



Achiziții Publice

Crearea organismelor de soluționare a căilor de atac în achizițiile publice

CUPRINS

- Importanța sistemului de soluționare a căilor de atac și de remedii
- Principalele modele instituționale
- Cerințe esențiale pentru un organism specializat în soluționarea căilor de atac
- Reclamații administrative la autoritățile/entitățile contractante
- Statutul și independența organismului specializat în soluționarea căilor de atac
- Alte aspecte practice importante
- Bibliografie suplimentară

Importanța sistemului de soluționare a căilor de atac și de remedii

Obiectivul principal al unui sistem de soluționare a reclamațiilor privind achizițiile publice și de remedii este de a pune în aplicare practică legislația privind achizițiile publice prin asigurarea faptului că încălcările acestei legislații și erorile intenționate sau neintenționate ale autorităților / entităților contractante pot fi corectate. Un sistem funcțional de soluționare a căilor de atac și de remedii în domeniul achizițiilor publice este în interesul tuturor părților implicate - operatori economici, autorități / entități contractante, precum și publicul larg.

Sistemele de soluționare a căilor de atac și de remedii în achizițiile publice din statele membre ale UE trebuie să fie stabilite și dezvoltate pe baza cerințelor specifice ale Directivelor UE privind căile de atac în achizițiile publice 89/665 / CEE și 92/13 / CEE, modificate - printre altele - de Directiva 2007/66 / CE, ale Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene și ale jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE).

În conformitate cu cele menționate anterior precum și cu alte standarde internaționale, un astfel de sistem trebuie să ofere ofertanților lezați și candidaților căi de atac, care trebuie să fie:

- Rapide;
- Efective;
- Transparente;
- Non-discriminatorii.

Deși directivele UE se adresează statelor membre ale UE, țările candidate și unele țări partenere ale UE sunt în proces de dezvoltare a unor noi sisteme de remedii (solide și eficiente) care se bazează pe principiile generale promovate de Directivele UE. Această Sinteză urmărește să ofere orientări generale - în special factorilor de decizie politică din aceste țări - asupra unuia dintre cele mai importante elemente care trebuie luate în considerare la elaborarea și punerea în aplicare a unui sistem de căi de atac: crearea organismului (sau organismelor) de soluționare a căilor de atac.

Această sinteză oferă mai întâi o descriere a principalelor modele instituționale din UE, fără a încerca să evalueze avantajele / dezavantajele corespunzătoare sau să recomande anumite aranjamente instituționale specifice. Apoi evidențiază cerințele esențiale prevăzute în directivele UE și jurisprudența CJUE pentru organismele de soluționare a căilor de atac "specializate". Ultimele secțiuni ale Sintezelor se referă în principal la aspecte legate de bune practici, cum ar fi căile de asigurare a independenței organismelor de soluționare a căilor de atac și modalitățile de abordare a altor aspecte importante implicate în înființarea unui organism de soluționare a căilor de atac.

Principalele modele instituționale

Există o serie de modele diferite pentru crearea unui cadru instituțional de căi de atac și diverse abordări de aplicare în statele membre ale UE, ca urmare a diversității tradițiilor juridice naționale; este, prin urmare, dificil să afirmăm că un model este mai bun decât altul. Întrucât toate statele membre se bucură de autonomie instituțională, fiecare este liber să aleagă cea mai potrivită opțiune pentru a asigura căi de atac eficiente a contractelor de achiziții publice. Statele membre nu sunt obligate să schimbe structura instituțională pentru a implementa și pune în aplicare legislația UE, ci ele pot folosi canalele naționale și mecanismele care sunt deja în vigoare, cu condiția ca acestea să respecte legislația UE. În același timp, nimic nu împiedică un stat membru să înființeze noi organisme administrative specializate având autoritatea de a asigura căi de atac.

Cu condiția ca statele membre să asigure soluționarea în mod eficient a căilor de atac pentru contractele de achiziție publică, ele sunt libere să confere funcții privind căile de atac oricărei dintre următoarele organisme:

- **Instanțele de judecată;**

- **Organisme specializate administrative;**
- **O combinație a celor două.**

Directivele privind căile de atac prevăd că reclamațiile pot fi înaintate în fața "unor organisme separate, responsabile de diferite aspecte ale procedurii". Într-adevăr, în majoritatea statelor membre, modelul ales este o combinație de diferite organisme de soluționare a căilor de atac, care sunt responsabile pentru diferite aspecte ale remedierii. De exemplu, anumite plângeri - în special cele care implică daune - pot fi examinate numai în instanțele de judecată obișnuite, în timp ce în anumite jurisdicții, organismul specializat de soluționare a căilor de atac a achizițiilor poate examina reclamațiile fără a decide asupra daunelor, în cazul în care daunele sunt în cauză. Frecvent, încheierea contractului este punctul în care cele două căi se separă în cadrul acestor sisteme¹.

În ceea ce privește **instanțele de judecată**, Directivele privind căile de atac nu solicită ca soluționarea să se desfășoare în fața instanțelor civile sau administrative. În conformitate cu normele de procedură din fiecare țară, poate fi prevăzută oricare opțiune sau ambele.

În Belgia, Franța, Irlanda, Lituania, Țările de Jos, Portugalia, Suedia și Regatul Unit, soluționarea căilor de atac împotriva deciziilor în achiziții publice este exclusiv sarcina instanțelor de judecată. În plus, cel puțin un stat membru, face o distincție clară între contractele reglementate de Directiva 2004/18 / CE și contractele reglementate de Directiva 2004/17 / CE. Ca urmare a unei astfel de distincții, în Belgia instanțele administrative soluționează litigiile privind achizițiile publice referitoare la prima categorie de contracte, iar instanțele civile soluționează litigiile care implică contracte din cea de - a doua categorie.

În alte state membre, jurisdicția depinde de natura (privată sau administrativă) a contractului în cauză. Franța este un exemplu în care ambele instanțele civile și administrative sunt implicate în procesul de soluționare, dar distincția a fost făcută într-un mod diferit decât în Belgia, în sensul că instanțele civile soluționează numai deciziile privind achizițiile publice ale utilităților cu capital privat.

O diferență substanțială între diferitele modele se referă la nivelul organismului de soluționare a căilor de atac în primă instanță. Prima instanță se referă, în unele cazuri, la instanțele de judecată administrative de nivel mai mic, iar în alte cazuri, la un grad mai ridicat de jurisdicție. Nivelul de primă instanță ar putea avea implicații asupra costurilor, rapidității și proximității părților. Procedurile într-o instanță de nivel înalt pot fi costisitoare, consumatoare de timp și departe de regiunea în care a fost executat contractul de achiziție. Acești factori pot descuraja ofertanții în a depune plângeri. În schimb, procedurile într-o instanță de nivel mai mic pot fi mai ieftine, mai rapide, și mai aproape de zona de executare a contractului de achiziții publice; pe de altă parte, aceste organisme ar putea să nu dispună de experiență și expertiză.

Organisme specializate de soluționare a căilor de atac în achizițiile publice există în aproximativ jumătate din statele membre. Aceste organisme sunt, de obicei de natură non-judiciară sau cvasi-judiciară (și anume similar instanțelor în sensul art. 267 din TFUE) și au funcția unui organism de soluționare a căilor de atac în primă instanță. Cu unele excepții, deciziile organismului specializat de soluționare a căilor de atac sunt obligatorii, supuse apelului în instanțe civile sau administrative care pot anula sau modifica decizia în a doua instanță.

În multe state membre a doua instanță este ultima instanță, dar un grup de state membre au a treia instanță de revizuire judiciară, de exemplu **Estonia, Letonia, Lituania, Țările de Jos, Slovacia, Suedia și Regatul Unit.**

¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea *Căile de atac legale de contestare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice în Uniunea Europeană* (Lucrarea Nr. 41, 2007, SIGMA).

Mai multe avantaje importante recomandă instituirea unor organisme specializate de soluționare a căilor de atac în achiziții, în special în țările candidate și potențial candidate, precum și în orice altă țară interesată în implementarea unui sistem eficient de soluționare a căilor de atac:

- Procedura este, de obicei, mai simplă și mai rapidă decât în cazul instanțelor de judecată. Aceste caracteristici asigură condițiile pentru o mai bună îndeplinire a criteriilor de "rapiditate", care trebuie să fie o caracteristică specifică a sistemului de remediere.
- Membrii organismului specializat de soluționare a căilor de atac se ocupă exclusiv de cazurile ce țin de achiziții. Ca urmare, ei au posibilitatea de a dobândi foarte repede expertiza de specialitate și de a se familiariza cu procedurile de atribuire a contractelor și alte probleme conexe.
- Costurile implicate atunci când instanțele de judecată examinează plângerile pot fi mult mai mari decât ar fi în cadrul organelor specializate de soluționare a căilor de atac, datorită duratei procedurii și nevoii de reprezentare juridică.

Cerințe esențiale pentru un organism specializat de soluționare a căilor de atac

Deși, de obicei, sunt non-judiciare, organismele specializate de soluționare a căilor de atac în achiziții publice pot avea, de asemenea, un caracter judiciar.

Caracter judiciar: Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE)² a stabilit principalele cerințe pe baza cărora un organism responsabil pentru soluționarea de căi de atac ar trebui considerat ca având un caracter judiciar (sau cvasi-judiciar). Curtea a luat în considerare o serie de factori, cum ar fi în ce măsură organismul este stabilit prin lege, dacă este permanent, în ce măsură jurisdicția sa este obligatorie, dacă procedura sa este *inter partes*, dacă se aplică normele de drept și în ce măsură este independent.

- **Organismul este stabilit prin lege.** În multe state membre UE, crearea unui organism de soluționare a căilor de atac este prevăzută într-un capitol dedicat legii achizițiilor publice (LAP). Această dispoziție nu înseamnă că soluția de a adopta o lege specială - care acoperă doar aspectul instituțional - nu este o soluție bună, de asemenea. Prevederile legale ar trebui să reglementeze diversele aspecte care asigură funcționalitatea organismului, inclusiv, de exemplu, dispoziții privind competențele organismului de revizuire, de numire și eliberare din funcție a membrilor săi, calificările necesare ale membrilor organismului de soluționare a căilor de atac, dispoziții privind conflictul de interese, un sistem predeterminat de distribuție a cazurilor și cerințele procedurale.

Austria constituie un caz particular. În cadrul sistemului federal stabilit în Constituția Federală a Austriei, zece organisme de soluționare a căilor de atac se ocupă de recursurile împotriva autorităților/entităților contractante. Prin urmare, procedurile care trebuie urmate sunt stabilite pe de o parte în nouă legi statale federale (Länder) diferite privind controlul achizițiilor la nivel regional sau municipal și, pe de altă parte, în LAP la nivel federal.

- **Organismul este permanent.** Organismul nu este stabilit pe o bază ad-hoc. Membrii săi rămân în funcțiile lor pentru o perioadă determinată de ani. Această cerință nu exclude posibilitatea de a avea mai multe complete de judecată în

² Unul dintre cele mai relevante cazuri ale CJUE este C-54/96, *Dorsch Consult GmbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin*.

cadrul organismului de soluționare a căilor de atac care se ocupă de cazuri în conformitate cu un sistem de distribuție predeterminat.

- **Jurisdicția organismului este obligatorie.** Orice decizie / sentință luată de organismul de soluționare a căilor de atac trebuie să fie executorie. În mod special, organismului îi sunt conferite următoarele competențe:
 - Impune măsuri provizorii, în scopul corectării încălcării sau prevenirii lezării în continuare, inclusiv măsuri de suspendare sau care asigură suspendarea procedurii de atribuire sau punerea în aplicare a oricărei decizii luate de autoritatea / entitatea contractantă;
 - Anulează sau asigură urmărirea anulării oricărei decizii luate în mod ilegal, inclusiv eliminarea specificațiilor tehnice, economice sau financiare discriminatorii din anunțul de participare sau din documentația de atribuire.

Autoritatea de a acorda despăgubiri nu este o condiție obligatorie, și se recomandă să se acorde această competență instanțelor superioare.

O excepție poate fi observată în **Danemarca**, unde Camera de Recurs este împuternicită să acorde despăgubiri. Cu toate acestea, este de remarcat faptul că, numărul de plângeri în Danemarca este foarte redus, și volumul de muncă nu afectează obligația de a asigura rapiditatea remediilor. Acordarea despăgubirilor face obiectul unei decizii prealabile cu privire la fondul cauzei, de exemplu, o decizie ce susține plângerea împotriva unei încălcări a normelor privind achizițiile publice. Cererile de despăgubire sunt stabilite în conformitate cu principiile generale ale dreptului danez. În funcție de circumstanțele cazului, daunele pot ajunge până la acoperirea costurilor de licitație sau a profiturilor pierdute.

- **Procedura în fața organismului de soluționare a căilor de atac este între părți (*inter partes*).** Normele generale ale contradictorialității trebuie respectate în toate cazurile. Toate părțile interesate au posibilitatea adecvată de a prezenta faptele și probele, iar fiecare parte trebuie să aibă dreptul de a răspunde sau de a contesta toate probele și argumentele prezentate de cealaltă parte. Audierile orale oferă o oportunitate mai bună ambelor părți pentru a aborda poziția celeilalte părți, dar o alternativă acceptabilă este de a permite părților să depună declarații scrise în cursul procedurii de examinare. Ambele părți trebuie să aibă acces la dosarul procedurii de soluționare, cu excepția informațiilor confidențiale.

În principiu, audierile Consiliului de Judecată a Achizițiilor Publice în Ungaria sunt organizate într-o sesiune deschisă, dar Consiliul poate decide să efectueze procedurile *in cameră*, atunci când acest lucru ar fi necesar pentru motive de secrete de stat sau profesionale, sau secrete de afaceri. Cu unele excepții care se datorează de obicei unor considerente de secrete de afaceri, accesul la dosarul de achiziții publice este pe deplin garantat tuturor părților implicate în acțiune.

- **Organismul aplică normele de drept.** Atunci când ia decizii, organismul este obligat să aplice dispozițiile de atribuire a contractelor de achiziții publice, care sunt prevăzute în directivele UE și în legislația națională adoptată pentru transpunerea lor. Această cerință este strâns legată de prima cerință (organismul este stabilit prin lege), deoarece un argument puternic pentru a demonstra că organismul îndeplinește această cerință ar putea fi faptul că normele de procedură generale care asigură funcționalitatea acestuia sunt ele însele prevăzute de lege .

- **Organismul este independent.** Această cerință se referă la mai multe aspecte - instituționale, financiare - dar principiul de bază este că organismul de soluționare a căilor de atac își îndeplinește misiunea în mod independent și pe propria răspundere, și că membrii săi se supun numai respectării legii (mai multe detalii sunt prezentate în următoarea secțiune a Sintezei).

Caracterul non-judiciar: În cazul în care organismele responsabile de soluționarea căilor de atac nu sunt de natură judiciară, atribuirea contractelor de achiziții publice poate fi examinată în primă instanță de astfel de organisme, dar Directivele UE privind căile de atac prevăd anumite măsuri de protecție.

Mai întâi de toate, în cazul în care organismele responsabile de soluționarea căilor de atac nu sunt de natură judiciară, trebuie să fie întotdeauna prezentate motivații scrise privind deciziile lor.

Mai mult, în astfel de cazuri, deciziile luate de organisme care nu au un caracter judiciar trebuie să facă obiectul unei examinări judiciare sau să fie examinate de către un alt organism, care este o instanță judecătorească în sensul articolului 177 din Tratatul CEE și care este independent atât față de autoritatea contractantă, cât și față de organismul de soluționare a căilor de atac. Un astfel de organism independent trebuie să îndeplinească cerințele specifice ale celui de-al doilea paragraf din articolul 2 alineatul (8) din Directiva 89/665 / CEE³. (Practic, acesta trebuie să îndeplinească toate cele șase cerințe prezentate mai sus).

Sistemul de soluționare a căilor de atac și de remedii a achizițiilor publice în **Cipru** poate fi divizat în trei elemente: plângeri la autoritatea contractantă, soluționarea non-judiciară prin intermediul **Autorității de Revizuire a Licitațiilor (ARL)** și controlul jurisdicțional prin Curtea Supremă din Cipru. ARL a fost înființată cu puterea de a examina orice decizie luată de autoritățile contractante înainte încheierii unui contract de achiziții publice pentru o presupusă încălcare a legii. Prin urmare, există un anumit organism de soluționare a căilor de atac în achiziții publice, independent de guvern. Cu toate acestea, membrii acestui organism nu au un statut care este comparabil cu cel al judecătorilor. ARL are cinci membri, inclusiv președintele. Orice persoană vătămată printr-o decizie a ARL sau prin orice decizie luată de autoritatea contractantă, înainte sau după încheierea contractului, poate contesta decizia în fața Curții Supreme din Cipru. Membrii Curții Supreme și președintele sunt judecători, iar statutul lor este reglementat de Constituție. Curtea îndeplinește cerința unei instanțe de drept prevăzută în articolul 177 din Tratatul CEE.

Reguli în cadrul Acordului privind Achizițiile Publice (GPA). Cerințe fundamentale pentru procedurile privind căile de atac și remediile în achizițiile publice au fost stabilite prin Acordul privind Achizițiile Publice de către Organizația Mondială a Comerțului (OMC) în 1994 (și, de asemenea, de către Comisia ONU pentru dreptul comercial internațional - UNCITRAL - Legea model, actualizată în 2011). Acești indicatori funcționali de bază stabilesc o temelie pe care guvernele pot construi instituții de soluționare a căilor de atac și proceduri de remediere pentru a răspunde interesului

³ "Membrii unui astfel de organism independent sunt numiți și eliberați din funcție în aceleași condiții ca și membrii corpului magistraților în ceea ce privește autoritatea responsabilă cu numirea acestora, durata mandatului lor și inamovibilitatea acestora. Cel puțin președintele acestui organism independent are calificările juridice și profesionale ale unui membru al corpului magistraților. Organismul independent ia decizii urmând o procedură în care se audiază ambele părți, iar aceste decizii devin, prin mijloacele stabilite de fiecare stat membru, obligatorii din punct de vedere legal..".

public privind utilizarea eficientă a cheltuielilor publice, și în același timp, intereselor părților interesate private care participă la procedurile de atribuire.

Este util de a evidenția faptul că Acordul OMC privind achizițiile publice conține principii similare în ceea ce privește organismele de soluționare a căilor de atac ca și cele prevăzute de legislația UE. Este adevărat că jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) oferă mult mai multe detalii cu privire la interpretarea principiilor generale, aplicabile în anumite situații, dar asemănările dintre UE și OMC cu privire la modul de a aborda problema organismelor de soluționare a căilor de atac merită a fi subliniate ca exemplu de bune practici, recunoscute ca atare la nivel internațional.

Conform Acordului OMC: *“Litigiile (diferendele) vor fi prezentate unei curți sau unui organ de soluționare a căilor de atac independent și imparțial care nu are niciun interes anume față de rezultatul achiziției și al cărui membri sunt protejați de influența externă pe perioada desemnării lor în această calitate. Un organ de soluționare a căilor de atac care nu este o curte va fi subiectul examinării judiciare ori va avea proceduri care asigură că:*

- (a) participanții pot fi ascuțați înainte de momentul când este expusă o opinie sau decizia este luată;;*
- (b) participanții pot fi reprezentați și însoțiți (de avocați);*
- (c) participanții vor avea acces la toate acțiunile de justiție;*
- (d) acțiunile de justiție pot avea loc doar în public;*
- (e) opiniile sau deciziile pot fi expuse în scris cu o declarație ce descrie fundamentarea opiniilor sau deciziilor;*
- (f) pot fi prezentați martori;*
- (g) documentele sunt puse la dispoziția organului de soluționare a căilor de atac”.*

Reclamații administrative la autoritățile / entitățile contractante

Legislația din unele state membre ale UE prevede obligația (sau doar posibilitatea) de a:

- Depune o reclamație administrativă prealabilă la autoritatea / entitatea contractantă care a comis presupusa încălcare a legislației privind achizițiile publice; sau
- Anunța autoritatea / entitatea contractantă cu privire la intenția de a solicita revizuirea (examinarea).

Ambele obligații / posibilități menționate mai sus sunt opționale conform Directivelor UE privind căile de atac.

Posibilitatea de a depune o plângere direct către autoritatea contractantă poate oferi anumite avantaje, în special în cazurile în care motivul pentru litigiu este o greșeală reală și evidentă, și nu o încălcare deliberată a legislației privind achizițiile publice. Ofertantul poate evita confruntarea cu autoritatea contractantă, deoarece aceasta din urmă ar avea posibilitatea de a corecta greșeala. Această soluție ar putea constitui cel mai rapid mod de corectare a încălcării și face posibilă evitarea costurilor implicate într-o procedură de revizuire.

Deși acest tip de regulă ar putea fi utilă în practică, plângerea la autoritatea / entitatea contractantă **nu este totuși considerată ca o primă etapă a procesului de soluționare a căilor de atac, în conformitate cu Directivele privind căile de atac.**

Un dezavantaj este acela că așteptarea pentru ca autoritatea / entitatea contractantă să ia o decizie cu privire la plângere necesită timp și poate prelungi procedura de soluționare a căilor de atac pe ansamblu. Cu toate acestea, în cazul în care o notificare prealabilă a fost trimisă la autoritatea / entitatea contractantă, în paralel cu depunerea unei plângeri la organismul de soluționare a căilor de atac, nu mai există nicio obligație să se aștepte decizia autorității / entității contractante. Acesta este unul dintre motivele pentru care unele state membre solicită operatorilor economici, care exercită o cale de atac cvasi-judiciară sau judiciară, să trimită numai o copie a reclamației sau a plângerii autorității / entității contractante în cauză, acesta din urmă păstrând posibilitatea de a corecta încălcarea înainte de începerea procedurilor de soluționare a căilor de atac. (Pentru mai multe detalii, consultați *Căi de atac legale de contestare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice în Uniunea Europeană* (Lucrarea Nr. 41, 2007, SIGMA).

Statutul și independența organismului specializat de soluționare a căilor de atac

Ca o cerință a Directivelor privind căile de atac, precum și o chestiune de bune practici internaționale, independența organismului de soluționare a căilor de atac poate fi considerată ca un element fundamental pentru asigurarea rezultatelor credibile ale procedurilor de remediere împotriva deciziilor de achiziții publice.

Problemele legate de independență ar trebui abordată pe două nivele:

- Independența organismului de soluționare a căilor de atac, ca instituție;
- Independența membrilor organismului de soluționare a căilor de atac.

În ceea ce privește **instituția**, indiferent de faptul dacă organismul specializat de soluționare a căilor de atac are sau nu un statut legal de independență, acesta trebuie să fie (i) independent față de părțile implicate în procedurile de achiziții publice - autorități / entități contractante și operatori economici; și (ii) să funcționeze independent de guvern.

Chiar dacă acest organism este independent din punct de vedere tehnic față de autoritățile / entitățile contractante, el încă face parte din aparatul de stat, deci va rămâne întotdeauna un motiv de îngrijorare că nu este independent pe deplin față de guvern. Eșecul de a garanta o astfel de independență de acțiune ar conduce la o lipsă de credibilitate, ceea ce ar avea implicații serioase pentru sistemul de achiziții publice în ansamblu și pentru beneficiile tangibile pentru care un astfel de sistem funcțional a fost conceput pentru le oferi. Dacă acest organism de soluționare a căilor de atac nu a reușit să pună în aplicare regulile privind achizițiile împotriva persoanelor care nu le respectă, sau chiar dacă a fost perceput a nu fi în stare să facă acest lucru, ofertanții nedreptățiți nu vor vedea niciun avantaj în a depune plângeri, iar încălcările reglementărilor vor rămâne necorectate.

Pentru aceste motive, statutul organismului de soluționare a căilor de atac este, de asemenea, legat de poziția sa în ierarhia guvernamentală. Atât timp cât organismul de soluționare a căilor de atac este sub supravegherea unui minister, ar fi dificil de demonstrat independența reală a acestei instituții și a personalului său, care trebuie să fie protejat de orice intervenție politică nejustificată. Chiar dacă legăturile cu un minister se limitează doar la aspecte administrative, o consecință inevitabilă a acestei legături

este faptul că percepția ofertanților ar putea fi că organismul de soluționare a căilor de atac este încă parte din ierarhie și că independența și neutralitatea sa ar putea fi afectate în orice moment. Funcția de soluționare a căilor de atac presupune puterea instituției de a lua decizii cvasi judiciare (inclusiv acordarea de despăgubiri) împotriva guvernului. Este discutabil în ce măsură un minister ar avea puterea și / sau credibilitatea de a lua astfel de decizii.

Prin urmare, se pare că cea mai bună soluție este de a plasa organismul de soluționare a căilor de atac în afara unui minister, de preferință ca o instituție separată, și în orice caz, - chiar dacă nu este posibil să se asigure independența "absolută" - fără nici o poziționare ierarhică în cadrul aparatului guvernamental, acesta fiind un mijloc de conservare a independenței și neutralității sale⁴.

În general, sistemele administrative de stat moderne necesită o separare a puterilor în cadrul administrației, pentru a garanta responsabilitate, un acțiuni echitabile și probitate. Cei care sunt responsabili pentru elaborarea politicilor, pentru interpretare, implementare și consiliere nu sunt, prin urmare, aceeași cu cei responsabili de executare (inclusiv funcția de soluționare a căilor de atac și remedii). Cu foarte puține excepții, în toate statele membre ale UE în care au fost stabilite organismele specializate de soluționare a căilor de atac, aceste instituții au o responsabilitate clară și exclusivă de a stabili remedii. Este foarte important să se asigure separarea puterilor și competențelor în cadrul sistemului de achiziții publice, în scopul de a evita orice conflict de interese și pentru a genera încrederea în sistem.

În multe țări, care au început să creeze noi sisteme de achiziții publice, într-o primă etapă, i-au fost acordate organismului de reglementare (Oficiul/Agentia/Autoritatea de Achiziții Publice - OAP / AAP) și competențele de decizie a unui organism de soluționare a căilor de atac în achiziții publice.

În cazul în care organismul de reglementare este însărcinat, potrivit legii, să consilieze autoritățile / entitățile contractante, acesta s-ar putea confrunta uneori cu propria consultantă. Această situație ar fi chiar mai complicată dacă acest organism a fost implicat în controlul *ex ante* integral sau parțial a procesului achizițiilor publice. Consecința este că organismul de reglementare ar fi în postura să soluționeze plângerile în cazurile în care el însuși a acceptat deja (sau chiar impus) o decizie pretinsă a fi greșită.

Aceeași incompatibilitate poate fi remarcată în cazurile în care organismul de soluționare a căilor de atac este direct implicat în tranzacții de achiziții publice, de exemplu, atunci când a fost atribuit, printre alte sarcini, să acționeze ca un organism central de achiziție.

În astfel de cazuri, instituția devine (în același timp) autoritate de reglementare, cel care trebuie să respecte regulile, controlor și judecător, astfel încât, potențiale conflicte de interese și abuzuri sunt aproape inevitabile. Aceste aranjamente instituționale nu sunt conforme cu cerința de independență a organismelor de soluționare a căilor de atac, și multe țări au schimbat cadrul instituțional în timpul procesului în curs de desfășurare pentru reformarea sistemului achizițiilor publice.

O atenție deosebită trebuie acordată finanțării instituției. Un organism de soluționare a căilor de atac specializat trebuie să fie independent financiar, cu buget propriu. Este necesară o finanțare adecvată pentru a garanta independența și pentru asigurarea cu

⁴ A se vedea cazul CJUE C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* și *Alții v GlaxoSmithKline*, în special alin. 30 și 31.

personal corespunzător (inclusiv personalul de sprijin administrativ) și cu alte resurse astfel încât să se ofere servicii la nivelul calității solicitate. Cea mai bună soluție este de a se securiza finanțarea prin intermediul cadrului juridic / de reglementare. Dacă finanțarea este inadecvată sau chiar și în cazul în care finanțarea este adecvată dar este obiectul unor decizii administrative și poate fi ușor modificată, organismul de soluționare a căilor de atac nu va avea o independență reală pentru a-și îndeplini obligațiile.

Organismul de soluționare a căilor de atac trebuie să fie dotat cu o infrastructură suficientă (de exemplu spații de birouri, echipamente IT, baze de date și de formare) pentru a efectua cu succes activitatea sa.

În ceea ce privește **membrii** organismului de specialitate, independența lor este o cerință esențială pentru a demonstra statutul independent al organismului de soluționare a căilor de atac, ca instituție.

Unul dintre cele mai importante aspecte este un set de reguli care reglementează procedurile de numire și revocare. Posibilitatea de anulare a numirilor membrilor, înainte de expirarea mandatului, trebuie să se limiteze la doar câteva circumstanțe specifice care sunt foarte bine definite în lege. Persoana / instituția care numește oficial membrii organismului de soluționare a căilor de atac trebuie să fie aceeași care deține competența de a le demite (numai în condițiile speciale prevăzute de lege). Cu cât mai independentă este persoana / instituția cu puteri legale de a numi / revoca membrii organismului de soluționare a căilor de atac, cu atât mai mult se asigură poziția lor și, prin urmare independența.

Austria

Independența judecătorilor administrativi (membrii permanenți – Senatsvorsitzende) este garantată de legea Constituțională. Membrii permanenți sunt numiți de către **Președintele federal al Austriei**, iar președintele și adjuncții sunt numiți pe viață.

Există cerințe de calificare profesională pentru a fi desemnat în funcție (cunoștințe specifice de achiziții publice și experiență juridică). Președintele, adjunctul și membrii permanenți trebuie să fie avocați calificați cu cel puțin cinci ani de experiență profesională ca avocați, sau în domeniul achizițiilor publice.

Slovenia

Comisia Națională de Revizuire (CNR) este un organism național specializat, independent și autonom în examinarea procedurilor de achiziții publice, așa cum prevede Legea privind revizuirea procedurilor privind achizițiile publice. Președintele și cei patru membri ai CNR sunt numiți de către **Adunarea Națională**, la propunerea Comisiei de mandate și alegeri, pentru un mandat de cinci ani cu posibilitatea de re alegere.

Președintele și doi dintre membri trebuie să aibă o diplomă universitară în drept și un grad profesional în barou. Ceilalți doi membri trebuie să aibă o diplomă universitară în științe economice sau inginerie.

În orice caz, membrii organismului de soluționare a căilor de atac trebuie să fie protejați prin lege de orice interferență sau chiar de presiune care ar putea fi exercitată de la nivel executiv și / sau politic. Membrii organismului de soluționare a căilor de atac trebuie să își exercite funcțiile în deplină independență, și orice instrucțiuni oferite în exercitarea funcțiilor lor, în numele oricărei alte persoane, trebuie să fie interzise prin lege.

Independența membrilor organismului de soluționare a căilor de atac este o condiție prealabilă pentru asigurarea imparțialității, care este un principiu fundamental al tuturor instituțiilor judiciare, cvasi-judiciare și administrative. Cu toate acestea, această imparțialitate poate fi afectată de conflicte de interese, care nu pot fi evitate și pot apărea în mod natural, fără ca cineva să fie în culpă. Din acest motiv, legea sau cel

puțin regulamentele trebuie să prevadă reguli privind identificarea și dezvoltarea conflictelor de interese și să propună acțiuni care pot fi luate pentru a evita sau atenua aceste conflicte. Membrii organismului de soluționare a căilor de atac trebuie să fie excluși de la participarea în cadrul procedurilor de examinare ori de câte ori au un interes personal în decizia ce urmează a fi luată. De exemplu, un membru poate fi implicat personal sau poate fi ruda unei persoane care este una dintre părțile implicate în litigiu. În acest caz, este necesar ca persoana în cauză să-și păstreze calitatea sa (de membru), dar să se abțină de la participarea la orice proces de luare a deciziilor cu privire la aspectele care îl afectează. Această acțiune poate fi realizată prin abținerea de la procedura de vot, retragerea de la discuțiile care implică propuneri importante, precum și refuzul de a primi documente sau alte informații legate de caz.

Ca regulă generală, membrilor organismului de soluționare a căilor de atac ar trebui să fie interzis să:

- efectueze activități comerciale, inclusiv activități de consultanță, direct sau prin intermediari;
- dețină calitatea de membru al unui grup de interes economic;
- dețină calitatea de membru al unui partid politic și să desfășoare sau să participe la activități politice;
- exercite orice funcție publică sau privată, cu excepția activităților didactice, cercetare științifică și / sau creație literară și artistică.

Siguranța financiară este un alt aspect care trebuie tratat cu atenție atunci când se discută independența membrilor organismului de soluționare a căilor de atac. Persoanele din aceste poziții ar putea fi expuse în orice moment tentațiilor financiare sau de altă natură, și trebuie să fie capabile să reziste acestor tentații. În acele țări în care nivelul salariilor din sectorul public este în general mai mic, este recomandabil să se găsească o soluție legală pentru punerea în aplicare a unor regimuri/grile speciale de salarizare, pentru a asigura un statut financiar rezonabil pentru membrii organismului de soluționare a căilor de atac.

România

Membrii Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sunt funcționari publici cu statut special (independență, procedură de selecție și de numire, incompatibilități și interdicții, salarii) și cu experiență în domeniul legislației achizițiilor publice. Membrii Consiliului sunt selectați prin concurs, bazat pe abilități profesionale și reputație, și sunt numiți formal de către **Prim-ministru**. Ei trebuie să dețină o diplomă universitară și cel puțin doi ani de experiență profesională în achiziții publice. Cel puțin jumătate din membrii Consiliului trebuie să fie licențiați în drept.

Referitor la nivelul de remunerare, ei sunt asimilați funcției de Secretar General al Guvernului.

Alte aspecte practice importante

Nu este suficient să se descrie pur și simplu "pe hârtie" tipul de organism de soluționare a căilor de atac care trebuie să fie înființat și regulile generale aplicabile. O serie de detalii suplimentare trebuie să fie abordate cu atenție, deoarece acestea nu sunt prevăzute în mod expres în directivele UE privind căile de atac, dar au un impact potențial asupra principiilor generale de nediscriminare, eficiență și transparență.

În ceea ce privește **respectarea principiului nediscriminării**, înțelegerea generală este că accesul la căile de atac trebuie să fie deschis tuturor operatorilor economici, fără discriminare, în special pe motive de naționalitate.

În plus, principiul echivalenței impune ca, atunci când există căi de atac specifice pentru punerea în aplicare a normelor UE, condițiile de aplicare a acestora trebuie să nu fie "mai puțin favorabile" decât condițiile de aplicare a măsurilor corective similare pentru impunerea regulilor interne. Prin urmare, regulile privind accesul la organismul de soluționare a căilor de atac, taxele care trebuie plătite, termenele și probele prezentate, nu trebuie să facă **imposibilă sau excesiv de dificilă** exercitarea drepturilor conferite de lege⁵.

De exemplu, costurile asociate cu procedurile de soluționare a căilor de atac și remedii nu ar trebui să fie semnificative, deoarece costurile ridicate pot fi considerate un factor de descurajare pentru ofertanți ca să depună plângerile. Cele mai multe dintre statele membre ale UE, cu scopul de a reduce riscul de abuz prin cereri frauduloase, prevăd o taxă inițială pentru depunerea plângerilor. Cu toate acestea, taxele plătite organismelor de soluționare a căilor de atac în primă instanță sunt, în orice caz, mai mici decât cele plătite pentru recurs sau pentru examinare de către organisme în ultima instanță. Taxele trebuie să fie dimensionate astfel încât să nu stimuleze depunerea de plângeri frauduloase sau nefondate, dar în același timp să nu acționeze ca un factor de descurajare la depunerea plângerilor justificate și să nu limiteze accesibilitatea pentru întreprinderile mici și mijlocii.

Este firesc să se prevadă în lege cele mai importante elemente care urmează să fie incluse sau atașate la o plângere. Cu toate acestea, cerințele privind probele nu trebuie să fie exagerate sau chiar imposibil de îndeplinit. Operatorii economici pot eșua uneori să furnizeze anumite documente / informații sau să respecte cu exactitate formatul solicitat pentru unele acte. În astfel de cazuri, este recomandabil să se acorde acestor operatori posibilitatea de a completa dosarul.

În ceea ce privește **respectarea principiului efectivității**, remediile trebuie să aibă suficientă autoritate (putere formală) pentru asigurarea respectării normelor privind achizițiile publice, și soluționare a căilor de atac trebuie să se desfășoare cât mai rapid posibil. Pentru a atinge acest obiectiv, o primă condiție este existența unui **organism de soluționare a căilor de atac operațional**. Organizarea instituției, finanțarea, personalul și autoritatea de a exercita atribuțiile sale trebuie să fie suficientă și în conformitate cu responsabilitățile sale.

Norme clare și detaliate trebuie să fie stabilite în lege sau, cel puțin la nivelul regulamentelor de aplicare, care să se refere la cerințele procedurale și la regulile procesului de soluționare a căilor de atac. Alte aspecte trebuie, de asemenea, să fie reglementate în mod clar, cum ar fi modul de distribuire a cauzelor între membrii organismului de soluționare a căilor de atac (distribuția aleatorie este, probabil, cea mai bună alegere în cazul în care corupția este o amenințare serioasă), mijloacele de evitare a conflictelor de interese, precum și calificările necesare pentru a deveni un membru (studii, experiență, cunoștințe și alte competențe specifice). Este important de a oferi securitate juridică întregului organism de soluționare a căilor de atac, și anume de stabili dacă toți membrii organismului vor decide cu privire la toate cazurile sau dacă fiecare complet de judecată va adopta deciziile pentru cazurile care le revin. Dacă se preferă a doua variantă, trebuie indicat numărul de membri pentru fiecare complet de judecată.

Ar trebui adoptate norme procedurale pentru a asigura rapiditatea procedurilor, de exemplu prin stabilirea termenelor maxime pentru deciziile organismului de soluționare a căilor de atac.

⁵

A se vedea cazul CJUE C-327/00, *Santex SpA v Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*.

Toate normele menționate mai sus nu sunt utile doar pentru înființarea unui organism de soluționare a căilor de atac operațional, dar ele sunt, de asemenea, în interesul tuturor părților interesate - autorități / entități contractante și operatori economici - în ceea ce privește precizarea clară a regulilor și a ceea ce poate fi de așteptat să se întâmple pe durata unei proceduri de soluționare a căilor de atac.

Capacitățile organismului de soluționare a căilor de atac trebuie să fie corespunzătoare astfel încât acesta să poată face față numărului estimat de solicitări, iar în timp trebuie să fie consolidate în conformitate cu dezvoltarea generală a întregului sistem. În special în ceea ce privește resursele umane, capacitatea administrativă se va reflecta în mărimea personalului, structura personalului și pregătirea profesională.

Dacă, în mod permanent, instituțiile dispun de un personal insuficient, capacitatea de resurse umane a acestora nu va fi suficientă pentru a îndeplini sarcinile în mod eficient. Numărul de membri ai organismului de soluționare a căilor de atac trebuie să fie determinat prin luarea în considerare a mai multor factori importanți, cum ar fi:

- Gama de sarcini atribuite organismului de soluționare a căilor de atac, cu referire nu numai la competențele acordate, dar, de asemenea, la domeniul de aplicare a sistemului de soluționare a căilor de atac⁶;
- Numărul de autorități / entități contractante din țară;
- Cultura căilor de atac, inclusiv mentalitatea locală și tendința operatorilor economici de a depune plângeri împotriva deciziilor autorităților / entităților contractante;
- Termenele prevăzute de lege pentru a decide asupra litigiului;
- Numărul de membri ai organismului de soluționare a căilor de atac care, potrivit legii, trebuie să se ocupe de fiecare caz în parte;
- Sprijinul care poate fi oferit membrilor organismului de soluționare a căilor de atac de către personalul tehnic și administrativ al instituției.

Nivelul de educație al personalului organismului de soluționare a căilor de atac este de asemenea important, deoarece membrii săi nu trebuie să aibă doar o bună cunoaștere a chestiunilor legate de achiziții publice, dar trebuie să fie, de asemenea, capabili de a evalua dovezi și redacta decizii motivate. Numirea persoanelor pentru a efectua funcții de soluționare a căilor de atac în contextul reformării sistemului de achiziții, nu înseamnă neapărat că acestea, doar pentru că au fost numite în această poziție, sunt și competente să efectueze aceste funcții. Crearea unui organism (nou) de soluționare a căilor de atac va necesita, de obicei, un efort de consolidare a capacității, care ar include instruirea intensivă, mai ales la începutul activității instituției, dar și în anii următori, prin participarea la programe de educație continuă.

O problemă sensibilă este de a decide dacă organismul de soluționare a căilor de atac trebuie să analizeze numai conținutul plângerii și să limiteze examinarea exclusiv la motivele prezentate de operatorii economici sau dacă ar trebui să investigheze mai larg, având în vedere întreaga documentație de achiziții publice, în scopul de a determina dacă a avut loc și o altă încălcare majoră a legii .

⁶ În cel mai mare grup de state membre ale UE, sistemul de soluționare a căilor de atac se aplică în mod egal atât contractelor aflate deasupra cât și celor aflate sub pragurile din Directivele privind achizițiile publice 2004/17 / CE și 2004/18 / CE (pentru mai multe detalii a se vedea *Căile de atac legale de contestare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice în Uniunea Europeană* (Lucrarea Nr. 41, 2007, SIGMA).

Nu există cerințe UE pentru ca investigațiile *ex officio* să fie efectuate de către o instituție de soluționare a căilor de atac. Unele țări au astfel de prevederi în legislația lor, dar multe dintre ele intenționează să renunțe la această cerință, deoarece rezultatele acestor dispoziții nu au fost întotdeauna pozitive în practică. În multe cazuri, reclamantii au transferat sarcina de investigare organismului de soluționare a căilor de atac, ceea ce a condus la proceduri lungi și costisitoare.

Membrii organismului de soluționare a căilor de atac ar putea beneficia de sprijin extern important în cazul în care au acces la utilizarea expertizei externe pentru a examina aspectele tehnice ale unui caz. Ca regulă generală, experții trebuie să aibă cunoștințe de specialitate într-o anumită sferă, iar sarcina lor este de a oferi organismului de soluționare a căilor de atac asistență imparțială pe probleme speciale, care sunt în mare parte tehnice sau financiare. Atât reclamantului cât și autorității contractante trebuie să li se permită să prezinte opinia (opiniile) experților. În plus, organismul de soluționare a căilor de atac ar putea numi propriul expert, care trebuie să fie imparțial și independent de părțile implicate și de orice alte influențe. Dacă opinia oferită nu pare ca fiind rezonabilă, organismul de soluționare a căilor de atac poate să o respingă, poate numi un alt expert, sau poate să își însușească concluziile experților părților, dacă este cazul.

Practic, nu este obligatoriu pentru membrii organismului de soluționare a căilor de atac să adopte opinia experților, dar acest aviz poate avea totuși o pondere considerabilă atunci când se ia o decizie, și nu poate fi neglijat în mod arbitrar.

În ceea ce privește **respectarea principiilor securității juridice și transparenței**, unul dintre cele mai importante obiective ale organismului de soluționare a căilor de atac este de a garanta decizii consistente, pe care trebuie să le facă disponibile publicului.

O primă condiție este de a avea proceduri clare și transparente pentru a asigura aplicarea coerentă a legii. În al doilea rând, fiecare parte trebuie să aibă dreptul de a fi informată cu privire la evoluția procedurii, astfel încât să aibă posibilitatea să pregătească în mod corespunzător propriile argumente. Nu în ultimul rând, părțile ar trebui să aibă dreptul de a fi informate cu privire la motivele deciziei organismului de soluționare a căilor de atac, inclusiv argumentele care au determinat evaluarea probelor și considerațiile privind aspectele legale care au fost relevante pentru decizie.

Publicarea deciziilor organismului de soluționare a căilor de atac pe site-ul său este un instrument eficient pentru a ajuta membrii săi în asigurarea unei coerențe sporite a instituției cu rezoluțiile anterioare pentru cazuri similare și pentru evitarea deciziilor contradictorii în interpretarea legii. În plus, ar putea servi de asemenea, ca un instrument valoros de împărtășire a experienței organismului de soluționare a căilor de atac cu alte părți interesate din sistem. Autoritățile / entitățile contractante și operatorii economici ar putea beneficia de acest mod excelent de a promova soluțiile diverselor plângeri rezolvate de către instituție și interpretarea sa în ceea ce privește diferitele probleme cu care se confruntă sistemul de achiziții.

Accesul ușor la datele relevante este necesar pentru creșterea eficienței mecanismului de "împărtășire a experienței" și pentru a permite căutarea rapidă a cazurilor care îndeplinesc criteriile specifice. Din acest motiv, publicarea deciziei în formă brută (de exemplu, document PDF) nu ar fi suficientă pentru a garanta interpretarea și aplicarea consecventă a legii. Ar fi dificil pentru practicienii privind achizițiile publice să găsească rapid soluții la probleme juridice, așa cum sunt reflectate în aceste decizii individuale, fără a le citi pe toate.

Cea mai bună soluție este de a dezvolta o **bază de date a deciziilor, inclusiv facilități de căutare** pentru probleme juridice individuale, ca mijloc de sprijin pentru practicieni în activitățile lor de zi cu zi în achiziții publice și, de asemenea, ca un instrument pentru membrii organismului de revizuire pentru a asigura luarea deciziilor consecventă. În plus, organismul de soluționare a căilor de atac ar trebui să publice analize ale celor mai frecvente probleme juridice întâlnite în timpul procedurilor de achiziții publice, oferind indicații cu privire la modul de soluționare în practică (de exemplu, criterii de calificare, criterii de atribuire, utilizarea specificațiilor tehnice, oferte anormal de scăzute).

Bibliografie suplimentară:

- [Remedii legale de contestare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice în Uniunea Europeană](#), (SIGMA Lucrarea Nr. 41, 2007);
- [Căi de atac](#) (SIGMA Sinteza Achiziții publice 12, 2011).