248 C. P. combinat cu art. 248¹ C. P..

Faptele inculpaților O.V.C., I.C. și D.L. (membrii comisiei de negociere) de a-și îndeplini, cu știință, în mod defectuos, atribuțiunile de serviciu și de a-i înlesni inculpatului C.A. să dispună, în mod nelegal, achiziția unui imobil întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de complicitate la abuz în serviciu în formă calificată prev. de art. 26 C. P. rap. la art. 13² din Legea nr. 78/2000 în referire la art. 248 C. P. combinat cu art. 248¹ C. P.

Ministerul Mediului și Dezvoltării Durabile s-a constituit parte civilă cu diferența dintre valoarea de achiziție a imobilului cumpărat de Garda Națională de Mediu – Comisariatul Regional S. și valoarea stabilită prin raportul de expertiză tehnică judiciară.

Deciziile instanțelor

La instanța de fond, Judecătoria sector 5 București, în temeiul art. 13² din Legea nr. 78/2000 rap. la art. 248 și art. 248¹ C. P., cu aplicarea art. 74 alin. 1 lit. a) C. P. rap. la art. 76 alin. (1) lit. b) C. P., inculpatul C.A. a fost condamnat la pedeapsa de 2 ani și 6 luni închisoare.

În temeiul art. 26 C. P. rap. la art. 13² din Legea nr. 78/2000 rap. la art. 248 și art. 248¹ C. P., cu aplicarea art. 74 alin. (1) lit. a) C.P. rap. la art. 76 alin. (1) lit. b) C.P., instanța îl condamnă pe inculpatul O.V.C. la pedeapsa de 1 an și 6 luni închisoare.

Îi achită pe inculpații O.F.C. și P.P.

Prin decizia penală nr. 833/R din 29.04.2013, emisă în calea de atac, Curtea de Apel București a dispus în baza art. 26 C. Pen. raportat la art. 13² din Legea nr. 78/2000 cu referire la art. 248 și art. 248¹ C. Pen. condamnarea inculpaților O.F.C. și P.P. la 1 an și 6 luni închisoare cu aplicarea art. 74 lit. a C. Pen.

În baza art. 14 și art. 346 C. Pr. Pen. raportat la art. 998 și urm. din C. Civ., a admis în parte acțiunea civilă promovată de Ministerul Mediului și Pădurilor și i-a obligat în solidar pe toți inculpații la plata sumei de 397.430 lei lei, reprezentând daune materiale.

Speța 3 – Situația de fapt: În cursul campaniei electorale, A.C., primarul municipiului B.M., a expus unul dintre obiectivele asumate – reabilitarea imobilului locuit de persoane defavorizate din strada H, imobil aflat la acea dată în proprietatea SC C. SA BM.

În cursul anului 2004, Consiliul de Administrație al SC C. SA a luat hotărârea de a înstrăina imobilul, deoarece majoritatea locatarilor nu aveau forme legale, imobilul se afla într-o stare de degradare avansată și nu era conectat la electricitate și termoficare.

Începând cu ianuarie 2005, în presa locală au apărut mai multe anunțuri de vânzare a imobilului. În aceeași perioadă, reprezentanții SC C. SA l-au contactat pe primarul A.C. și i-au indicat intenția de vânzare, iar inculpatul a răspuns că nu îl interesează oferta. În 2 martie 2005, SC C. SA a trimis Primăriei B.M. o adresă prin care solicita formularea unei oferte de cumpărare pentru imobil, reprezentanții societății primind același răspuns. În martie 2006, C.L. a trimis SC C. SA o ofertă în care arăta că este dispus să cumpere imobilul din strada H. contra sumei de 140.000 – 150.000 euro. În

5 aprilie 2006, între SC C. SA, în calitate de vânzător, și C.L., în calitate de cumpărător, s-a întocmit un antecontract: vânzătorul se obliga să transmită dreptul de proprietate și să remită, iar cumpărătorul să plătească și să preia imobilul, posesia urmând să se transmită la data semnării contractului, iar proprietatea în momentul achitării integrale a prețului de 150.000 euro, fără TVA. Totodată, s-a stipulat că „actul autentic prin care se înstrăinează bunurile ce fac obiectul contractului se va încheia după achitarea integrală a prețului”.

În aceeași zi, C.L. a lipit pe ușa blocului un anunț prin care punea în vedere locatarilor să părăsească imobilul până la data de 30 mai 2006, iar la scurt timp a contactat o agenție imobiliară care a pus în vedere locatarilor să plătească chirie ori să cumpere locuințele. Timp de mai multe zile, mai mulți locuitori ai imobilului au protestat în fața primăriei.

În data de 6 aprilie 2006, a avut loc o întrevedere între C.A., primarul localității B.M, și C.L., noul proprietar al imobilului, rezultatul acesteia fiind „o amânare a mutării locatarilor cu încă o lună”.

În 19 iunie 2006, Serviciul Locativ a întocmit un referat prin care a propus numirea de către Consiliul Local B.M. a unei comisii de negociere. În 20 iunie 2006, noul proprietar al imobilului, C.L., a transmis Primăriei B.M. oferta de preț pentru imobilul din str. H., în valoare de 1.000.000 euro (corespunzător unei valori de 350 euro/mp). În 20, 23 și 26 iunie 2006, au avut loc trei ședințe de negociere concretizate în stabilirea prețului la suma de 544.000 euro.

În 27 iunie 2006, Consiliul Local B.M. a emis Hotărârea nr. 293, inițiată de primarul A.C., „privind însușirea procesului verbal de negociere și aprobare a achiziționării unui imobil construcție și teren aferent situate pe str. H.”. Prin hotărâre a fost aprobat procesul verbal de negociere, precum și prețul. În 26 iunie 2006, s-a încheiat contractul prin care SC C. SA a înstrăinat imobilul din strada H. către C.L. Prețul a fost achitat folosind sume împrumutate de la persoane fizice, care ulterior, audiate ca martori, au arătat că C.L. le-a spus că are nevoie de bani pentru o lună de zile, interval de timp după care va restitui integral împrumutul.

În 31 iulie 2006, primarul A.C. a semnat contractul de vânzare-cumpărare prin care imobilul a fost achiziționat la prețul de 544.000 euro.

Aspecte preliminare analizate de anchetatori

- a) dacă prin faptele descrise au fost încălcate atribuțiile de serviciu și dacă eventualele încălcări sunt de natură să producă o pagubă sau să determine un avantaj patrimonial unei persoane;
- b) încadrarea juridică a faptelor săvârșite;
- c) instanța competentă.

Rechizitoriul

Prin rechizitoriul, DNA a analizat și reținut că faptele lui A.C., care, în calitate de primar al municipiului B.M., a refuzat să demareze procedurile legale pentru a cumpăra un imobil la prețul de 150.000 euro, după care, cu încălcarea legii, a determinat prin proiectele de hotărâre de Consiliu Local promovate achiziționarea imobilului la prețul de 544.500 euro și, respectiv, a semnat contractul de vânzare – cumpărare, păgubind astfel bugetul unității administrativ-teritoriale cu suma de 394.500 euro, corespunzătoare avantajului patrimonial obținut de altul, C.L. – persoana care a cumpărat imobilul de la SC C. SA –, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii prev. de art. 13² din Legea nr. 78/2000, raportat la art. 248-248¹ din fostul C. P., în vigoare în perioada respectivă.

Multitudinea de omisiuni și acțiuni ale învinutului A.C., urmate de producerea pagubei și avantajului patrimonial, caracterizează o unitate naturală infracțională, fiind proprii doar unei astfel de fapte.

Decizia instanței

Încadrarea făcută prin rechizitoriul a fost confirmată prin decizia penală nr. 210 din 17.03.2010 emisă de Curtea de Apel Cluj. Această instanță a admis recursul DNA, a casat hotărârile atacate și, în baza art. 13² din Legea nr. 78/2000 raportat la art. 248-248¹ vechiul C. P. (abuzul în serviciu contra intereselor publice, în formă calificată) cu aplic. art. 74 lit. a), art. 76 lit. b) vechiul C. P., l-a condamnat pe inculpatul A.C., primarul orașului B.M., la pedeapsa de 2 ani și 6 luni închisoare.

Speța 4 – Situația de fapt: Prin dispoziția primarului municipiului S., viceprimarul D.G.M. a fost desemnat să coordoneze activitatea Direcției Tehnice – Compartimentul Investiții, Lucrări Publice, Licitații și să semneze actele emise de această direcție.

Prin Hotărârea Consiliului Local nr. 82/10.09.2004, a fost aprobată contractarea unui împrumut intern în valoare de 41 miliarde lei vechi (ROL) pentru realizarea obiectivelor prezentate în Anexa la hotărâre.

În ceea ce privește obiectivul „modernizarea de trotuare și alei”, pentru care s-a aprobat folosirea sumei de 15.489.000.000 ROL, în anexă s-a prevăzut modernizarea trotuarelor de pe 12 străzi.

Direcția Tehnică din cadrul Primăriei Municipiului S. a inițiat aplicarea procedurilor de atribuire a unor contracte de achiziție publică pentru alte locații decât cele pentru care exista aprobarea Consiliului Local.

Contractele au vizat amenajarea trotuarelor străzii Crișan, trotuarelor străzii Primăverii, precum și trotuarele de pe B-dul A.I. Cuza și au fost defalcate, după cum lucrările aveau să fie efectuate pe partea stângă și pe partea dreaptă a străzii, cu argumentul că execuția lucrărilor s-a realizat în mod succesiv pentru evitarea blocajului pietonal pe o parte a străzii și apoi pe cealaltă, deși procedurile de achiziție și lucrările de amenajare au demarat simultan.

Inițierea achiziției s-a realizat fără întocmirea documentației pentru elaborarea și prezentarea ofertei, încălcându-se disp. art. 34 din OUG nr. 60/2001.

Procedurile au fost demarate fără să se fi procedat la estimarea valorii contractelor de achiziție publică, valoarea efectivă a acestora fiind stabilită ulterior, iar proiectele tehnice au fost întocmite pe parcursul derulării contractelor, încălcându-se prev. art. 15 alin. (2) din OUG nr. 60/2001. În aceste condiții, nu a putut fi selectată procedura corectă de achiziție, fiind folosită în toate situațiile cererea de oferte, și nu a putut fi stabilit cuantumul garanțiilor de participare, fără de care ofertele nu trebuiau luate în considerare, potrivit art. 46 din OUG nr. 60/2001 privind achizițiile publice în vigoare în perioada respectivă.

În 28.09.2004, din dispoziția viceprimarului D.G.M., Direcția Tehnică a Primăriei Municipiului S. a transmis invitații pentru depunere de oferte firmelor: SC I. SA, SC A.C.I.O. SA, SC O.C. SA, SC T.I. SRL și SC T.C. SRL. Dintre firmele invitate, doar SC A.C.I.O. SA și SC O. SA au depus oferte cu documentația anexă, iar SC T.C. SRL a depus doar două devize ofertă.

Comisiile de evaluare a ofertelor, al căror președinte era viceprimarul D.G.M., au luat în considerare ofertele depuse, deși nu erau însoțite de documente care să ateste eligibilitatea ofertantului (certificat de atestare fiscală pentru persoane juridice, certificat fiscal privind impozitele și taxele locale), înregistrarea (certificat constatator emis de Oficiul pentru Registrul Comerțului), capacitatea tehnică (dosarul privind sistemul propriu de asigurare a calității, experiența similară în ultimii cinci ani, cel puțin o recomandare din partea unui beneficiar, responsabilul tehnic cu execuția), capacitatea economico-financiară (obligațiile contractuale față de beneficiari, indicatori financiari), încălcându-se prev. art. 30 lit. c) și art. 32 alin. (1) și (5) din OUG nr. 60/2001.

În 15.10.2004, s-au încheiat șapte contracte de executare de lucrări cu societățile SC A.C.I.O. SA și SC T.I. SRL. La trei zile de la semnarea contractului, aceste societăți au subcontractat lucrările către SC R. SRL, societate controlată de viceprimarul D.G.M.

SC R. SRL a fost înființată în 01.03.2001, avându-i ca asociați pe D.G.M. și pe mama acestuia, D.I., iar ca administrator pe D.G.M. În 14.09.2004, D.G.M. a renunțat la funcția de administrator al SC R. SRL, iar în 04.01.2005 a cedat părțile sociale în favoarea mamei sale, D.I. În perioada 14.09.2004–10.03.2005, societatea l-a avut desemnat ca administrator pe R.A., care a fost înlocuit cu A.I.V., ce a exercitat atribuțiile de administrator până în 22.07.2005. De la această dată, administrator a devenit D. I., soția viceprimarului D.G.M.

În perioada 26.10–30.11.2004, pentru lucrările angajate în baza acestor contracte și parțial executate, s-au efectuat plăți în valoare totală de 3.762.712.070 ROL, încălcându-se prevederile art. 19 alin. 1 ale OUG nr.45/2003 privind finanțele publice locale, potrivit cărora „Ordonatorii de credite au obligația de a angaja și de a utiliza creditele bugetare numai în limita prevederilor și destinațiilor aprobate”. Unele situații de plată atestau lucrări neefectuate, în baza cărora s-a achitat suma totală de 128.419 lei.

În ședința ordinară din 30.11.2004 a Consiliului Local S. a fost aprobată Hotărârea Consiliului Local nr. 140/30.11.2004, prin care au fost aprobate lucrările pentru dezvoltarea infrastructurii în municipiul S., conform unei anexe care includea lucrările deja efectuate și achitate.

Ulterior, din declarațiile martorilor din Direcția Tehnică din Primăria Municipiului S., a rezultat că alegerea firmelor ce aveau să primească invitații pentru depunerea de oferte a fost realizată de viceprimarul D.G.M., care completa invitațiile de participare. Decizia de numire a Comisiei de

atribuire a contractelor de achiziție publică și documentele premergătoare selecției de oferte s-au realizat după întocmirea proceselor verbale de examinare a ofertelor.

Angajații SC R. SRL și ai SC A.C.I.O. SA și SC T.I. SRL au confirmat că toate documentele emise de adjudecatori pentru obținerea contractelor de lucrări, precum și devizele și celelalte înscrisuri întocmite pe parcursul derulării contractelor au fost întocmite la sediul primăriei și la SC R. SRL, fiind doar semnate și ștampilate de învinuiții administratori ai celor două societăți, R.N. și B.R., în schimbul unui comision de 2,5% din valoarea fiecărui contract.

Aspecte preliminare analizate de anchetatori:

- a) dacă prin faptele descrise au fost încălcate atribuțiile de serviciu și dacă eventualele încălcări sunt de natură să producă o pagubă sau să determine un avantaj patrimonial;
- b) încadrarea juridică a faptelor săvârșite;
- c) instanța competentă în soluționarea cauzei.

Rechizitoriul

Prin rechizitoriul întocmit, unitatea de parchet competentă a considerat că fapta inculpatului D.G.M. întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de abuz în serviciu contra intereselor publice, prev. de art. 13² din Legea 78/2000 rap. la art. 248 C.P. cu aplic. art. 41 alin. (2) C.P.

De asemenea, a stabilit că faptele inculpaților R.N. și B.R. întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de complicitate la abuz în serviciu prev. de art.26 C.P. comb. cu art.13² din Legea 78/2000 rap. la art. 248 C.P. cu aplic art.41 alin. (2) C.P.

Decizii ale instanțelor

Instanța de fond, Judecătoria Slatina, a stabilit prin sentința penală nr.1152 din 19.12.2011 pentru persoanele având calitatea de inculpat următoarele pedepse:

- În baza art. 13² din Legea nr.78/2000, rap. la art. 248 C.P. cu aplicarea art. 41 alin. 2 C.P., îl condamnă pe inculpatul D.G.M. la pedeapsa de 4 ani închisoare. Aplică art. 861 C.P.
- În baza art. 26 C.P. comb. cu art. 13² din Legea nr.78/2000 rap. la art. 248 C.P., cu aplicarea art. 41 alin. 2 C.P., cu aplicarea art. 74 lit. a) și c) C.P. art. 76 lit. c) C.P., îl condamnă pe inculpatul R.N. la pedeapsa de

1 an închisoare. Aplică art. 81 C. P. pe durata unui termen de încercare de 3 ani.

În procedura recursului, prin decizia penală nr. 2498 din 7.12.2012, Curtea de Apel Craiova a înlăturat dispozițiile art. 861 C.P. în ce-l privește pe inculpatul D.G.M.

10. Practica instanțelor în judecarea infracțiunilor privind fraudă în achiziții publice

10.1. Dosarul Electrica Banat. Achiziții de produse contrafăcute la prețuri supraevaluate

În perioada ianuarie – septembrie 2003 Sucursala de Întreținere și Servicii Energetice (SISE) Electrica Banat s-a aprovizionat cu produse electrice contrafăcute sub marca „SIEMENS” (contactori, întrerupătoare, siguranțe electrice monopolare, bipolare și tripolare) de la patru furnizori (SC TSC SRL Godeni Argeș, SC M.E. SRL București, SC C. SRL Câmpia Turzii, SC S. SRL București) în valoare totală de 21.046.464.262 lei vechi (ROL), inclusiv TVA.

SISE Electrica Banat, una dintre subunitățile SC Electrica SA, era la data achiziției produselor autoritate contractantă, potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 60/2001.

De asemenea, la nivelul acestei entități fuseseră emise anumite Proceduri operaționale de aprovizionare (aprobrate de directorii în funcție la acea dată), prin care se specifica faptul că: „selectarea furnizorilor și alegerea metodei de achiziție este de competența șefilor entităților organizatorice implicate în achiziția de produse/servicii, conform normelor legale în vigoare (OUG 60/2001, HG 461/2001, OMF 1012/2001, Legea nr. 212/2002)”.

Organul de urmărire penală a constatat că Electrica Banat a divizat contractul de achiziție publică în scopul de a evita aplicarea procedurilor de licitație deschisă sau restrânsă, iar procedând astfel s-a creat societății un prejudiciu de 21 miliarde lei vechi (ROL).

Ca urmare a investigațiilor efectuate de Direcția Națională Anticorupție, prin rechizitoriu s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale față de 24 de persoane, între care și angajați cu funcție de conducere care aveau responsabilitatea declanșării, derulării și plății contractelor de achiziție publică:

- L.I.M. – director general FDFE Electrica Banat – luare de mită, instigare la abuz în serviciu în formă calificată, trafic de influență, spălare de bani;

- D.V. – director general SISE Electrica Banat – luare de mită, abuz în serviciu în formă calificată, fals intelectual, spălare de bani, fals în înscrisuri sub semnătură privată;
- Ghe. E. – director comercial SISE Electrica Banat, președinte al comisiilor de evaluare a ofertelor – complicitate la abuz în serviciu în formă calificată, instigare fals intelectual, fals intelectual;
- B.S. – director economic SISE Electrica Banat, membru comisia de evaluare a ofertelor – complicitate la abuz în serviciu în formă calificată, fals intelectual;
- C.I.A. – șef serviciu aprovizionare SISE, membru comisia de evaluare a ofertelor – complicitate la abuz în serviciu în formă calificată, instigare fals intelectual, fals intelectual.

Prezentarea situației de fapt

Valoarea produselor achiziționate de la cei patru furnizori (SC TSC SRL Godeni Argeș, SC M.E. SRL București, SC C. SRL Câmpia Turzii, SC S. SRL București) a fost de aprox. 509.392 euro exclusiv TVA, în condițiile în care comisiile de evaluare a ofertelor au fost numite după ce câștigătorii erau deja desemnați (în trei dintre cazurile firmelor cu care s-au încheiat contracte), iar competitorii (două firme) despre care se pretindea că depuseseră oferte nu desfășuraseră niciodată acte și fapte de comerț cu produse care au făcut obiectul livrărilor către Electrica Banat sau nu au depus în realitate ofertă la respectiva procedură.

Astfel, Electrica Banat a achiziționat produse de la furnizori care nu dețineau Autorizație de Comercializare, emisă de SC Electrica SA, pentru comercializarea produselor respective, încălcând astfel prevederile pct. 10 din „instrucțiunile privind atestarea furnizorilor de servicii și/sau produse, precum și emiterea autorizațiilor de comercializare pentru produsele ce pot fi achiziționate de către SC Electrica SA și filialele sale (...)”.

Deși a pretins că a derulat o procedură de achiziție în conformitate cu OUG nr. 60/2001, în fapt Electrica Banat a achiziționat produse de la furnizori selectați preferențial prin formularea de comenzi directe (iar nu prin încheierea unor contracte, astfel cum avea obligația potrivit art. 71 din OUG nr. 60/2001), după cum urmează:

- de la SC S. SRL București, în ianuarie 2003, a aprovizionat bunuri pentru care a plătit 16.113.495.814 ROL, inclusiv TVA ≈ 387.609 euro, exclusiv TVA;
- SC T. S. C. SRL Argeș – septembrie 2003 – de 2.502.253.555 ROL, inclusiv TVA ≈ 60.217 euro, exclusiv TVA;

- SC M. E. SRL București – ianuarie 2003 – 1.759.319.987 ROL, inclusiv TVA ≈ 42.339 euro, exclusiv TVA;
- SC C. SRL Câmpia Turzii – aprilie 2003 – 671.394.906 ROL, inclusiv TVA ≈ 19.227 Euro, exclusiv TVA.

Produsele livrate de cei patru furnizori către Electrica Banat au fost comercializate sub sigla Siemens, fără a fi în fapt de producție sau proveniență Siemens, aspect susținut și de lipsa certificatelor de conformitate, garanție și calitate care să ateste caracteristicile tehnice de performanță și securitate ale produselor.

În cauză a fost întocmit un raport de constatare tehnico-științifică prin care s-a concluzionat că produsele achiziționate nu erau pentru nevoile curente, periodice sau accidentale ale Electrica Banat, iar achiziția nu și-a dovedit oportunitatea din punct de vedere calitativ și cantitativ.

Mai mult, în „necesarul de produse pentru anul 2003” întocmit de Electrica Banat în decembrie 2002, nu erau prevăzute ca necesare produsele achiziționate de la cei patru furnizori.

Din raportul de constatare întocmit de specialiștii unității de parchet a rezultat că, în cazul furnizărilor făcute de una dintre cele patru firme, 92% din valoarea mărfurilor achiziționate a fost achitată de Electrica Banat în aceeași zi în care produsele au fost recepționate, în condițiile în care aceeași unitate avea restanțe de plată pentru facturi neachitate emise în anul anterior. Plățile făcute către oricare dintre cele patru firme controlate de numitul C.V. au avut un regim preferențial, în detrimentul celorlalți furnizori întârziati la plată.

De asemenea, prin raportul de constatare întocmit de specialiștii parchetului, s-a stabilit că achizițiile aparaturii electrice de joasă și medie tensiune de la cei patru furnizori nu erau oportune din punct de vedere calitativ și cantitativ.

Pentru a ajunge la această concluzie, funcționarii publici numiți pentru efectuarea constatării de specialitate au analizat actele de control care priveau ieșirile din activul patrimonial ale acestor produse, raportat la lipsa autorizațiilor de comercializare și sursa de proveniență (disimulată) a bunurilor.

Decizia primei instanțe

Prin sentința penală nr. 199/PI din 29 aprilie 2011 pronunțată de Tribunalul Timiș în dosarul nr. 8086/30/2005, instanța a constatat că, în prezenta cauză, nu se poate contesta calitatea inculpaților M.L.I., D.V., E.Ghe., B.S. și C.I.A. de funcționari cu atribuții de coordonare și control al întregii activități desfășurate de SISE Electrica Banat sau FDFE Electrica Banat, inclusiv al activităților de achiziții de produse, echipamente, materiale sau servicii.

S-a recunoscut faptul că, așa cum rezultă din adresa nr. 7943/03.01.2007 a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, SISE Electrica Banat, în calitate de sucursală a SC Electrica Serv SA, nu avea calitatea de autoritate contractantă în sensul art. 8 din OUG nr. 34/2006.

Însă la fel de adevărat este și că, în ceea ce privește activitatea de achiziții de bunuri și servicii de către SISE Electrica Banat, aceasta a fost reglementată prin Procedura Operațională Cadru – organizarea și funcționarea activității de achiziții de bunuri și servicii din țară și gestionarea stocurilor, procedură prin care s-a înțeles să fie respectate prevederile OUG nr. 60/2001 privind achizițiile publice, în vigoare la data respectivă, HG nr. 461/2001, Ordinele nr. 1012/2001 și nr. 1013/2004 și Legea nr. 212/2002.

Or, în conformitate cu principiile stabilite de OUG nr. 60/2001, principii care au stat la baza emiterii normelor interne ale SISE Electrica referitoare la achiziția de produse, pentru atribuirea unui contract de achiziție publică, orice sucursală a Electrica avea obligația de a aplica una dintre următoarele proceduri:

- licitație deschisă – procedură prin care orice furnizor, executant sau prestator interesat avea dreptul de a depune o ofertă;
- licitație restrânsă – procedură prin care numai candidații selectați de către autoritatea contractantă erau invitați să depună oferte;
- negociere – care putea fi negociere competitivă sau negociere cu o singură sursă;
- cererea de ofertă – procedură prin care autoritatea contractantă solicita, fără publicarea unui anunț publicitar, ofertele de la mai mulți furnizori, executanți sau prestatori.

Această din urmă procedură – cererea de ofertă –, utilizată în toate situațiile ce formează obiectul dosarului analizat în cazul de față, putea fi aplicată de SISE Electrica, potrivit normelor interne stabilite în conformitate cu dispozițiile art. 13 din OUG nr. 60/2001, numai în cazul în care valoarea

estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică era mai mică decât echivalentul în lei al pragului de 40.000 euro pentru contractul de furnizare. Conform acestei proceduri interne, achizițiile de produse și servicii de către SISE Electrica Banat se puteau efectua numai prin selectarea furnizorilor din listele de furnizori acceptați de SC Electrica SA, ținând cont de calitatea produselor, de prețul și promptitudinea furnizorilor.

În sfârșit, în cadrul aceleiași proceduri, unitatea contractantă avea obligația de a stabili și de a include în invitația de participare data limită pentru depunerea ofertelor, care nu trebuia să fie mai mică de șapte zile de la data transmiterii invitației de participare, în cazul atribuirii contractelor de furnizare sau de servicii, iar numărul minim de furnizori cărora unitatea contractantă avea obligația să le transmită invitație de participare, în cazul aplicării procedurii prin cerere de ofertă, era de cel puțin cinci.

Comisiile de evaluare a ofertelor aveau obligația de a răspunde de verificarea eligibilității, înregistrării și îndeplinirii criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și economică-financiară de către ofertanți și stabilirea ofertei câștigătoare.

De asemenea, comisia de evaluare trebuia să fie formată din cel puțin cinci membri cu pregătire profesională și experiență relevantă în domeniu, precum și cu probitate morală recunoscută și avea dreptul să respingă ofertele care conțineau propuneri referitoare la clauzele contractuale, propuneri care sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, precum și dreptul de a exclude orice ofertant care se dovedea că a fost sau este angajat în practici corupte ori frauduloase.

Criteriul pe baza căruia comisia de evaluare desemna ofertantul câștigător era fie oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic, fie, în mod exclusiv, prețul cel mai scăzut, iar la stabilirea acestuia comisia trebuia să țină cont de termenul de livrare, costuri curente, raportul cost/eficiență, caracteristici privind nivelul calitativ, estetic, tehnic sau funcțional, precum și de preț.

Cât privește forma de comunicare, solicitare, informare, notificare a datelor menționate mai sus, exista obligația de a fi transmise sub formă de document scris, care trebuia înregistrat în momentul transmiterii și al primirii. De asemenea, orice document scris trebuia confirmat de primire, iar pentru cele transmise prin telegramă, telex sau telefax, autoritatea contractantă sau, după caz, furnizorul aveau obligația de a transmite documentele respective în cel mult 24 ore și prin poștă.

În baza art. 35 alin. (2) Cod Penal, a aplicat inculpatului, alături de pedeapsa principală rezultantă, pedeapsa complementară a interzicerii exercitării drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe o perioadă de 6 ani după executarea pedepsei principale.

În baza art. 11 pct. 2 lit. b) Cod Procedură Penală raportat la art. 10 lit. g) Cod Procedură Penală, a încetat procesul penal față de inculpatul M.L.I. sub aspectul săvârșirii infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată prevăzută de art. 290 Cod Penal raportat la art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal ca urmare a împlinirii termenului de prescripție a răspunderii penale.

În baza art. 11 pct. 2 lit. a) Cod Penal raportat la art. 10 lit. d) Cod Procedură Penală, l-a achitat pe inculpatul M.L.I. pentru săvârșirea infracțiunii de trafic de influență prevăzută de art. 257 Cod Penal raportat la art. 7 alin. (3) din Legea nr. 78/2000.

D.V. – director general SISE Electrica Banat

În baza art. 254 alin. 2 Cod Penal raportat la art. 6 din Legea nr. 78/2000 – pedeapsa de 5 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de luare de mită; În baza art. 248¹ Cod Penal raportat la art. 17 lit. d) din Legea nr. 78/2000 și cu aplicarea art. 18 alin.1 din Legea nr. 78/2000 l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 7 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu contra intereselor publice în formă continuată.

În baza art. 25 Cod Penal raportat la art. 289 Cod Penal și cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal, art. 42 Cod Penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de instigare la fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 289 Cod Penal raportat la art. 41 alin. 2 Cod Penal și cu aplicarea art. 42 Cod Penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 23 pct. 1 lit. b) din Legea nr. 656/2002 raportat la art. 17 lit. e) din Legea nr. 78/2000 și cu aplicarea art. 18 alin. (2) din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 3 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de spălare de bani.

În baza art. 33 lit. a) Cod Penal raportat la art. 34 lit. b) Cod Penal, a aplicat inculpatului pedeapsa cea mai grea, aceea de 7 ani închisoare, la care a adăugat un spor de 1 an închisoare, urmând ca în final inculpatul să execute pedeapsa rezultantă de 8 ani închisoare.

În baza art. 11 pct. 2 lit. b) Cod Procedură Penală, raportat la art. 10 lit. g) Cod Procedură Penală a încetat procesul penal față de inculpatul D.V. sub aspectul săvârșirii infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată prevăzută de art. 290 Cod Penal raportat la art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 ca urmare a împlinirii termenului de prescripție a răspunderii penale.

Ghe. E. – director comercial SISE Electrica Banat

În baza art. 26 Cod Penal raportat la art. 248¹ Cod Penal și cu aplicarea art. 17 lit. d) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe inculpatul Ghe. E. la o pedeapsă de 6 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la abuz în serviciu contra intereselor publice în formă calificată.

În baza art. 65 alin. (2) Cod Penal a interzis inculpatului exercitarea drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe o perioadă de 6 ani după executarea pedepsei principale.

În baza art. 25 Cod Penal raportat la art. 289 Cod Penal și cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal, art. 42 Cod penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. 1 din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de instigare la fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 289 Cod Penal raportat la art. 41 alin. (2) Cod Penal și cu aplicarea art. 42 Cod Penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 33 lit. a) Cod Penal raportat la art. 34 lit. b) Cod Penal, a aplicat inculpatului pedeapsa cea mai grea, aceea de 6 ani închisoare, urmând ca în final inculpatul să execute pedeapsa rezultantă de 6 ani închisoare.

În baza art. 71 Cod Penal, a interzis inculpatului exercitarea drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe durata executării pedepsei.

În baza art. 35 alin. (1) Cod Penal, a aplicat inculpatului, alături de pedeapsa principală rezultantă, pedeapsa complementară a interzicerii exercitării drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe o perioadă de 6 ani după executarea pedepsei principale.

B.S. – director economic SISE Electrica Banat

În baza art. 26 Cod Penal raportat la art. art. 248¹ Cod Penal și cu aplicarea art. 17 lit. d) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, l-a condamnat pe inculpatul B.S., director economic la SISE Electrica Banat, la o pedeapsă de 6 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la abuz în serviciu contra intereselor publice în formă calificată.

În baza art. 65 alin. (2) Cod Penal, a interzis inculpatului exercitarea drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe o perioadă de 6 ani după executarea pedepsei principale.

În baza art. 289 Cod Penal raportat la art. 41 alin. 2 Cod Penal și cu aplicarea art. 42 Cod Penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr.78/2000, l-a condamnat pe același inculpat la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 33 lit. a) Cod Penal raportat la art. 34 lit. b) Cod Penal, a aplicat inculpatului pedeapsa cea mai grea, aceea de 6 ani închisoare, urmând ca în final inculpatul să execute pedeapsa rezultantă de 6 ani închisoare.

C.I.A. – șef serviciu aprovizionare SISE – membru comisia de evaluare a ofertelor

În baza art. 26 Cod Penal raportat la art. art. 248¹ Cod Penal și cu aplicarea art. 17 lit. d) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, a condamnat-o pe inculpata C.I.A. la o pedeapsă de 6 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la abuz în serviciu contra intereselor publice în formă calificată.

În baza art. 65 alin. (2) Cod Penal, a interzis inculpatei exercitarea drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe o perioadă de 6 ani după executarea pedepsei principale.

În baza art. 25 Cod Penal raportat la art. 289 Cod Penal și cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal, art. 42 Cod Penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, a condamnat-o pe aceeași

inculpată la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de instigare la fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 289 Cod Penal raportat la art. 41 alin. (2) Cod Penal și cu aplicarea art. 42 Cod Penal, art. 17 lit. c) din Legea nr. 78/2000 și art. 18 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, a condamnat-o pe aceeași inculpată la o pedeapsă de 2 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de fals intelectual în formă continuată.

În baza art. 33 lit. a) Cod Penal, raportat la art. 34 lit. b) Cod Penal a aplicat inculpatei pedeapsa cea mai grea, aceea de 6 ani închisoare, urmând ca în final inculpata să execute pedeapsa rezultantă de 6 ani închisoare.

În baza art. 71 Cod Penal a interzis inculpatei exercitarea drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe durata executării pedepsei.

În baza art. 35 alin. (1) Cod Penal, a aplicat inculpatei, alături de pedeapsa principală rezultantă, pedeapsa complementară a interzicerii exercitării drepturilor prevăzute la art. 64 lit. a) și b) Cod Penal pe o perioadă de 6 ani după executarea pedepsei principale.

Judecata în apel

Împotriva sentinței Tribunalului Timiș au declarat apel atât Direcția Națională Anticorupție – Serviciul Teritorial Timișoara, cât și inculpații și părțile civile ANAF – Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Timiș, SC Enel Distribuție Banat SA și de SC Filiala de Întreținere și Servicii Energetice „Electrica Serv” SA.

Direcția Națională Anticorupție – Serviciul Teritorial Timișoara a criticat sentința pentru netemeinicie și nelegalitate.

Critica de netemeinicie viza neaplicarea pedepsei complementare a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 lit. c)¹¹⁴ C.P. (vechiul Cod Penal, în vigoare la data respectivă) față de anumiți inculpați din cadrul subunităților Electrica SA și administratorii unor firme private pentru care se impunea și aplicarea pedepsei complementare a interzicerii dreptului de a ocupa o funcție similară cu cea ocupată la data comiterii faptelor sau de a exercita o profesie ori de a desfășura o activitate de natura aceleia de care s-a folosit acesta pentru săvârșirea infracțiunii.

114 Vechiul Cod Penal

Art. 64 lit. c) dreptul de a ocupa o funcție sau de a exercita o profesie ori de a desfășura o activitate, de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru săvârșirea infracțiunii;

S-a susținut că sentința este nelegală întrucât nu cuprinde motivele pe care se întemeiază, hotărârea fiind dată cu nerespectarea dispozițiilor art. 356 Cod Procedură Penală, în sensul că instanța de fond nu a analizat toate probele administrate pe parcursul procesului penal, cât pe cele pe care trebuia să le înlăture motivat, nu a analizat elementele de fapt pe care se sprijină soluția și nu a efectuat demonstrația logică a aplicării corecte a dispozițiilor legale.

Unul dintre inculpați (Ghe. E – directorul comercial al SISE Electrica Banat) a cerut rejudecarea cauzei pe fond de către prima instanță, iar în subsidiar a solicitat achitarea pentru toate faptele reținute în sarcina sa, lipsind elementele constitutive ale infracțiunilor, motivând că hotărârea de condamnare se întemeiază eronat pe eventuale încălcări din partea inculpatului a normelor legale referitoare la achizițiile publice.

Sub aspectul laturii obiective, s-a susținut că SISE Electrica Banat nu era autoritate contractantă în accepțiunea OUG nr. 60/2001 pentru a fi ținută de reglementările privind achizițiile publice, având în vedere Adresa nr. 5554/16.10.2006 a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și Monitorizarea Achizițiilor Publice prin care se concluzionează că SISE Electrica nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul OUG nr. 34/2006 privind achizițiile publice. Relația contractuală dintre SISE Electrica și Electrica era una de prestări de servicii destinată realizării lucrărilor de întreținere și reparații, activități care nu se regăsesc sub incidența normelor de achiziții publice.

Sub aspectul laturii subiective, prin natura funcției pe care o avea în cadrul SISE Electrica Banat, Ghe. E. susținea că nu avea posibilitatea de a stabili politica de achiziții a societății. De asemenea, nu avea calificarea necesară de a verifica și de a constata originalitatea produselor achiziționate.

Prin decizia penală nr. 14/A din 1 februarie 2012, Curtea de Apel Timișoara a admis apelurile declarate de Direcția Națională Anticorupție și de unii dintre inculpați, iar ca urmare a desființării sentinței apelate și rejudecând cauza a înlăturat dispoziția de interdicere a exercitării drepturilor prev. de art. 64 lit. a) teza I-a Cod Penal, aplicată față de unii dintre inculpați. De asemenea, cu referire la infracțiunea de complicitate la abuz în serviciu contra intereselor publice în formă calificată, având în vedere implicarea concretă a unora dintre inculpați, precum și conduita și comportamentul avut anterior săvârșirii infracțiunii, a apreciat că se impune aplicarea unor pedepse mai mici.

Cu privire la soluționarea laturii civile, a considerat că prejudiciul stabilit conform raportului de expertiză contabilă este corect evaluat, motiv pentru care a respins apelul declarat de părțile civile.

Judecata în recurs

Dosarul a fost înregistrat pe rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție la data de 14.06.2012, iar prin Decizia Penală nr. 702/22.02.2013 a ÎCCJ, examinând recursurile declarate în cauză prin prisma motivelor invocate și din oficiu, conform art.385⁹ alin. (3) din Codul de Procedură Penală, le-a considerat nefondate.

Motivele de recurs formulate de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție, cât și de către inculpați conțin, în general, aceleași critici care au fost înverdate și instanței de prim control judiciar.

A fost criticată și dispoziția instanței prin care s-a înlăturat sporul aplicat de către Tribunalul Timiș, la pedepsele stabilite inculpaților, întrucât s-au redus, în mod nejustificat, pedepsele aplicate, astfel încât acestea apar ca fiind greșit individualizate.

Instanța supremă a motivat că, atât timp cât instanța de fond a apreciat că pentru niciuna dintre faptele deduse judecății nu s-a impus majorarea pedepsei până la limita maximă (au fost aplicate pedepse către limita minimă), în mod justificat s-a înlăturat sporul de pedeapsă aplicat fără luarea în considerare a disp. art. 34 Cod Penal, care prevăd ordinea operațiunilor de individualizare judiciară a pedepsei, aplicarea sporului de pedeapsă având un caracter subsidiar.

ÎCCJ a analizat și opinia recurentului inculpat, Ghe. E., directorul comercial al SISE Electrica Banat, potrivit căreia SISE Electrica Banat nu avea calitatea de autoritate contractantă, întrucât obiectul de activitate viza strict întreținerea și reparațiile, neproducând energie electrică în sensul art. 5 alin. (1) lit. d) din OUG nr. 60/2001, astfel încât nu era supusă regulilor privind achizițiile publice instituite prin Ordonanța nr. 60/2001. Un argument în plus în susținerea acestei teze era și faptul că plățile efectuate s-au făcut din fonduri proprii, nu din surse publice, pentru a fi incidente dispozițiile art. 4 alin. (2) din Ordonanța nr. 60/2001. Pentru aceste considerente, inculpatul susținea că SISE Electrica Banat nu era ținută de respectarea procedurii de achiziții publice, stabilită prin Ordonanța nr. 60/2001, iar modalitatea de achiziție nu reprezintă nicio încălcare a legii, ci o obligație cu caracter comercial asumată de beneficiarul produselor aprovizionate. Astfel și

existența infracțiunii de fals este golită de semnificație penală, deoarece nu poate avea consecințe juridice, câtă vreme modalitatea de achiziție se situează în afara sferei de aplicare a Ordonanței nr. 60/2001.

Inculpatul Ghe. E. considera argumentele DNA, referitoare la existența infracțiunii de abuz în serviciu ca fiind în contradicție cu dispozițiile art. 135 alin. (1) din Constituția României, potrivit cărora „economia de piață se bazează pe libera concurență”, iar potrivit alin. (2) lit. a), „statul trebuie să asigure libertatea comerțului”.

ÎCCJ a considerat că din punct de vedere al resurselor financiare SISE Electrica Banat făcea parte din aceeași entitate Electrica SA, deținută în proporție de 100% de statul român și astfel gestiona și administra fonduri publice, așa cum sunt definite în art. 2 pct. 27 coroborat cu art. 1 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 500/2002, în noțiunea de fonduri publice incluzându-se și veniturile proprii, așa cum se prevede la art. 1 lit. e) și g) din aceeași lege. OG nr. 119/1999¹¹⁵ definește fondurile publice ca fiind sumele alocate din bugetele instituțiilor publice autonome, indiferent de modul de finanțare al acestora.

Ca atare, atât eficiența utilizării fondurilor publice, cât și respectarea sistemului concurenței se supun regulilor prevăzute în OUG nr. 60/2001. Conducătorul instituției publice este obligat să protejeze fondurile publice împotriva pierderilor datorită erorii, risipei sau fraudei. Trebuie să asigure o bună respectare a legalității, regularității, economicității, eficacității și eficienței în utilizarea fondurilor publice.

Astfel, chiar dacă plata acestor produse s-a realizat din fonduri proprii, conform dispozițiilor legale, noțiunea de fonduri publice înglobează și veniturile proprii.

Chiar și neținând seama de aceste considerente, mergând pe raționamentul inculpatului Ghe. E. (directorul comercial al SISE Electrica Banat), în sensul că nu sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 60/2001, instanța de recurs a apreciat că inculpatul se face vinovat de săvârșirea infracțiunii de complicitate la infracțiunea de abuz în serviciu, în sensul că, realizând ce se întâmplă, a acceptat să-l ajute pe inculpatul D.V. (directorul general al SISE Electrica Banat) la aducerea la îndeplinire a hotărârii infracționale, întocmind, în mod defectuos, acte ce intrau în sfera atribuțiilor sale de serviciu.

115 Ordonanța nr. 119/1999 privind control intern/managerial și controlul financiar preventiv.

Conform procedurii interne, achizițiile de produse și servicii de către SISE Electrica Banat se puteau efectua numai prin selectarea furnizorilor din listele de furnizori acceptați de SC Electrica SA, ținând cont de calitatea produselor, de prețul și promptitudinea furnizorilor.

Or, în ceea ce privește achizițiile efectuate de SISE Electrica Banat de la cele patru societăți comerciale, instanța a considerat că se poate constata încălcarea de către unitatea achizitoare a tuturor normelor interne referitoare la procedurile de achiziție.

ÎCCJ nu s-a pronunțat în mod explicit cu privire la aplicabilitatea sau nu a regulilor stabilite prin dispozițiile OUG nr. 60/2001 în cazul achizițiilor efectuate de SISE Electrica Banat, făcând referire exclusiv la „Procedura Operațională Cadru, organizarea și funcționarea activității de achiziție de bunuri și servicii din țară și gestionarea stocurilor”, intrată în vigoare la data de 17.04.2002, care prevedea responsabilități atât pentru directorul general al SC Electrica SA, cât și pentru directorii SISE Electrica, cărora le reveneau ca sarcini, printre altele, și aprobarea necesarului de achiziționat pentru materiale sau piese de schimb, semnarea contractelor de achiziții sau prestări servicii, aprobarea normelor de stoc, aprobarea procedurii operaționale cadru privind achiziționarea de bunuri și servicii din țară, aprobarea deciziilor de constituire a Comisiilor de analiză a ofertelor, de recepție și de negociere a clauzelor contractuale.

În ceea ce privește plata produselor, ÎCCJ a făcut referire la raportul de constatare întocmit în cauză, iar coroborând cu alte mijloace de probă a concluzionat că, deși achiziționarea produselor de către SISE Electrica Banat de la cei patru furnizori nu s-a derulat în baza unui contract de furnizare, totuși s-au efectuat plăți în regim preferențial față de aceștia. De asemenea, și-a însușit prejudiciul calculat de expert prin raportarea la prețurile comparative din oferta altor furnizori tradiționali ai SC Electrica SA.

10.2. Dosarul Electrica Moldova

Prin rechizitoriul din 27 iunie 2012, emis în dosarul nr. 205/P/2007 al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție, Secția de Combatere a Infracțiunilor Conexe Infracțiunilor de Corupție, înregistrat pe rolul Secției Penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție la data de 28 iunie 2012, au fost trimiși în judecată inculpații:

- T. I., M.I. și A.P., directori în cadrul SC Electrica Moldova SA în perioada 2002–2005, sub aspectul săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu în formă calificată,
- F.R., F.L. și D.M.B., acționari sau administratori la firmele SC L.R. SRL, SC F.G. SA, SC E. SRL, SC T. SRL, sub aspectul săvârșirii complicității la infracțiunea de abuz în serviciu în formă calificată.

Astfel, unitatea de parchet a constatat că urmare a unei exercitări abuzive, necorespunzătoare a atribuțiilor de serviciu și a unei atitudini abuzive de către directorii T.I., M.I. și A.P., inculpații, cu complicitatea inculpaților F.R., F.L. și D.M.B., au făcut achiziții de componente pentru sistemul energetic de la firmele administrate sau coordonate de aceștia din urmă, în urma desfășurării unor proceduri de achiziție publică cu caracter fictiv.

Produsele livrate de firmele din grupul „F” erau într-un cuantum de 6.406.976 lei (fără TVA). Însă dintre acestea au fost folosite efectiv o parte, în valoare de 79.568 lei, restul de componente pentru sistemul electric rămânând în stoc, în valoare de 6.327.390 lei (fără TVA). Acestea din urmă reprezentau achiziții nejustificate (cca. 99%), întrucât produsele achiziționate erau vechi, uzate, necorespunzătoare calitativ. Deși reprezentanții SC Electrica Moldova SA au fost informați despre starea produselor livrate, aceștia au acceptat să plătească contravaloarea la prețuri similare celor noi.

Aceste produse au rămas permanent pe stocul SC Electrica Moldova SA, s-au înmulțit de la an la an și au reprezentat achiziții de produse vechi, fără o justificare economică, inutile și cauzatoare de prejudiciu bugetului societății, făcute în scopul evident de a favoriza firmele care le livrau și care au câștigat în felul acesta un profit substanțial.

Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție a considerat că inculpații F.R., F.L. și D.M.B., în virtutea calităților deținute în firmelor din cadrul grupului „F”, respectiv de asociați, administratori, acționari, aveau reprezentarea clară a faptului că livrau sistemului energetic național produse necorespunzătoare calitativ, vechi, la prețuri avantajoase, uneori chiar similare celor noi, iar aceste tranzacții nu aveau în final nicio eficiență pentru societățile cărora le livrau, în condițiile

în care proveniența acestor echipamente, respectiv transformatoare și întrerupătoare, era incertă, imposibil de stabilit, fiind acoperită de rulaje succesive între firmele din cadrul Grupului „F” și firmelor colaboratoare acestora, iar la acestea din urmă proveniența era greu de descoperit, fiind acoperite de facturi emise de societăți de tip „fantomă”.

Situația de fapt

În baza probatoriului administrat, s-a stabilit că între SISE Electrica Moldova și firmele SC F.G. SA, SC E.P. SRL, SC L.R. SRL și SC T. SRL, atât în perioada 2002–2005, cât și anterior, a existat o relaționare comercială intensă, fiind identificate nenumărate tranzacții chiar cu produse pentru sistemul energetic național.

SISE Electrica Moldova a achiziționat, în perioada 06.04.2001 – 07.04.2005, diverse produse necesare sistemului energetic având o valoare totală de 7.624.301 lei, din care TVA în sumă totală de 1.217.325 lei, totalizând 46 de tranzacții.

Reprezentanții achizitorului și-au îndeplinit în mod defectuos îndatoririle de serviciu prin încălcarea dispozițiilor referitoare la derularea procedurilor pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, în condițiile în care în fișa postului pentru funcțiile de director general sau comercial erau trecute atribuții în acest domeniu.

În acest sens, s-a reținut că pentru cele 46 de achiziții de transformatoare și întrerupătoare ca piese componente ori ca mijloace fixe nu s-au desfășurat proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică în niciuna dintre formele menționate de OUG nr. 60/2001 aprobată și modificată prin Legea nr. 212/2002, respectiv licitație, negociere, cerere de ofertă.

Astfel, din cele 46 de tranzacții, pentru un număr de 32 nu a fost realizată procedura de achiziție publică, nefiind întocmit niciun fel de document, cu excepția celor plasate în faza executării obligațiilor reciproce deduse din convenție, respectiv a facturii și a documentelor de plată. Aceste tranzacții sunt în valoare de la 70.000 lei, până la 150.000 lei și, excepțional, în valoare de 1.135.470 lei, toate fără TVA.

Pentru un număr de opt tranzacții nu a fost parcursă procedura cererii de oferte și nu au fost primite oferte de la mai mulți furnizori. Aceste tranzacții sunt în valoare de la 70.000 lei până la 140.000 lei, fără TVA, iar pentru un număr de șase tranzacții a fost realizată procedura de achiziție publică „trucată” prin metoda „mâinii moarte”, fiind implicate în procedura

depunerii ofertelor numai firme din grupul „F”. Aceste tranzacții sunt în valoare de la 60.000 lei până la 150.000 lei, fără TVA.

Transformatoarele nu erau noi, erau utilizate, exploatate, proveneau din instalații, erau fabricate de la sfârșitul anilor '60 până în anii '80, în țară, de o fabrică de profil din perioada respectivă. Unele transformatoare nu aveau plăcuțele de identificare, acestea fiind prinse de-a lungul timpului prin procedee diferite, prin nituire, lipire. În perioada respectivă, din documentele contabile existente s-a constatat că aceste transformatoare proveneau de la firme din grupul „F”.

Toate transformatoarele provenite de la grupul „F” presupuneau reparații pentru că erau vechi. La întrerupătoare s-a observat că acestea erau fără serii, nu aveau plăcuțe de identificare, iar armăturile erau ruginite, ca atare, nu puteau fi folosite.

De asemenea, o verificare a prețurilor de piață a dus la constatarea că întrerupătoarele noi erau mai ieftine decât cele refolosite.

În aceste condiții s-a apreciat că materialele achiziționate de la grupul de firme „F” nu au fost determinate de criterii de oportunitate sau necesitate, motiv pentru care achizițiile nu au putut fi utilizate pentru scopul propus. SC Servicii Energetice Moldova SA s-a constituit parte civilă pentru suma de 6.327.390 lei.

Prima instanță

Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția Penală a dispus, în baza art. 334 Cod Procedură Penală, schimbarea încadrării juridice, reținând în sarcina fiecărui inculpat o unitate legală de infracțiune formată din suma actelor materiale menționate în actul de inculpare, caracteristice infracțiunii de abuz în serviciu în formă calificată sau a complicității la infracțiunea de abuz în serviciu în formă calificată potrivit Codului Penal, astfel:

- pentru inculpatul M.I., din infracțiunile prevăzute de art. 248 raportat la art. 248¹ Cod Penal cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal (15 acte materiale) și de art. 13² din Legea nr.78/2000 raportat la art. 248 și art. 248¹ Cod Penal, cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal (7 acte materiale), ambele cu aplicarea art. 33 litera a) Cod Penal în infracțiunea prevăzută de art. 248 raportat la art. 248¹ Cod Penal, cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal și art. 13² din Legea nr.78/2000 (22 acte materiale);
- pentru inculpatul A.P., din infracțiunile prevăzute de art. 248 raportat la art. 248¹ Cod Penal cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal (39

acte materiale) și de art. 13² din Legea nr. 78/2000 raportat la art. 248 și art. 248¹ Cod Penal, cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal (7 acte materiale), ambele cu aplicarea art. 33 litera a) Cod Penal în infracțiunea prevăzută de art. 248 rap. la art. 248¹ Cod Penal cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal și art. 13² din Legea nr. 78/2000 (46 acte materiale);

- pentru inculpații F.R., F.L. și D.M.B., din complicitate la infracțiunile prevăzute de art. 26 Cod Penal raportat la art. 248 și art. 248¹ Cod Penal, cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal (39 acte materiale) și de art. 26 Cod Penal raportat la art. 13² din Legea nr. 78/2000 raportat la art. 248 și art. 248¹ Cod Penal, cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal (7 acte materiale), ambele cu aplicarea art. 33 litera a) Cod Penal în complicitate la infracțiunea prevăzută de art. 26 Cod Penal raportat la art. 248 și art. 248¹ Cod Penal cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal și art. 13² din Legea nr. 78/2000 (46 acte materiale).

Pentru a da această nouă încadrare, instanța supremă a reținut că art. 13² din Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție a fost introdus prin Legea nr. 521 din 24 noiembrie 2004 privind modificarea și completarea Legii nr. 78/2000, publicată în M.Of. 1123 din 29 noiembrie 2004.

Potrivit acestui text, subzistă infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un avantaj patrimonial sau nepatrimonial și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 15 ani. Prin urmare, varianta simplă a infracțiunii de abuz în serviciu reglementată în legea specială a inclus, după introducerea textului art. 13² din Legea nr. 78/2000, un element constitutiv nou și distinct de reglementarea din Codul Penal, și anume, obținerea de către subiectul activ, pentru sine sau pentru altul, a unui avantaj patrimonial.

Art. 16 din același act normativ prevede că, dacă faptele constituie, potrivit Codului Penal sau unor legi speciale, infracțiuni mai grave, acestea se pedepsesc în condițiile și cu sancțiunile stabilite în aceste legi.

Or, în sarcina inculpaților nu s-a reținut varianta tip a infracțiunii de abuz în serviciu, prevăzută de art. 248 Cod Penal, ci varianta calificată a acestei infracțiuni prevăzută de art. 248¹ Cod Penal, pentru care legea specială face trimitere la regimul sancționator din Codul Penal.

Instanța de fond a apreciat însă că, în condițiile în care actele materiale ar fi fost privite izolat, și nu integrate unității legale pentru cele șapte acte menționate în actul de sesizare referitoare la achizițiile concretizate prin

facturile 1848801 din 08.12.2004, 4848753 din 13.12.2004, 1851431 din 20.12.2004, 1851464 din 21.12.2004, 9727751 din 24.01.2005, 559402 din 08.03.2005 și 9727757 din 07.04.2005, ar fi trebuit reținută și dovedită întrunirea tuturor elementelor constitutive ale infracțiunii din noua reglementare, inclusiv obținerea pentru sine sau pentru altul a unui avantaj patrimonial, lipsa acestui element constitutiv putând conduce, pentru actele de executare menționate, la o soluție de achitare, în temeiul art. 10 lit. d) Cod Procedură Penală.

Aceeași condiție a întrunirii tuturor elementelor constitutive trebuie menținută pentru fiecare act material, chiar dacă acesta își pierde autonomia infracțională și este inclus într-o unitate legală.

S-a mai reținut că, potrivit art. 122 Cod Penal alin. (2) teza a II-a Cod Penal, data săvârșirii infracțiunii, în cazul infracțiunilor continuate, este data săvârșirii ultimei acțiuni sau inacțiuni, respectiv 07.04.2005, în funcție de aceasta fiind stabilită și legea penală incidentă.

Prin urmare, pentru cele șapte acte materiale, deși varianta tip este reglementată de legea specială, varianta calificată nu se poate raporta decât la varianta tip, peste care se adaugă un nou element constitutiv, iar sancțiunea este aceea prevăzută de Codul Penal.

În baza acestei interpretări a normelor legale, prima instanță a apreciat că dispozițiile art. 13² din Legea nr. 78/2000 a dobândit relevanță juridică în procesul individualizării judiciare pentru infracțiunea continuată numai față de cele șapte acte materiale enumerate anterior.

Totodată, instanța de fond a apreciat că scindarea unității legale de infracțiune de către organul de urmărire penală pentru cele șapte acte materiale, ca urmare a intrării în vigoare a art. 13² din Legea nr. 78/2000, a condus la reținerea în sarcina inculpaților a două stări de agravare distincte, unitatea legală și concursul de infracțiuni, care fiecare în parte ar fi permis adăugarea unui spor de pedeapsă.

Soluția dată în recurs

În analiza recursurilor declarate de inculpați împotriva sentinței penale nr. 702 din 12 iulie 2013, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția Penală în dosarul nr. 4747/1/2012, Completul de cinci judecători a constatat că probatoriile administrate în cauză au dovedit că prin îndeplinirea defectuoasă a îndatoririlor de serviciu de către inculpații T.I., M.I. și A.P., constând în încălcarea dispozițiilor referitoare la derularea procedurilor pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, în condițiile în care în fișa postului pentru funcțiile de director sau director comercial erau trecute atribuții în acest domeniu, aceștia au săvârșit infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice, în formă continuată și calificată.

De asemenea, a reținut în sarcina inculpaților F.R., F.L. și D.M.B. săvârșirea unui număr de câte 42 acte materiale în loc de câte 46 acte materiale (reținute în sarcina fiecăruia dintre inculpați de către prima instanță), respectiv mai puțin actele materiale de la punctele 42, 44, 45 și 46 din rechizitoriu – componente ale complicității la infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice în formă calificată și continuată, prevăzută de art. 26 Cod Penal raportat la art. 248 comb. cu art. 248¹ Cod Penal și art. 13² din Legea nr. 78/2000, cu aplicarea art. 41 alin. (2) Cod Penal, și va menține pedeapsa principală de câte 5 ani închisoare și pedeapsa complementară a interzicerii exercitării drepturilor prevăzute de art. 64 alin. (1) lit.a) teza a II-a, lit. b) și c) Cod Penal pe o perioadă de câte 3 ani.

