

CALIFICĂRI ȘI COMPETENȚE JURIDICE ESENȚIALE

Un manual pentru membrii și personalul
organismelor jurisdicționale de soluționare a
contestațiilor în sectorul achizițiilor publice

Versiunea localizată pentru
Republica Moldova



ANSC
Agenția Națională pentru
Soluționarea Contestațiilor



European Bank
for Reconstruction and Development

Cuprins

I Cuvânt înainte	4
II Acronime	6
III Definiții	7

Capitolul 1 Introducere 9

1.1 Prezentare generală	9
1.2 Evaluarea achizițiilor publice	9
1.3 Respectarea legislației	10
1.4 Autorități care stabilesc remedii juridice	11
1.5 Organul jurisdicțional care soluționează contestațiile în cadrul procedurilor de achiziție publică în Republica Moldova	11
1.6 Manualul	12
1.7 Structura	13

Capitolul 2 Echitate procedurală și audieri orale 14

2.1 Prezentare generală	14
2.2 Ce este echitatea procedurală ?	14
2.3 Care drepturi cad sub incidența echității procedurale?	15
2.4 Rezumat	23

Capitolul 3 Conflictul de interese 24

3.1 Prezentare generală	24
3.2 Imparțialitatea și politica privind conflictele de interese	24
3.3 Ce este un conflict de interese?	25
3.4 Ce este un interes privat?	27
3.5 Unele aspecte în reglementarea conceptului de conflict de interes în RM	33
3.6 Idei preconceptuate și prestabilite	35
3.7 Gestionarea conflictelor de interese	36
3.8 Exemplul austriac	38
3.9 Studii de caz din practica internațională	39
3.10 Studiu de caz din Republica Moldova	43
3.11 Rezumat	45

Capitolul 4 Probe și procedură 47

4.1 Prezentare generală	47
4.2 Caracterul investigativ al procedurilor de soluționare a contestațiilor	47
4.3 Rolul și natura probelor	47
4.4 Tipuri de probe	48
4.5 Relevanța probelor	52
4.6 Obținerea probelor	54
4.7 Prezentarea probelor	55
4.8 Forța probantă sau valoarea probatorie	57
4.9 Admisibilitatea probelor	58
4.10 Sarcina probei	58
4.11 Rezumat	60

Capitolul 5 Protejarea informațiilor confidențiale 62

5.1	Prezentare generală	62
5.2	Informații confidențiale	62
5.3	Ce informații sunt confidențiale?	63
5.4	Exemple de informații confidențiale	68
5.5	Informații considerate neconfidențiale	68
5.6	Cum sunt desemnate informațiile drept confidențiale?	69
5.7	Accesul la informații confidențiale	69
5.8	Securitatea informațiilor	70
5.9	Confidențialitatea în achizițiile publice în conformitate cu legislația comunitară	72
5.10	Studii de caz	76
5.11	Studiu de caz din Republica Moldova	81
5.12	Rezumat	81

Capitolul 6 Echitate procedurală și audieri orale 83

6.1	Prezentare generală	83
6.2	Tipuri de remedii juridice	84
6.3	Măsuri interimare	85
6.4	Anularea	89
6.5	Termenul de așteptare prevăzut de directivele UE	94
6.6	Lipsirea de efecte a contractului	94
6.7	Daune	99
6.8	Rezumat	100

Capitolul 7 Puterea discreționară 101

7.1	Prezentare generală	101
7.2	Ce este puterea discreționară?	101
7.3	Modalitatea de aplicare a puterii discreționare	102
7.4	Măsuri ce trebuie avute în vedere la exercitarea puterii discreționare	109
7.5	Exercitarea puterii discreționare în situații practice	109
7.6	Rezumat	115

Capitolul 8 Redactarea deciziilor 117

8.1	Prezentare generală	117
8.2	Cum abordăm redactarea deciziilor?	117
8.3	Cum trebuie structurată decizia?	118
8.4	Stil și revizuire	127
8.5	Rigori ce țin de conținutul actului administrativ în Moldova	130
8.6	Rezumat	132

I Cuvânt înainte

Crearea unui mediu juridic favorabil investitorilor, transparent și predictibil în țările în care operează Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare (BERD), este o inițiativă de lungă durată a Băncii. BERD investește în măsuri de schimbare a vieții oamenilor și mediului în peste 30 de țări din regiunea estică și sudică a Mării Mediterane până în Europa Centrală și de Est și Asia Centrală. Un mediu juridic robust și stabil, inclusiv un cadru eficient de soluționare a disputelor, este esențial pentru încrederea investitorilor în economie și dezvoltarea unui climat echitabil al afacerilor.

Activitățile destinate reformei judiciare, o dimensiune unică a activității BERD, sunt realizate prin Programul privind tranziția judiciară (PTJ). În cadrul PTJ activează un grup de avocați care desfășoară activitatea de consiliere în materia politicilor, fiecare având experiență într-un domeniu specific. Programul se concentrează asupra elaborării regulilor juridice, dezvoltării instituțiilor și culturii, ceea ce reprezintă o condiție esențială pentru o economie vibrantă, orientată spre piață.

PTJ acoperă o serie de domenii cu cea mai mare relevanță pentru activitățile investiționale ale BERD și în care Banca a acumulat experiență. Acestea includ, printre altele, consolidarea soluționării disputelor prin intermediul instanțelor, alte mecanisme și promovarea unor politici robuste în materia achizițiilor publice în regiunea în care activează BERD. Din acest motiv, îmbunătățirea capacității judiciare pentru a aborda în mod eficient aspectele comerciale, inclusiv contestațiile și disputele care decurg din achiziții publice, reprezintă unul dintre principalele aspecte ale activităților PTJ.

Achizițiile publice constituie o activitate economică majoră a guvernelor și lipsa unui cadru transparent, efektiv și eficient al achizițiilor publice reprezintă un subiect de îngrijorare în special pentru țările în tranziție. Pentru a aborda această chestiune, PTJ și-a asumat un rol activ în dezvoltarea experienței și promovarea utilizării bunelor practici internaționale în rândul țărilor în tranziție.

Elaborarea manualului ("Calificări și competențe juridice esențiale: un manual pentru membrii organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în sectorul achizițiilor") a fost determinată de nevoia de a îmbunătăți eficiența soluționării contestațiilor în materia achizițiilor publice în țările în care operează BERD, și în special de a spori capacitatea instituțiilor naționale relevante cu funcții de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice. Ideea manualului s-a născut în 2010 când BERD a realizat o evaluare regională a sectorului achizițiilor publice în cele 29 de țări în care opera la acel moment. Constatările evaluării regionale au scos la iveală numeroase aspecte legate în special de eficiența și eficacitatea procedurilor de soluționare a contestațiilor și remediere. O concluzie specifică trasă din evaluări a fost că, în timp ce ideea unei instituții dedicate cu funcție de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice nu este nouă în regiunea BERD, funcționarii numiți să lucreze în calitate de membri ai instituției de soluționare a contestațiilor nu posedau nivelele cerute de calificări și competențe juridice pentru organisme administrativ jurisdicționale. Astfel, dezvoltarea capacității autorităților competente este una dintre cele mai eficiente modalități de a îmbunătăți calitatea sistemelor naționale pentru achiziții publice.

Principalul obiectiv al acestui manual, Calificări și competențe juridice esențiale: un manual pentru membrii organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în sectorul achizițiilor publice - versiunea localizată pentru Republica Moldova, este, în primul rând, de a pune la dispoziția reprezentanților organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor asistență, îndrumări și orientare în procesul lor decizional în cazurile de soluționare în materia achizițiilor publice. Manualul este dedicat funcționarilor/reprezentanților oficiali, care au cunoștințe considerabile în materia achizițiilor dar care nu au o pregătire juridică.

Se concentrează asupra aspectelor procedurale ale contestațiilor în domeniul achizițiilor, asupra instrumentelor procedurale precum și asupra calificărilor și competențelor juridice esențiale care sunt necesare în activitatea zilnică. Manualul oferă îndrumări generale și informații și recomandări practice, în plus față de prezentarea mai multor studii de caz și exemple pentru a ilustra punctele principale și lecțiile învățate. În plus, manualul discută faptele și probele asupra cărora ar trebui să se concentreze funcționarii cu atribuții de soluționare a contestațiilor din cadrul organismelor jurisdicționale precum și drepturile și obligațiile funcționarilor organismelor jurisdicționale și participanților la procedurile de soluționare a contestațiilor. Manualul îi va ajuta pe funcționarii respectivi să înțeleagă mai bine principiile de bază ale echității procedurale și alte concepte esențiale pentru procedurile de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor.

Manualul se bazează pe standardele de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice promovate de Legea model privind achizițiile publice a UNCITRAL și Directiva UE privind căile de atac. De asemenea, a fost luată în considerare și Convenția Organizației Națiunilor Unite împotriva corupției (UNCAC). Totodată, a fost analizată buna practică a autorităților publice judiciare și cvasi-judiciare cu funcții de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice din diferite țări, inclusiv țările europene precum și țările ale căror sisteme judiciare sunt de tip "anglo-saxon" precum Australia, Noua Zeelandă, Canada și SUA. Deși practica autorităților judiciare și cvasi-judiciare din țările cu un sistem judiciar de tip "anglo-saxon" poate părea a fi foarte diferită de practica autorităților din țările de drept civil datorită sistemelor lor juridice diferite, principiile de bază ale procedurii și competențelor administrative care ar trebui aplicate în procesul decizional sunt, de asemenea, relevante. Aceste competențe, abordări ale procesului decizional și principiile aplicate în procedura administrativă sunt într-o mare măsură comune ambelor sisteme juridice. Reprezentanții oficiali relevanți sunt încurajați să revizuiască și să studieze conținutul acestui manual și să aplice abordările, procesele și metodele sugerate atunci când sunt implicați într-un proces de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice.

Manualul în prima sa versiune a fost întocmit în cadrul proiectelor de cooperare tehnică pentru creșterea capacității PTJ, realizate pentru BERD de White & Case, Bratislava, Republica Slovacă cu contribuția Agenției Federale de Achiziții a Austriei și a Camerei Naționale de Apel a Poloniei. Manualul a fost finanțat de Fondul de Cooperare Tehnică – BERD Republica Slovacă.

Versiunea actuală a manualului a fost localizată pentru Republica Moldova în 2017 și actualizată în 2021. Textul localizat oferă referințe și explicații la normele privind remediere în achizițiile publice din Republica Moldova. În plus, această versiune localizată include jurisprudența relevantă a Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor din Moldova. Acest Manual ia în considerare legislația moldovenească în vigoare până la 28.02.2021.

II Acronime

CE	Conformite Europeenne [Conformitate Europeană]
CE	Consiliul Europei
DSD	Direcția de Sănătate Districtuală
BERD	Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare
CE	Comisia Europeană
CEDO	Convenția Europeană a Drepturilor Omului
CJUE	Curtea de Justiție a Uniunii Europene
CGUE	Curtea Generală a Uniunii Europene
UE	Uniunea Europeană
AAG	Acordul pentru Achizițiile Governamentale
PTJ	Programul de tranziție judiciară
ETJ	Echipa de tranziție judiciară
MA	Ministerul Apărării
OCDE	Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică
MEDSE	Regiunea Mediteraneană de Sud și Est
SUA	Statele Unite ale Americii



III Definiții

Instituție

O instituție guvernată de legea publică înseamnă orice instituție: înființată în special cu scopul de a răspunde nevoilor de interes general și care nu are un caracter industrial sau comercial; care are o responsabilitate legală; și care este finanțată în cea mai mare măsură de către Stat, autoritățile regionale ori locale, sau alte instituții guvernate de dreptul public.

Secrete comerciale

Includ informații tehnice și operaționale care nu sunt cunoscute publicului, care pot aduce beneficii economice proprietarului drepturilor, care au aplicabilitate practică și în legătură cu care proprietarul drepturilor a luat măsuri pentru a le păstra confidențiale.

Concesiuni

Contracte în baza cărora plata lucrărilor sau serviciilor care urmează a fi realizate constă fie exclusiv în dreptul de a exploata lucrarea sau serviciul fie în acest drept de exploatare împreună cu plata.

Conflict de interese - real

Un conflict între datoria publică și interesele private ale unui funcționar public, în care funcționarul public are interese private care ar putea influența în mod inadecvat îndeplinirea obligațiilor și responsabilităților lor oficiale.

Conflict de interese - aparent

O situație în care se pare că interesele private ale unui funcționar public ar putea influența în mod inadecvat îndeplinirea obligațiilor sale, dar de fapt aceasta nu este realitatea.

Conflict de interese - potențial

O situație în care un funcționar public are interese private care sunt de așa natură încât ar apărea un conflict de interese dacă funcționarul respectiv ar deveni implicat în responsabilitățile oficiale (conflictuale) în viitor.

Autoritatea contractantă

Înseamnă Statul, autoritățile regionale sau locale, organismele guvernate de legea publică, asociațiile formate de una sau mai multe asemenea autorități sau unul sau mai multe astfel de organisme guvernate de legea publică, care organizează achizițiile publice.

Putere discreționară

Un drept de a acționa în anumite împrejurări și în anumite limite și conform unor principii, pe baza raționamentului și conștiinței unei persoane.

E-Achiziții

Utilizarea tehnologiei informațiilor (în special Internetul) de către autoritățile contractante în relațiile lor de achiziții cu furnizorii pentru achiziția de lucrări, bunuri și servicii de consultanță cerute de sectorul public.

Măsuri interimare

Când o instanță primește o cerere, aceasta poate decide că o entitate contractantă ar trebui să adopte anumite măsuri în mod temporar în timp ce instanța continuă examinarea cazului.

Ordin interimar

Un ordin emis până la emiterea altor instrucțiuni suplimentare.



Relevanță juridică

Calitatea probelor oferite a căror valoare probatorie prevalează față de efectul lor advers.

Relevanță logică

Relația dintre dovezile oferite și situația de fapt care sugerează că în urma unor asemenea dovezi, cazul este mai mult sau mai puțin public.

Echitate procedurală

Dreptul de a fi audiat, de a avea acces la toate procedurile și de a prezenta probe.

Economia de proces

Acele activități, acțiuni și operațiuni care implică producția și vânzarea de bunuri și servicii care afectează producerea, dezvoltarea și gestionarea bunăstării materiale.

Achizițiile publice

Procesul prin care autoritățile contractante dobândesc bunuri, servicii și lucrări de la terți.

Soluționarea contestațiilor în materia achizițiilor publice

Proceduri destinate a garanta remedii eficace pentru contestații în achizițiile publice.

Captura Statului

Eforturile firmelor de a contura legile, politicile și regulamentele Statului în propriul lor avantaj prin oferirea de câștiguri private ilicite funcționarilor publici.

Organism juridicțional

Un organism în afara ierarhiei instanțelor, cu funcții administrative sau judiciare, responsabil de soluționarea contestațiilor și dispunerea măsurilor de remediere.

Funcționarii organismului juridicțional

Membrii și personalul organismului juridicțional.

Utilități

O utilitate publică este o entitate care asigură o necesitate zilnică publicului larg.

Utilitățile publice furnizează apă, electricitate, gaz natural, servicii de telefonie și alte servicii esențiale și pot fi deținute public sau privat.



Introducere

1.1 Prezentare generală

De o perioadă de câțiva ani, Echipa de tranziție judiciară a BERD (ETJ)- unitatea Băncii dedicată reformei dreptului comercial lucrează pentru a îmbunătăți capacitatea tuturor părților interesate pentru a trata în mod eficient chestiunile de drept comercial în țările în care activează Banca. BERD realizează această importantă activitate prin intermediul Programului său de tranziție judiciară (PTJ). PTJ și-a asumat un rol activ în dezvoltarea experienței și promovarea utilizării unor noi metode și tehnici în reforma judiciară pentru a împărtăși cu țările în tranziție buna practică internațională și a le comunica cerințele investitorilor internaționali.

Unul dintre principalele obiective ale ETJ este de a acorda asistență țărilor în care activează BERD în vederea unei tranziții eficiente la economiile de piață. PTJ, prin inițiativele sale, realizează acest obiectiv prin îmbunătățirea climatului de afaceri în statele în care activează Banca. Unul din obiective este acela de a îmbunătăți capacitatea tuturor părților interesate de a trata în mod eficient chestiunile de drept comercial.

Motivul pentru acest obiectiv este acela că o soluționare predictibilă, transparentă și eficientă a disputelor comerciale este critică pentru creșterea democrației, dezvoltarea unor economii de piață, crearea unui climat investițional robust și promovarea dezvoltării și creșterii economice – principiile de bază ale tranziției sociale și economice.

Cadru legal privind achizițiile publice reglementează interacțiunea dintre achizitorii din sectorul public și piață. Deci, cadrul legal privind achizițiile publice ar trebui să stabilească modul în care puterea de cumpărare a guvernului este exercitată asupra întreprinderilor din sectorul privat, public și sectoare terțe. Având în vedere că achizițiile publice constituie o activitate economică majoră pentru toate guvernele, reglementarea achizițiilor publice reprezintă o completare esențială la legislația privind finanțele publice și o componentă majoră a legilor comerciale ale unei țări.

În unele cazuri, disputele de natură comercială nu sunt audiate de instanțe, ci sunt audiate de



organisme specializate. Acesta este deseori cazul în care organisme jurisdicționale speciale de soluționare a contestațiilor sau autorități competente sunt înființate pentru a fi responsabile de audierea contestațiilor și adoptarea deciziilor legate de achizițiile publice.

Cu toate acestea, eficiența și capacitatea organismelor jurisdicționale în materia achizițiilor publice și a autorităților competente din țările în tranziție au fost dezbătute și puse în discuție de o serie de observatori și comentatori. Acest manual urmărește să încurajeze funcționarii (membrii și personalul) din cadrul organismelor jurisdicționale în materia achizițiilor publice și al autorităților competente din țările în tranziție să examineze eficiența audierilor contestațiilor aferente achizițiilor publice și să evalueze capacitatea de asumare și executare a unor proceduri de soluționare a contestațiilor și reparare a prejudiciului la nivel național.

1.2 Evaluarea achizițiilor publice

Banca a realizat prima sa analiză a sectorului de achiziții publice în țările în care activează BERD în 2010. În urma prelungirii mandatului Băncii în 2012, BERD a finalizat o a doua evaluare a legii achizițiilor publice în patru țări în care activează în regiunea mediteraneană de sud și est (SEMED). De asemenea, în perioada 2011-2012, Inițiativa BERD-UNCITRAL privind achizițiile publice a efectuat o serie de analize și evaluări ale nivelului de conformitate a legislației și a reglementării în achizițiile publice din șapte țări,

selectate în conformitate cu noua lege model a UNCITRAL.¹ Constatările rezultate în urma ambelor analize au evidențiat numeroase aspecte referitoare la procesele de achiziții publice și în mod deosebit la procedurile de soluționare a contestațiilor și de reparare a prejudiciului.

Evaluările au avut drept scop prezentarea unui cadru de referință cuprinzător al sectorului de achiziții publice, pornind de la o analiză a ariei de acoperire a legislației naționale în materia achizițiilor publice ("legea în teorie"), combinată cu o analiză a eficienței practicii locale în domeniul achizițiilor publice ("legea în practică").

Această evaluare a fost realizată pentru a se identifica elementele de lege și practică ce reduc eficiența achizițiilor publice, și a inclus o analiză juridică a unei situații tipice de soluționare a contestațiilor și reparare a prejudiciului care a rezultat din comportamentul interzis al unei autorități contractante.

1.3 Respectarea legislației

În achizițiile publice, guvernul își exercită puterea sa de cumpărare asupra furnizorilor și contractanților săi. În țările în tranziție, guvernul este deseori cel mai mare cumpărător de pe piața locală. În consecință, dinamica puterilor în cadrul procesului de achiziții publice este inerent inegală. Pentru a aborda acest dezechilibru, legislația privind achizițiile publice trebuie să fie clară și ușor de aplicat. Prin urmare, este important ca procedurile performante de soluționare a contestațiilor și reparare a prejudiciului să constituie un factor cheie în asigurarea unui sistem de achiziții publice eficient și eficace care să ofere:

- un bun raport calitate preț pentru contractele publice;
- legalitatea deciziilor de achiziție adoptate de guvern;
- o largă participare privată în procesul de contractare de către guvern;
- o piață nedistorsionată.

Caracterul executoriu în achizițiile publice, astfel cum este definit de Principiile de bază ale BERD are două dimensiuni principale, respectiv:

- evaluarea respectării reglementărilor în domeniul achizițiilor publice. Aceasta implică controlul, monitorizarea și auditarea modului în care sistemul funcționează în practică;
- aplicarea măsurilor corective necesare. Aceasta implică acțiuni de remediere.

De-a lungul timpului, guvernele au abordat problema pusă de punerea în aplicare a achizițiilor publice printr-o administrare fiscală generală, care implica monitorizarea și auditarea procedurilor. În cazurile în care în urma unui audit era identificată post-factum o abatere gravă a funcționarului responsabil cu achizițiile din cadrul unei entități publice, legislația permitea contractorului prejudiciat să depună o cerere de reparare a prejudiciului la o instanță civilă. Anterior, nu existau nici un fel de proceduri de executare disponibile pentru a aborda problemele în timp ce achizițiile erau în desfășurare.

¹ Vezi în continuare www.ppi-ebrd-uncitral.com

Recent, guvernele folosesc în mai mare măsură remediile corective înainte de semnarea contractelor publice. Decidenții recunosc beneficiile acestui demers din punct de vedere al concurenței loiale și al raportului calitate preț. Echipa de tranziție judiciară sprijină aceste eforturi prin intermediul PTJ și este convinsă că un mecanism dedicat de punere în aplicare – inclusiv acțiuni robuste de remediere – ar trebui să reprezinte o caracteristică centrală a fiecărui sistem de achiziții publice.

1.4 Autorități care stabilesc remedii juridice

Conceptul de remedii juridice se referă la măsurile legale care pot rectifica presupusele defecte sau neregularități într-un proces de achiziții publice în timp ce acesta este în desfășurare. Remediile juridice permit menținerea integrității licitației publice și ar trebui să fie distincte față de repararea prejudiciului. Repararea prejudiciului are loc acolo unde neregularitatea în procesul de achiziții publice nu este remediată, dar este acordată părții prejudiciate în locul rectificării neregularității, odată ce procesul de licitare s-a încheiat. Mai recent, repararea prejudiciului este văzută mai mult ca un remediu de ultimă instanță, o recunoaștere a faptului că sistemul de achiziții publice nu a funcționat corect. Din perspectiva furnizorului, asemenea remedii juridice sunt deseori considerate drept suboptimale, având în vedere că quantumul acordat pentru repararea prejudiciului tinde să fie modest comparativ cu valoarea majorității contractelor publice. Prin urmare, un sistem de remedii juridice care oferă posibilitatea întreruperii sau anulării procesului de achiziție ar fi binevenit dar va veni la un preț ridicat. Dificultatea pe care o întâmpină guvernele este de a realiza un echilibru între remedii juridice eficiente și avantajele care decurg pentru a permite procesului de achiziții publice să se deruleze rapid spre finalizare.

1.5 Organul jurisdicțional care soluționează contestațiile în cadrul procedurilor de achiziție publică în Republica Moldova.

Organul jurisdicțional care soluționează contestațiile formulate în cadrul procedurilor de achiziție publică este Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor (în continuare ANSC). Activitatea și competențele acesteia sunt reglementate de Legea nr. 131 din 03.07.2015 privind achizițiile publice² (în continuare Legea privind achizițiile publice) art. 80-86, Legea nr. 121 din 05.07.2018 cu privire la concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii³ art. 37-43, și Hotărârea Parlamentului nr. 271 din 15.12.2016 cu privire la instituirea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor (Regulamentul ANSC).⁴

În conformitate cu art. 80 al Legii privind achizițiile publice, Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor este o autoritate publică autonomă și independentă față de alte autorități publice, față de persoane fizice și juridice, care examinează contestațiile formulate în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Potrivit art. 81, alin.(1) al Legii privind achizițiile publice aceasta are în componența sa șapte consilieri pentru soluționarea contestațiilor (în continuare – consilieri), inclusiv directorul general și directorul general adjunct, care au statut de persoane cu funcții de demnitate publică. Directorul general, directorul general adjunct, precum și ceilalți consilieri sunt numiți de către Parlament cu votul majorității deputaților prezenți, la propunerea Comisiei economie, buget și finanțe a Parlamentului, pe un termen de 7 ani, fără posibilitatea reînnoirii mandatului.

Personalul ANSC este constituit și din personal de specialitate ce cade sub incidența Legii nr. 158-XVI din 4 iulie 2008 cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public, precum și din personal tehnic de

² Legea privind achizițiile publice. Nr.131 din 03.07.2015. În Monitorul Oficial, 31.07.2015, nr.197-205.

³ Legea nr. 121 din 05.07.2018 cu privire la concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, Monitorul Oficial Nr. 309-320 din 17.08.2018, art: 470, Data intrării în vigoare : 17.02.2019

⁴ Hotărârea Parlamentului cu privire la instituirea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor. Nr.271 din 15.12.2016. În Monitorul Oficial, 30.12.2016, nr.965.

deservire și alți salariați angajați pe bază de contract individual de muncă, ce cad sub incidența dispozițiilor legislației muncii. De asemenea, în cadrul ANSC funcționează Colegiul ANSC. Acesta este un organ format din consilierii de soluționare a contestațiilor, care se reunesc semestrial sau ori de câte ori este necesar în vederea realizării unui cadru unitar în luarea unor decizii importante ale ANSC care vizează activități programatice, strategii de soluționare a contestațiilor, metodologii și proceduri de soluționare a acestora. Regulamentul de funcționare a Colegiului se aprobă de către directorul său general (p. 30 Regulamentul ANSC).

Pe lângă actele normative care reglementează nemijlocit activitatea ANSC este necesar de menționat și Codul Administrativ al Republicii Moldova care a intrat în vigoare la data de 1 aprilie 2019 și care se aplică și activității ANSC. Din păcate, nu există o armonizare între prevederile codului menționat și actele normative care reglementează nemijlocit activitatea ANSC, ceea ce în practică generează controverse. Actualmente, anume ANSC îi revine rolul de armonizare a prevederilor în activitatea de soluționare a litigiilor, adică atunci când soluționează litigiile va trebui să țină cont nu numai de actele care nemijlocit se referă la activitatea acesteia dar și de Codul Administrativ. În caz de incoerențe între acte, organismul jurisdicțional va aplica Legea nr. 100/2017 cu privire la actele normative ("Legea cu privire la actele normative"), care stabilește prevederile cu privire la conflictul de norme. În acest sens, art. 7 (3) din Legea cu privire la actele normative prevede că dacă între două acte normative cu aceeași forță juridică apare un conflict de norme, se aplică prevederile ultimului act normativ. Totuși, întotdeauna vor prevala normele juridice speciale și derogatorii, în conformitate cu art. 5 (3) și (4) din Legea cu privire la actele normative. Deși la prima vedere aceste prevederi par a fi foarte simple, în practică este dificil de determinat natura generală sau specială a actului normative.

1.6 Manualul

Scopul acestui manual este de a oferi funcționarilor din cadrul organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor îndrumări referitoare la procesul decizional atunci când preiau cazuri de soluționare a contestațiilor și redactează decizii. Manualul se concentrează asupra etapelor procedurale, asupra actelor procedurale și asupra calificărilor și competențelor juridice esențiale care ar trebui aplicate de către reprezentanții oficiali și inspectori în activitatea lor zilnică din cadrul organismului jurisdicțional.

Manualul oferă consiliere generală, informații practice, recomandări și studii de caz care ar trebui să îi ajute pe funcționari să înțeleagă mai bine principiile de bază ale procedurilor de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor. În plus, manualul identifică faptele și probele asupra cărora ar trebui să se concentreze funcționarii organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor și drepturile și obligațiile organismului jurisdicțional și participanților la proceduri.



Manualul se bazează pe bunele practici ale autorităților cvasi-judiciare și judiciare din diferite țări, inclusiv din țările europene, precum și din statele de drept anglo-saxon, mai precis Australia, Noua Zeelandă, Canada și Statele Unite ale Americii (SUA). Deși practica autorităților cvasi-judiciare și judiciare din statele de drept anglo-saxon poate părea a fi foarte diferită față de practica autorităților din statele de drept civil – datorită sistemelor lor juridice diferite - principiile de procedură administrativă fundamentale și de bază și competențele pe care decidenții ar trebui să le aplice în procesul decizional sunt extrem de relevante. Aceste competențe și abordări ale procesului decizional și principiile aplicate în procedura administrativă sunt comune ambelor sisteme juridice.

Evident, informația va fi prezentată în paralel cu prevederile naționale din domeniu, astfel încât funcționarii cărora le este adresat manualul să conștientizeze similitudinile și diferențele de reglementare dintre diferite sisteme de drept și țări și să preia bunele practici în activitatea lor, mai ales când legea este deficitară, echivocă sau în general nu reglementează aspectul. Funcționarii ar trebui să asimileze conținutul acestui manual și să aplice abordările, procesele, metodele și interpretările sugerate atunci când efectuează proceduri de soluționare a contestațiilor. Cu toate acestea, recomandările prezentate nu sunt exhaustive și nu reprezintă singurele alternative posibile. Prin urmare, aceștia ar trebui să își fundamenteze recomandările prezentate și să își folosească propriul lor raționament, cunoștințele, bunul simț și experiența atunci când adoptă decizii cu privire la cazurile organismului jurisdicțional.

1.7 Structura

Manualul este prezentat în 8 capitole.

Acest capitol a servit drept introducere la manual și stabilește cadrul pentru ceea ce urmează.

Capitolul 2 discută principalele principii ale echității procedurale și audierilor orale, și descrie regulile privind echitatea procedurală și aplicarea acestora în procedurile de soluționare a contestațiilor.

Capitolul 3 subliniază anumite aspecte referitoare la tipurile de conflicte de interese care pot interveni în cazul membrilor organismelor jurisdicționale și propune acțiuni care pot fi întreprinse pentru evitarea sau diminuarea acestora. Sunt prezentate câteva studii de caz care oferă informații practice în legătură cu abordarea curentă a aspectelor legate de conflictele de interese.

Capitolul 4 abordează tipurile de probe pe care un organism jurisdicțional le poate folosi în practică și discută procedurile și metodele de obținere a probelor, inclusiv sarcina probei, evaluarea probelor, admisibilitatea și forța probantă.

Capitolul 5 examinează protecția informațiilor confidențiale și metodele folosite pentru a stabili informațiile care sunt confidențiale și în special utilizarea testului de confidențialitate. Sunt analizate tipurile de informații confidențiale și neconfidențiale, accesul la informațiile confidențiale și securitatea acestora. În sfârșit, mai multe studii de caz aplică testul de confidențialitate la o serie de scenarii practice de achiziții publice.

Capitolul 6 se concentrează asupra tipurilor de remedii juridice care sunt disponibile organismelor jurisdicționale. Este prezentată o descriere a scopului remediilor juridice individuale și a situațiilor în care se folosesc anumite remedii juridice.

Capitolul 7 analizează situațiile în care membrii organismelor jurisdicționale pot aplica puterea discreționară și factorii și etapele de bază ce trebuie analizate în exercitarea puterii discreționare.

În sfârșit, **Capitolul 8** introduce câteva abordări privind redactarea deciziilor. Sunt dezbătute structura deciziei, utilizarea titlurilor, a stilurilor de scris și metodelor de revizuire a proiectelor de decizii.

În sfârșit, **Capitolul 8** introduce câteva abordări privind redactarea deciziilor. Sunt dezbătute structura deciziei, utilizarea titlurilor, a stilurilor de scris și metodelor de revizuire a proiectelor de decizii.

Capitolul 2

Echitate procedurală și audieri orale

2.1 Prezentare generală

Dreptul de a participa în procedura de contestare trebuie să fie garantată fiecărui operator economic care participă în cadrul procedurii de achiziții la care se referă contestația și fiecărei autorități publice a căror interese sunt sau pot fi afectate.

Aplicarea echității procedurale ar trebui să aibă o importanță fundamentală pentru toți membrii organismelor jurisdicționale în îndeplinirea obligațiilor lor. Principiile echității procedurale asigură că toate părțile care participă la proceduri au o oportunitate credibilă de a-i convinge pe membrii organismelor jurisdicționale de poziția lor și de a-și asigura rezultatul dorit cu privire la cazul respectiv. Prin urmare, aplicarea principiilor echității procedurale reprezintă fundamentul pe care ar trebui să se bazeze toate organismele jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice.

Acest capitol discută principiile echității procedurale și aplicarea acestora la procedurile de soluționare a contestațiilor de către organismul jurisdicțional. Capitolul începe prin definirea și discutarea echității procedurale, enumerarea și examinarea categoriilor principale de drepturi referitoare la echitatea procedurală și, prin extensie, audierile orale. Fiecare din aceste categorii principale de drepturi este examinată în detaliu, alături de scenarii prezentate pentru a include categoriile de echitate procedurală în contextul procedurilor de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice. În general, procedurile de achiziții au un obiectiv – încheierea unui contract. Procedurile de achiziții sunt proceduri pre-contractuale înțelese ca 'drepturi și obligații civile' în Articolul 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului ("CEDO").^{5,6}

CEDO este parte a cadrului legal care tratează disputele legate de procedurile de achiziție și este discutat în termeni generali în acest capitol în legătură cu echitatea procedurală și audierile orale, și în mod specific în legătură cu drepturile guvernate de echitatea procedurală.

De asemenea, pentru a crea o viziune generalizată asupra procedurii de soluționare și examinare a contestațiilor de către ANSC, vom începe cu o prezentare scurtă a acesteia.

2.2 Ce este echitatea procedurală ?

Echitatea procedurală (sau dreptul la un proces echitabil) poate fi definită ca dreptul unei părți de a fi audiată și a prezenta argumente în cadrul procedurilor de soluționare a contestațiilor. Principiile echității procedurale aplicate în procedura de soluționare ar trebui să asigure că atât contestatorul cât și autoritatea contractantă au posibilitatea reală și egală de a influența organismul jurisdicțional.

Un organism jurisdicțional este un organism administrativ căruia i se aplică obligațiile de echitate procedurală. Având în vedere că organismul jurisdicțional decide asupra drepturilor și obligațiilor părților care participă la procedurile de soluționare a contestațiilor, este important să se recunoască faptul că membrii organismelor jurisdicționale îndeplinesc un rol cvasi-judiciar și, prin urmare, membrii organismelor

⁵ Decizia CJUE din 14 februarie 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008, p. I-581) paragraf 44 ff.

⁶ Articolul 2 paragraf 8 Directiva privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac, Articolul 2 paragraf 9 Directiva privind coordonarea actelor cu putere de lege și 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, și Articolul 56 paragraf 9 Directiva 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 prevăd că trebuie să fie posibil să poată face obiectul controlului judiciar sau controlului de către un alt organ cu competențe de instanță judecătorească sau organism jurisdicțional în înțelesul Articolului 267 TFEU, care presupune că obiectul cazului este un drept civil

jurisdicționale ar trebui să se considere drept decidenți independenți mai degrabă decât doar administratori ai procesului de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor. Articolul 6 din CEDO cere ca organismul juridic să fie independent, imparțial și instituit de lege. Aceasta implică poziția și atitudinea organismului juridic și a membrilor săi.

2.3 Care drepturi cad sub incidența echității procedurale?

CEDO și jurisprudența sa relevantă sunt considerate a fi standardul de bază pentru drepturile procesuale ale părților la procedurile juridice. Articolul 6 din CEDO prevede că *“orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege”*.⁷ Jurisprudența relevantă pentru Articolul 6 din CEDO definește echitatea procedurală drept o combinație a următoarelor drepturi:

- dreptul la audiere publică (cu excepția cazului în care apar anumite circumstanțe excepționale);
- dreptul de a fi audiat în termen rezonabil;
- dreptul de a fi audiat de către un organism juridic independent și imparțial;
- dreptul la o audiere echitabilă. Acesta include: dreptul de acces la o instanță, dreptul de a fi prezent la proceduri, dreptul la principiul egalității armelor, dreptul la procedura contradictorie și dreptul la o decizie motivată.⁸

Următoarele 11 sub-secțiuni discută fiecare din aceste drepturi ale echității procedurale.

2.3.1 Dreptul de a fi audiat

Ce ține de datoria de echitate față de contestator, organismul juridic trebuie, de asemenea, să asigure că autoritatea contractantă și alte persoane care pot fi afectate de decizie beneficiază de o posibilitate adecvată de a-și prezenta cazul în cadrul unei audieri orale. Aceasta include dreptul de a face declarații orale și scrise în cadrul audierii orale.

La nivel european, în contextul achizițiilor publice audierea orală constă de obicei din depunerea de către contestator a unui material scris la organismul juridic și la autoritatea contractantă. În urma primirii contestației, autoritatea contractantă ar trebui să transmită organismului juridic declarația sa, care ar trebui să abordeze subiectul contestației. În plus, autoritatea contractantă va supune achiziția atenției organismului juridic. Audierea scrisă oferă contestatorului dreptul de a primi răspunsului autorității contractante la contestația sa și a comenta asupra acesteia în termenul stabilit. Același drept se aplică și celorlalte părți care participă la procedură. De exemplu, ofertantului numit pentru a i se atribui contractul, care are deja o poziție protejată legal.

Multe organisme juridice în materia achizițiilor publice nu oferă contestatorului dreptul de a comenta asupra declarațiilor autorității contractante. Aceasta se datorează în principal celerității procesului și importanței respectării termenilor scurți în procesul de achiziție. Cu toate acestea, unele state – de exemplu Austria și Germania - asigură audieri orale care permit contestatorului să se expună cu privire la toate declarațiile autorității contractante în fața organismului juridic.

Ce ține de audierea orală, menționăm că aceasta trebuie să fie deschisă publicului. Audierea publică reprezintă o caracteristică esențială a dreptului la un proces echitabil. Publicul poate fi exclus de la audiere numai în interesul ordinii publice ori al securității naționale sau atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată absolut necesară de către instanță când, în împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției.

⁷ Conform jurisprudenței CEDO, procedurile administrative cad sub incidența regimului Articolului 6.

⁸ Pregătit pe baza Dreptului la un proces echitabil; Ghid privind punerea în aplicare a Articolului 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Manual privind drepturile omului nr. 3, 2006

În conformitate cu Legea privind achizițiile publice, art.85, alin.(12), părțile pot depune concluzii scrise pe durata procedurii. De asemenea, părțile pot solicita să depună oral concluzii în fața Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor, fără ca prin aceasta să fie afectate termenele pentru examinarea contestațiilor prevăzute de art. 85, alin.(17) din Legea privind achizițiile publice. În conformitate cu art.44, alin.(3) Cod Administrativ, ANSC este obligată să informeze autoritatea contractantă despre contestația depusă cerând poziția autorității contractante asupra acesteia. Potrivit art.85, alin.(3) Legea privind achizițiile publice, autoritatea contractantă va avea obligația să transmită explicațiile corespunzătoare în termen de 5 zile de la data primirii solicitării. Aceste explicații vor fi aduse la cunoștința contestatorului și a altor persoane interesate care pot fi afectate de procedura administrativă și care pot prezenta replică. Acest lucru corespunde art. 84, alin. (3) Legea privind achizițiile publice și p.34 din Regulamentul ANSC, care prevăd că procedura de examinare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare.

În final, conform în art.79, alin.(6) Legea privind achizițiile publice, ANSC va organiza **ședințe deschise** pentru examinarea contestațiilor și va asigura publicarea pe pagina web a informației privind data și locul desfășurării ședințelor cu 3 zile lucrătoare înainte de data la care acestea vor avea loc.

2.3.2 Dreptul de a fi informat

Fiecare parte ar trebui să aibă dreptul de a fi informată asupra audierilor ce urmează a se ține și asupra derulării procedurilor pentru a-și pregăti în mod corespunzător apărarea sau a avea acces la dosare pentru a se familiariza cu declarațiile celeilalte părți.

La nivel european, se consideră că dreptul de a fi informat va fi respectat dacă organismul jurisdicțional:

- organizează o audiere orală cu prezența tuturor părților care au un interes în rezultatul procesului de soluționare a contestațiilor;
- organizează o audiere orală cel puțin în prezența atât a contestatorului cât și a autorității contractante;
- asigură ambelor părți dreptul de acces la dosarul procedurilor de soluționare a contestațiilor.

Dacă are loc audierea orală, contestatorul și autoritatea contractantă ar trebui să aibă dreptul de a participa la întregul proces de audiere pentru a se asigura posibilitatea de a răspunde la toate probele și argumentele aduse de cealaltă parte. Organismul jurisdicțional poate finaliza procedura de soluționare după audierea orală dacă rezultatul / rezultatele acesteia sugerează că nu se vor mai aduce noi argumente sau probe.

În Republic of Moldova, în conformitate cu art.70 Cod Administrativ dacă inițiază o procedură administrativă, autoritatea publică informează în scris participanții despre aceasta în decursul unui termen rezonabil.Potrivit p.52 din Regulamentul ANSC, cu cel puțin 3 zile lucrătoare înainte de data la care va avea loc ședința, ANSC va trimite invitații de participare autorității contractante și contestatorului, care au obligația de a participa și a-și expune argumentele întru susținerea deciziei sau punctului de vedere propriu.

De asemenea, în conformitate cu art.83 Cod Administrativ, ANSC va acorda participanților la procedură acces la dosarul administrativ. Accesul la dosarul administrativ nu este permis în cazul în care prin aceasta se afectează îndeplinirea regulamentară a sarcinilor autorității publice sau în cazul în care se urmărește protejarea unui secret ocrotit de lege ori există necesitatea protecției drepturilor participanților la procedura administrativă sau ale terților. În cadrul accesului la dosar participanții își pot face notițe sau copii de pe dosar.

2.3.3 Dreptul la reprezentare

Contestatorul și autoritatea contractantă au dreptul să își prezinte cazul sau ca acesta să fie prezentat în procedurile de soluționare a contestațiilor de către un avocat sau un alt reprezentant la alegerea lor. Cu toate acestea, stabilirea persoanei care are dreptul de a acționa în calitate de reprezentant depinde de legislația națională. Organismul jurisdicțional nu poate impune nici un fel de restricții asupra dreptului părților la reprezentare decât dacă se prevede altfel prin lege.

Datoria de a se prezenta cu un reprezentant legal ar putea fi restrictivă, dar poate fi justificată în cazuri complexe. În general, achizițiile publice implică mari sume de bani și resurse, și deseori necesită abordarea unor probleme legale complexe. Prin urmare, este posibil să fie necesară reprezentarea de către consultanți juridici.

Având în vedere prevederile art.85, alin.(12) din Legea privind achizițiile publice și p. 50 Regulamentul ANSC, în coroborare cu prevederile art. 45 din Codul Administrativ, ANSC a stabilit că reprezentarea în fața ANSC poate avea loc atât prin intermediul avocaților cât și prin altor reprezentanți împuterniciți în mod corespunzător.

2.3.4 Dreptul de a prezenta și contesta probele

Scopul dreptului de a solicita probe este acela de a stabili faptele cauzei. Numai după ce faptele sunt clare, este posibil să se stabilească modul în care se va aplica legea la aceste fapte. Un corolar al dreptului de a solicita probe este că organismul jurisdicțional ar trebui să dispună de un mecanism adecvat pe care o parte să îl poată utiliza pentru a cere altor persoane care dețin informații relevante să le prezinte părții sau organismului jurisdicțional.⁹ Acesta exprimă principiul conform căruia partea care 'deține' probe este obligată să le prezinte organismului jurisdicțional dacă este necesar pentru a dovedi faptele cauzei.

Legislația moldovenească în domeniu corespunde acestor rigori or în conformitate cu art.85, alin.(1) al Legii privind achizițiile publice și p.46 din Regulamentul ANSC, în vederea soluționării contestației ANSC are dreptul de a solicita lămuriri părților, de a administra probe și de a solicita orice alte date/documente în măsura în care acestea sunt relevante în raport cu obiectul contestației. De asemenea, are dreptul de a solicita orice date necesare pentru soluționarea contestației și de la alte persoane fizice sau juridice, acestea având obligația de a le prezenta în termenul solicitat. În același timp, potrivit alin.(3) al aceluiași articol, autoritatea contractantă are obligația de a răspunde la orice solicitare a Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor și de a-i transmite acesteia orice alte documente [...], care prezintă relevanță pentru soluționarea contestației, într-un termen care nu poate depăși 5 zile lucrătoare de la data primirii solicitării.

Părțile au dreptul să prezinte orice probe care pot dovedi cauza lor în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor. Este responsabilitatea organismului jurisdicțional să aprecieze și să evalueze orice probe depuse de către părți și de a decide dacă acestea ajută la stabilirea faptelor de bază ale cazului, sau dacă sunt necesare probe suplimentare.

Fiecare parte ar trebui, de asemenea, să aibă dreptul să conteste dovezile depuse de cealaltă parte și să răspundă în fața probelor care sunt nefavorabile pretențiilor sale. În procedurile de soluționare a contestațiilor, autorității contractante i se pune la dispoziție contestația, și prin urmare înțelege în mod rezonabil argumentele contestatorului și poate contesta poziția acestuia. Pe de altă parte, contestatorului i se pune la dispoziție doar documentația de licitație sau decizia autorității contractante – care constituie baza pentru contestația acestuia. Cu toate acestea, având în vedere că autoritatea contractantă poate prezenta noi argumente în răspunsul său la contestație, contestatorul este privat de dreptul deplin de a contesta probele autorității contractante, exceptând dacă are dreptul să răspundă la aceste argumente și să ceară prezentarea tuturor probelor. Legislația privind achizițiile publice din unele state membre UE limitează dreptul contestatorului de a contesta răspunsul autorității contractante.

⁹ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p. 46. (Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor din Ontario)

Ce ține de Republica Moldova, după cum s-a menționat în paragraful 2.3.1, există bază legală care permite contestatorului să conteste cele invocate de autoritatea contractantă.

2.3.5 Dreptul la o decizie motivată

Toate părțile au dreptul să fie informate asupra motivelor care stau la baza deciziei organismului jurisdicțional. Părțile trebuie să poată înțelege temeiul în baza căruia organismul jurisdicțional a luat decizia respectivă. În cauza *Albina v. România*¹⁰ Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reiterat că dreptul la un proces echitabil, garantat de art. 6.1 din Convenție, include printre altele dreptul părților de a prezenta observațiile pe care le consideră pertinente pentru cauza lor. Întrucât Convenția nu are drept scop garantarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci drepturi concrete și efective, acest drept nu poate fi considerat efectiv decât dacă aceste observații sunt în mod real "ascultate", adică în mod corect examinate de către instanța sesizată. Altfel spus, art. 6 implică mai ales în sarcina "instanței" obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și al elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța.

De asemenea, conform art.6 ECHR, organele jurisdicționale, instanțele de judecată trebuie să își motiveze deciziile pentru a permite exercitarea efectivă a dreptului la apel și pentru a nu lăsa părțile într-o stare de incertitudine sau pentru a nu crea impresia că acestea nu au fost auzite; decizia trebuie să îndeplinească toate cerințele stabilite de lege, să fie înțelese în mod clar de către părți și să răspundă ferm la toate solicitările și obiecțiile prezentate.

Literatura de specialitate în domeniul juridic sugerează că o decizie bine motivată minimizează riscul ca o decizie să fie contestată ulterior la o instanță superioară.

Din prevederile art.86, alin.(8) ale Legii privind achizițiile publice, reiese cert că decizia ANSC trebuie să fie motivată. Codul Administrativ introduce prevederi mai consistente în acest sens.

În conformitate cu art.118 Cod Administrativ motivarea este operațiunea administrativă prin care se expun considerentele care justifică emiterea unui act administrativ individual. În motivare se indică temeiurile esențiale de drept și de fapt pe care le-a luat în considerare ANSC pentru decizia sa.

Din motivarea deciziilor discreționare trebuie să poată fi recunoscute și punctele de vedere din care ANSC a reieșit la exercitarea dreptului discreționar. Motivarea trebuie să se refere și la argumentele expuse în cadrul audierii.

Motivarea completă a unui act administrativ individual cuprinde:

- (a) motivarea în drept – temeiul legal pentru emiterea actului administrativ, inclusiv formele procedurale obligatorii pe care se bazează actul;
- (b) motivarea în fapt – oportunitatea emiterii actului administrativ, inclusiv modul de exercitare a dreptului discreționar, dacă este cazul;
- (c) în cazul actelor administrative defavorabile – o descriere succintă a procedurii administrative care a stat la baza emiterii actului: investigații, probe, audieri, opinii ale participanților contrare conținutului final al actului etc.

¹⁰ Jurisprudența CtEDO, *Albina vs România*, Hotărârea din 28 aprilie 2005.

Astfel, legislația Republicii Moldova este conformă cu standardele CEDO în acest sens.

În conformitate cu art.118, alin.(3) Cod Administrativ motivarea completă este obligatorie, este parte integrantă a actului administrativ individual și condiționează legalitatea acestuia. În același timp, în conformitate cu art.123, alin.(1) Cod Administrativ o încălcare a prevederilor de formă și procedură, care nu duce la nulitatea actului administrativ individual, este neînsemnată atunci când motivarea necesară se recuperează ulterior de către autoritatea publică. Aceasta poate fi recuperată pînă la finalizarea dezbaterilor judiciare în prima instanță.

2.3.6 Dreptul la legea în vigoare

Membrii organismelor jurisdicționale trebuie să respecte legea în vigoare și să o aplice în mod consecvent în fiecare caz în parte. Aceasta este principala datorie a membrilor organismelor jurisdicționale. Organismul jurisdicțional trebuie să aplice legea în conformitate cu principiile de bază ale achizițiilor publice care printre altele includ:

- tratament egal, imparțialitate, nediscriminare în privința tuturor ofertanților și operatorilor economici (art.7, lit. h), Legea privind achizițiile publice);
- transparența procedurilor de achiziție (art.7, lit. b), Legea privind achizițiile publice);
- eficiența și economia achiziției, utilizarea eficientă a banilor publici și minimizarea riscurilor autorităților contractante (art.7, lit. a), Legea privind achizițiile publice).

În plus, procedura de soluționare trebuie să fie rapidă, eficientă și adecvată. În acest sens, Legea privind achizițiile publice prevede în art.85, alin.(17) că ANSC are obligația de a soluționa în fond contestația în termen de 20 de zile lucrătoare de la data primirii contestației, [..]. În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit o singură dată cu 10 zile. Organismul jurisdicțional ar trebui, de asemenea, să țină cont de scopul general al achizițiilor publice, care urmărește să crească raportul calitate-preț atunci când este cheltuit banul public, să promoveze o concurență deschisă și efectivă, responsabilizare și un proces echitabil.

Cu toate acestea, organismul jurisdicțional nu ar trebui să înceapă procedurile de soluționare a contestațiilor dacă documentele depuse sunt incomplete, sau dacă o altă deficiență tehnică a contestației nu îi permite organismului jurisdicțional să procedeze astfel. Buna practică în anumite state asigură contestatorului dreptul de a fi informat de către organismul jurisdicțional în legătură cu existența unor asemenea deficiențe oferindu-i-se posibilitatea de a le corecta în cadrul unui anumit termen.¹¹

Reieșind din principiile care stau la baza procedurii de achiziții publice, contestatorilor ar trebui să li se asigure dreptul la o decizie în toate cazurile, indiferent dacă aceasta este o decizie asupra fondului cauzei sau doar asupra aspectelor formale.

În context, potrivit art.83, alin.(6) Legea achizițiilor publice, în situația în care ANSC consideră că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute de lege, aceasta va cere contestatorului să completeze contestația în termen de 5 zile de la înștiințarea prin care i se aduce la cunoștință această situație. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de ANSC, contestația este respinsă. Contestația care a fost depusă cu nerespectarea termenelor prevăzute de lege, de asemenea, este respinsă.

Astfel, dacă organismul jurisdicțional declară contestația ca fiind inadmisibilă datorită nerespectării cerințelor formale, organismul jurisdicțional trebuie să transmită decizia sa contestatorului și să indice dreptul acestuia de a ataca decizia. În același timp, organismul jurisdicțional trebuie să transmită decizia către autoritatea contractantă și tuturor celorlalte părți ale procedurii de soluționare a contestațiilor pentru a continua procedura de atribuire a contractului.

¹¹ De exemplu Austria.

Legea privind achizițiile publice și Regulamentul ANSC nu prevăd expres posibilitatea contestării separate a actului prin care contestația este respinsă din motive formale, cu toate acestea art.80, alin.(7) al Legii privind achizițiile publice stipulează o prevedere generală și anume că deciziile ANSC pot fi contestate. Deci, decizia în discuție va putea fi contestată în instanță. O altă interpretare este inadmisibilă or altfel s-ar încălca flagrant principiul accesului prevăzut de actele internaționale la care Republica Moldova este parte (art.6 CEDO), precum și de actele naționale (art.20 Constituția Republicii Moldova, art.5 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova, etc.). Accesul liber la justiție presupune că orice persoană interesată este în drept să se adreseze în instanță judecătorească, în modul stabilit de lege, pentru a-și apăra drepturile încălcate sau contestate, libertățile și interesele legitime.

2.3.7 Dreptul la tratament egal

Articolul 14 din CEDO prevede tratamentul egal al părților și protejează părțile împotriva discriminării.

Discriminarea apare când statele tratează persoanele diferit în situații echivalente fără a oferi o justificare obiectivă și rezonabilă. Cu toate acestea, dreptul de a nu fi discriminat, potrivit Articolul 14 din CEDO, în exercitarea drepturilor garantate prin CEDO este, de asemenea, încălcat atunci când statele, fără o justificare obiectivă și rezonabilă, nu tratează diferit persoane ale căror situații sunt semnificativ diferite.

Prin urmare, organismul jurisdicțional ar trebui nu numai să trateze părțile în mod egal dacă natura cazului este similară, dar ar trebui în același timp să ofere ambelor părți din cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor aceleași drepturi. Organismul jurisdicțional ar trebui, de asemenea, să facă o diferență între părțile a căror situație este semnificativ diferită atunci când adoptă o decizie asupra fondului contestației sau când atunci aplică reguli procedurale împotriva părților participante la aceleași proceduri.

Legea privind achizițiile publice, stipulează în art.7, alin.(1), lit. h) că reglementarea relațiilor privind achizițiile publice se efectuează în baza principiului tratamentului egal, imparțialității, nediscriminării în privința tuturor ofertanților și operatorilor economici.

De asemenea, potrivit art.80, alin.(7) al Legii menționate, ANSC este independentă, având obligația de a apăra drepturile și interesele legitime ale tuturor părților implicate în contestațiile trimise spre soluționare, **fără nicio privilegiere sau discriminare.**

Principiul egalității de tratament este consemnat și în Codul Administrativ al Moldovei. Potrivit art. 23 Cod Administrativ , autoritățile publice și instanțele de judecată competente acționează respectînd principiul egalității și nediscriminării. Autoritățile publice și instanțele de judecată competente trebuie să trateze în mod egal persoanele aflate în situații similare. Orice diferență de tratament trebuie justificată în mod obiectiv. Atît în cadrul procedurii administrative, cît și în cadrul procedurii de contencios administrativ sau ca rezultat al acestora, nicio persoană nu poate beneficia de privilegii, nu poate fi dezavantajată, lipsită de drepturi sau scutită de obligații pe motiv de rasă, origini familiale, sex, limbă, cetățenie, apartenență etnică, religie, convingeri politice sau ideologice, educație, situație economică, condiție socială.

2.3.8 Dreptul de a fi audiat de o autoritate competentă independentă și imparțială

Fiecare parte are dreptul de a fi audiată de un organism jurisdicțional independent și imparțial, care poate fi o instanță. Instanțele sunt considerate drept independente și imparțiale. Dacă autoritatea competentă în materia achizițiilor nu este o instanță, aceasta trebuie totuși să respecte cerințele de independență și imparțialitate. Un organism jurisdicțional este considerat independent dacă nu există o altă entitate care să îi poată comanda cum să decidă asupra unui caz iar membrii organismului jurisdicțional sunt liberi să decidă asupra unui caz potrivit propriei lor opinii.

Conform legislației Republicii Moldova, și anume a Legii privind achizițiile publice, art.80, alin.(1), ANSC este o autoritate publică autonomă și independentă față de alte autorități publice, față de persoane fizice și juridice, care examinează contestațiile formulate în cadrul procedurilor de achiziție publică.

De asemenea, alin.(3) al aceluiași articol stipulează că ANSC dispune de independență organizațională, funcțională, operațională și financiară. Regulamentul ANSC reiterează aceste prevederi în p.5, menționând că “Agenția își exercită competențele cu respectarea principiilor independenței și stabilității în funcție a consilierilor de soluționare a contestațiilor, a principiilor transparenței și imparțialității în luarea deciziilor”.

În același timp, urmează de menționat că, organismul jurisdicțional nu este imparțial dacă membrii săi au un conflict de interese în legătură cu chestiunea supusă soluționării, sau au preferințe pentru una dintre părți. În aceste situații, regulile organizaționale ale organismului jurisdicțional trebuie să prevadă că persoana / persoanele respective nu trebuie să participe la proceduri și la adoptarea deciziei.

Legislația moldovenească se aliniaza acestor rigori stabilind în art.81, alin.(6) Legea privind achizițiile publice anumite restricții pentru consilierul care soluționează contestația, ca de exemplu să nu desfășoare activități comerciale direct sau prin intermediari, să nu fie acționar ori membru al conducerii, al organului administrativ sau al organului de control în societăți comerciale, inclusiv în bănci și în alte instituții de credit, în instituții de asigurări, în societăți financiare, în întreprinderi de stat sau în societăți pe acțiuni cu capital de stat, etc. De asemenea, conform alin.(8) al articolului stipulat mai sus, consilierul nu este în drept să participe la procedura de soluționare a contestației dacă se află în anumite situații de incompatibilitate, spre exemplificare: este soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv cu oricare dintre părți ori soțul, ruda sau afinul până la gradul al doilea inclusiv al consilierului are un interes în soluționarea contestației, etc.¹² Temeiuri suplimentare de excludere a consilierului pentru soluționarea contestațiilor de la participare în cadrul procedurii administrative sunt prevăzute și la art.49 și 50 Cod Administrativ al Moldovei.¹³

Un organism jurisdicțional va îndeplini cerințele testului CEDO pentru un organism jurisdicțional independent când instanța stabilește următoarele:

- maniera de numire a membrilor săi;
- durata mandatului acestora;
- existența garanțiilor față de presiuni externe;
- dacă organismul prezintă o imagine de independență.¹⁴

Un organism jurisdicțional nu este independent dacă guvernul este parte la proceduri și un reprezentant al guvernului este supervisorul ierarhic al raportorului organismului jurisdicțional.¹⁵

Analizând prevederile legale moldovenești, constatăm că în mare parte organismul jurisdicțional instituit pentru soluționarea contestațiilor corespunde standardelor stabilite de CtEDO. Conform art.81, alin.(2) al Legii cu privire la achizițiile publice, consilierii sunt numiți de către Parlament cu votul majorității deputaților prezenți, la propunerea Comisiei economie, buget și finanțe a Parlamentului. În conformitate cu prevederile art.81, alin. (3) al Legii menționate mai sus, selectarea consilierilor se face pe baza aptitudinilor profesionale, în rezultatul unui concurs deschis, imparțial și transparent, organizat de Comisia economie, buget și finanțe. Mai mult ca atât, legea stabilește cerințe și standarde înalte pentru candidații la funcția de consilier pentru soluționarea contestației (art.81, alin.(5), Legea cu privire la achizițiile publice). Consilierii sunt numiți pe o perioadă de 7 ani fără posibilitatea de înnoire a mandatelor (p.11 din Regulamentul ANSC). Practica CtEDO stabilește că dacă membrii sunt numiți pentru o perioadă de șase ani, aceștia sunt văzuți ca fiind suficient de independenți.¹⁶

¹² Mai detaliat acest subiect va fi tratat în capitolul următor.

¹³ O analiză detaliată a situațiilor ce prezintă conflict de interes, incompatibilități va fi realizată în Capitolul 3.

¹⁴ Dreptul la un proces echitabil; Ghid privind punerea în aplicare a articolului 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, în Manuale privind drepturile omului, nr. 3 de Nuala Mole, Catharina Harby, 2006, p. 30.

¹⁵ Jurisprudența CEDO - Sramek v. Austria, Decizia din 22 octombrie 1984.

¹⁶ Jurisprudența CEDO - Le Compte, Van Leuven și De Meyere v. Belgia, Decizia din 23 iunie 1981.

Deciziile organismului jurisdicțional trebuie să fie obligatorii și să poată fi modificate sau anulate numai de către autoritățile judiciare.¹⁷ Îndrumările sunt acceptabile cu condiția ca acestea să nu fie instrucțiuni asupra modului de a decide în anumite cazuri.¹⁸ Și la acest capitol legislația moldovenească se aliniaza exigențelor menționate. În conformitate cu art.86, alin.(12), (13), Decizia ANSC este obligatorie pentru părți dar poate fi atacată în instanța judecătorească competentă. Contractul de achiziții publice încheiat cu nerespectarea deciziei ANSC este lovit de nulitate absolută.

2.3.9 Dreptul la un organism jurisdicțional instituit de lege

Ținând cont de practica CtEDO, părțile au dreptul să aibă acces la un organism jurisdicțional care a fost instituit de lege. Prin urmare, un organism jurisdicțional ori o instanță de arbitraj ad hoc, în care membrii sunt numiți prin acordul părților nu răspunde cerințelor Articolului 6 din CEDO. Instituit de lege include atât instituirea în sine cât și numirea membrilor organismului jurisdicțional, constituirea organelor decidente [camere sau senat], și repartizarea cazurilor. Republica Moldova corespunde standardelor menționate, or ANSC (organul jurisdicțional care soluționează contestațiile în procedura de achiziții publice) a fost instituită prin Lege (Legea nr.131 privind achizițiile publice din 03.07.2015, cu modificările ulterioare). De asemenea, a fost adoptat și un Regulament care stabilește statutul juridic, funcțiile de bază, organizarea și statutul personalului ANSC, de asemenea procedura de examinare și de soluționare a contestațiilor.

2.3.10 Judecarea cauzei într-un termen rezonabil

Articolul 6 din CEDO cere organismului jurisdicțional să decidă asupra judecării cauzei. Scopul urmărit este să se pună capăt lipsei de siguranță, având în vedere că o decizie rapidă asigură certitudinea juridică. Solicitantul și autoritatea contractantă au interesul ca organismul jurisdicțional să decidă asupra cauzei lor într-un asemenea interval de timp încât să mai aibă sens să continue procedură de achiziție. Natura specifică a procedurii de achiziție impune proceduri de soluționare a contestațiilor rapide și eficiente, căci întreruperea procedurii de soluționare a contestațiilor pentru un timp prea îndelungat conduce la pierderea actualității acesteia. Aceasta se datorează faptului că bugetele și prețurile nu pot fi păstrate prea mult timp deoarece devin inactuale și inexacte. Prin urmare, unul din principiile directivelor europene privind căile de atac este și acela că Statele membre trebuie să asigure rapiditatea procedurilor de soluționare a contestațiilor.¹⁹

Ce ține de Republica Moldova, constatăm că, legislația corespunde dezideratelor menționate mai sus. În primul rând, prin instituirea unui termen destul de scurt pentru soluționarea contestațiilor. Astfel, potrivit art.85, alin.(17) din Legea cu privire la achizițiile publice, ANSC are obligația de a soluționa în fond contestația în termen de 20 de zile lucrătoare de la data primirii contestației, [...]. În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit o singură dată cu 10 zile. De asemenea, legiuitorul a stabilit și anumite termene pentru incidentele procedurale care se pot ivi, care la fel sunt suficient de scurte pentru a corespunde standardelor invocate mai sus și destul de rezonabile ca să nu încalce dreptul la apărare. De exemplu: art.84 , alin.(5), Legea cu privire la achizițiile publice prevede că în termen de o zi lucrătoare de la primirea solicitării punctului său de vedere pe marginea contestației, autoritatea contractantă are obligația să îi înștiințeze despre aceasta și pe ceilalți participanți la procedura de atribuire. Înștiințarea trebuie să fie însoțită de o copie a contestației respective. Art.85, alin.(3) Legea cu privire la achizițiile publice stipulează că autoritatea contractantă are obligația de a răspunde la orice solicitare a ANSC și de a-i transmite acesteia orice alte documente care prezintă relevanță pentru soluționarea contestației, într-un termen care **nu poate depăși 5 zile lucrătoare** de la data primirii solicitării. Și termenele de atac a deciziilor ANSC sunt suficient de scurte, de pildă, art.85, alin.(16) Legea cu privire la achizițiile publice prevede că decizia privind suspendarea procedurii de achiziție publică poate fi atacată în instanța competentă, în mod separat, **în termen de 5 zile de la comunicare**.

¹⁷ Comisia - Van de Hurk v. Olanda, decizia din 8 aprilie 1994, și Findlay v. Marea Britanie, decizia din 25 februarie 1997, paragraf 77.

¹⁸ Comisia - Campbell și Fell v. Marea Britanie, 28 iunie 1984, para. 79; Sovtransavto Holdings v. Ucraina, decizia din 25 iulie 2002.

¹⁹ Vezi de ex. Decizia CJUE din 12 februarie 2004, Grossmann Air (C-230/02, ECR 2004, p. I-1829) paragraf 36.

2.3.11 Pronunțarea hotărârii în mod public

Articolul 6 din CEDO prevede că un organism jurisdicțional își va pronunța deciziile în mod public. Aceasta nu înseamnă însă că decizia trebuie citită cu voce tare în instanță. Este suficient dacă decizia este pusă la dispoziția publicului prin alte metode. De exemplu, prin depunerea hotărârii în registrul instanței sau publicarea acesteia pe Internet.²⁰ Toate hotărârile trebuie publicate pentru a înlocui citirea publică a acestora în instanță.²¹

În context, consemnăm că art. 86, alin.(8) al Legii cu privire la achizițiile publice prevede că decizia ANSC, inclusiv motivarea acesteia, va fi comunicată părților în scris, în termen de 3 zile de la data pronunțării. Decizia se publică pe pagina web a ANSC în același termen.

2.4 Rezumat

Acest capitol s-a concentrat asupra informării membrilor organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor asupra principiilor echității procedurale și discutării aplicării fiecăruia dintre acestea la procedurile de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor. Trebuie precizat că principiile echității procedurale asigură că atât contestatorul cât și autoritatea contractantă beneficiază de oportunitatea credibilă de a-și prezenta contestația și apărarea lor în timpul audierii (orale). Articolul 6 din CEDO - în plus față de a cere unui organism jurisdicțional să fie independent, imparțial și instituit de lege – urmărește să asigure că toată lumea are dreptul la o audiere echitabilă și publică (cu excepția anumitor motive de confidențialitate) într-un termen rezonabil, și că beneficiază de echitate procedurală în sensul cel mai larg.

Jurisprudența care stă la baza Articolului 6 din CEDO susține că echitatea procedurală în contextul organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în sectorul achizițiilor publice este combinația unor drepturi. Aceste drepturi includ:

- dreptul la audiere orală (care poate fi publică sau secretă);
- dreptul de a fi informat asupra audierilor ce urmează a avea loc;
- dreptul la reprezentare legală (de altă natură);
- dreptul de a prezenta și contesta probele pentru a stabili faptele cauzei;
- dreptul de a fi informat în legătură cu temeiul deciziei organismului jurisdicțional;
- dreptul ca membrii organismelor jurisdicționale să aplice legea în vigoare în mod consecvent;
- dreptul la tratament egal al părților - prevăzut de articolul 14 din CEDO;
- dreptul de a fi audiat de un organism jurisdicțional independent și imparțial cu funcție de soluționare a contestațiilor - care poate fi o instanță;
- dreptul de a avea acces la un organism jurisdicțional instituit de lege;
- dreptul ca organismul jurisdicțional să adopte în termen rezonabil decizia sa; și,
- dreptul ca organismul jurisdicțional să își pronunțe deciziile în mod public.

După cum este menționat mai sus, legislația moldovenească respectă pe deplin standardele procedurale de echitate impuse prin articol. 6 din CEDO

Plecând acum de la subiectul introductiv care tratează echitatea procedurală, și după ce am dobândit o înțelegere asupra drepturilor și obligațiilor tuturor părților implicate în procedurile de soluționare a contestațiilor, un aspect esențial pentru membrii organismului jurisdicțional de soluționare a contestațiilor se referă la conflictul de interese – subiectul următorului capitol.

²⁰ Austria, de ex., publică toate hotărârile autorităților competente pe internet (www.bva.qv.at; ris.bka.qv.at/Verq/).

²¹ Jurisprudența CEDO cazul Werner v. Austria, Decizia din 24 noiembrie 1997; Jurisprudența CEDO cazul Szucs v. Austria, Decizia din 24 noiembrie 1997; Jurisprudența CEDO cazul Campbell și Fell v. Marea Britanie, Decizia din 28 iunie 1984.

Conflictul de interese

3.1 Prezentare generală

În capitolul anterior a fost descris un punct de plecare pentru organismele jurisdicționale cu funcție de soluționare a contestațiilor, subliniindu-se nevoia ca membrii acestora să își analizeze poziția în calitate de factori decizionali independenți și să considere influențele care le-ar putea afecta capacitatea de a adopta decizii nepărtinitoare. O cerință esențială a justiției administrative este aceea ca membrii să fie imparțiali și să nu fie influențați în procesul lor decizional. Dată fiind această cerință, un principiu de drept de bază impune imparțialitatea factorilor decizionali, ceea ce asigură că deciziile sunt bazate pe criterii obiective și sunt libere de influențele unui conflict intern și extern. Prin urmare, acest capitol urmărește să sublinieze o serie de aspecte referitoare la conflictele de interese. Sunt enumerate câteva categorii de conflicte de interese și explicate atât în sens larg cât și în profunzime, capitolul oferind linii îndrumătoare asupra identificării și prezentării conflictelor de interese. Important pentru membrii organismelor jurisdicționale, sunt propuse acțiuni care ar trebui analizate și adoptate atunci când este necesar să se evite sau să se reducă conflictele de interese identificate. Sunt prezentate câteva studii de caz pentru a oferi informații practice asupra modului de abordare curentă a aspectelor legate de conflictele de interese. Capitolul începe prin a sublinia importanța imparțialității, procedând la definirea conflictelor de interese în contextul achizițiilor publice.

De menționat că Legea Republicii Moldova privind achizițiile publice conține foarte puține prevederi referitoare la conflictul de interese. Detaliat, conceptul de conflict de interese, categoriile acestuia, etc. sunt reglementate de Legea nr.133 din 17.06.2016 privind declararea averii și intereselor personale²² (în continuare Legea privind declararea averii și intereselor personale). ANSC și membrii acesteia cad sub incidența legii menționate. Art.1 al Legii privind declararea averii și intereselor personale stipulează că „Prezenta lege reglementează: mecanismul [...] de soluționare a contestațiilor privind respectarea regimului juridic al conflictelor de interese, al incompatibilităților și al restricțiilor”. În continuare, potrivit art.3, alin.(1) “Subiecții ai declarării averii și a intereselor personale sunt: a) persoanele care dețin funcțiile de demnitate publică prevăzute în anexa la Legea nr. 199 din 16 iulie 2010 cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică; [...]”. Analizând anexa Legii nr. 199 din 16 iulie 2010 cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică²³ (în continuare Legea cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică) constatăm că directorul general, directorul general adjunct, consilierul pentru soluționarea contestațiilor al ANSC sunt funcții de demnitate publică. Mai mult ca atât, însăși Legea privind achizițiile publice în art.81, alin.(1) prevede că “ANSC are în componența sa șapte consilieri pentru soluționarea contestațiilor, inclusiv directorul general și directorul general adjunct, care au statut de persoane cu funcții de demnitate publică.”

3.2 Imparțialitatea și politica privind conflictele de interese

O cerință de bază a justiției administrative este imparțialitatea factorului decizional. Imparțialitatea este un principiu de drept conform căruia deciziile trebuie să se bazeze pe criterii obiective și nu pe părtinire, idei preconcepute, preferința unei persoane pentru o alta din motive inadecvate.²⁴ Imparțialitatea este un principiu fundamental al tuturor instituțiilor judiciare, cvasi-judiciare și administrative, și obligația de a fi

²² Legea privind declararea averii și a intereselor personale. Nr.133 din 17.06.2016. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 30.07.2016, nr.245-246.

²³ Legii cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică. Nr.199 din 16 iulie 2010. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 05.10.2010, nr.194-196.

²⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/impartiality>.

imparțial poate fi găsită în numeroase coduri etice pentru funcționari publici și judecători în întreaga lume.²⁵ Pentru a obține calitatea de organism jurisdicțional astfel cum este prevăzută de Articolul 6 din CEDO, imparțialitatea membrilor organismelor jurisdicționale este una din cerințele fundamentale.

Conflictele de interese²⁶ pot apărea acolo unde există o predispoziție de a nu aborda un caz în mod imparțial și există pericolul ca membrul organismului jurisdicțional să abordeze cazul în mod neechitabil în favoarea (sau în detrimentul) părții care face obiectul procedurilor de soluționare a contestațiilor. În general, membrii au roluri profesionale și interese personale. Uneori, conflictele de interese nu pot fi evitate și pot interveni fără ca cineva să fie de vină. Prin urmare, așa cum se sugerează în Ghidul OCDE, este necesară stabilirea unei politici clare a conflictelor de interese și abordarea va acoperi următoarele aspecte:

- definirea caracteristicilor generale ale situațiilor de conflict de interese;
- identificarea intervenției specifice a unor situații inacceptabile de conflicte de interese;
- leadership și angajament față de implementarea unei politici privind conflictele de interese;
- vigilența care vine în sprijinul conformității și anticipării domeniilor de risc în vederea prevenirii;
- declararea conflictelor de interese imediat ce apar;
- parteneriate cu alte părți interesate;
- identificarea acțiunilor necesare pentru evitarea oricăror efecte ale conflictelor de interese și pentru îndeplinirea obligațiilor angajante.²⁷

3.3 Ce este un conflict de interese?

Inițial vor fi descrise conceptul de conflict de interese și categoriile acestuia în conformitate cu Ghidul OCDE iar ulterior vor fi analizate reglementarea acestora în legislația națională.

Ghidul OCDE pentru Gestionarea conflictelor de interese în funcția publică (2005), definește un conflict de interese drept *“un conflict între datoria față de public și interesele personale ale unui funcționar public, în care funcționarul public are interese în calitatea sa de persoană privată, care ar putea influența necorespunzător îndeplinirea obligațiilor și responsabilităților oficiale”*.²⁸

Prin urmare, un conflict de interese nu reprezintă numai situația în care există un conflict inacceptabil între interesele unui funcționar în calitate de cetățean, persoană privată și obligațiile sale în calitate de funcționar public, dar și acele situații unde există un conflict aparent de interese sau un conflict potențial de interese. Elementul diferențiator este dacă efectul asupra exercitării prerogativelor sale a apărut sau s-ar fi putut să apară sau de fapt efectul nu a apărut, nu apare sau nu se poate să apară. Se pot distinge câteva tipuri diferite de conflicte de interese.

²⁵ A se vedea de ex., Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality prepared by USAID, January 2002 (Ghid pentru promovarea independenței și imparțialității judiciare pregătit de USAID, ianuarie 2002), http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacm007.pdf, a se vedea de asemenea de ex., Codul model de conduită pentru funcționarii publici, Recomandarea Nr. R (2000)10, adoptată de Comitetul Miniștrilor Consiliului European, disponibil la [http://www.coe.intA/dghl/monitoring/greco/documents/Rec\(2000\)10_EN.pdf](http://www.coe.intA/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_EN.pdf). Codul de etică al țărilor OCDE poate fi găsit la OECD webpage. http://www.oecd.org/document/13/0,33n3,en_2649_34135_35532W8_1_1_1_37447,00.html. Alte surse pentru codurile de conduită ale țărilor din ECE și EE pot fi găsite în lucrarea scrisă de Jolanta Palidaukaite, Ph.D., Coduri de Conduită pentru Funcționarii Publici în Țările din Europa Centrală și de Est, Perspectivă Comparativă, sau Principiile europene pentru administrația publică /Lucrări SIGMA Nr. 27 disponibile la <http://www.oecd.org/dataoecd/26/30/36972467.pdf>.

²⁶ În înțelesul acestui ghid, folosim termenul “conflict de interese” pentru a acoperi și termenul de “părtinire/favorizare”. “Părtinire/favorizare” este o descriere juridică obișnuită a unor tipuri de conflicte de interese, în special în situațiile care implică idei prestabilite.

²⁷ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică (2003), p. 4. disponibil la <http://www.oecd.org/dataoecd/17/23/33967052.pdf>, p. 6, or www.oecd.org/gov/ethics/conflictinterest

²⁸ A se vedea Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică (2003), p. 4. A se vedea, de asemenea, Politici și practici privind conflictul de interese în nouă state membre UE. O analiză comparativă. (2005), Document OCDE/SIGMA Document Sigma No. 36 disponibil la [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=gov/sigma\(2006\)1/REV1&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=gov/sigma(2006)1/REV1&doclanguage=en) și <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60r7q5zq-en>.

- Conflicte reale de interese - o situație în care interesele private ale unui membru al organismului juridicțional afectează, au afectat sau se poate să fi afectat îndeplinirea obligațiilor și responsabilităților sale în calitate de a membru într-un mod incorect.
- Conflictele aparente de interese - o situație în care interesele private ale unui membru al organismului juridicțional, prima facie sau prin forma lor, par să afecteze, au afectat sau se poate să fi afectat îndeplinirea obligațiilor și responsabilităților sale în calitate de a membru într-un mod incorect. Cu toate acestea, în realitate, efectul nu a apărut, nu apare și nu poate apărea.
- Conflicte potențiale de interese - o situație în care interesele private ale unui membru al organismului juridicțional ar putea în viitor să cauzeze apariția unui conflict real sau aparent de interese, dacă funcționarului i s-ar atribui anumite obligații sau responsabilități.

Ghidul OCDE face, de asemenea, distincție între conflicte reale, aparente și potențiale și menționează că *“se poate spune că există un conflict aparent de interese atunci când se pare că interesele personale ale unui funcționar public ar putea influența în mod necorespunzător îndeplinirea obligațiilor sale dar în realitate situația nu este așa. Un conflict potențial de interese apare atunci când un funcționar public are interese personale care sunt de o asemenea natură încât s-ar produce un conflict de interese dacă funcționarului i s-ar atribui responsabilități oficiale în acea privință (respectiv conflictuale) în viitor.”*²⁹

Mai mult decât atât, se pot recunoaște conflictele de interese de la caz la caz și conflictele de interese în formă continuată. Setul de Instrumente (“Toolkit”) al OCDE pentru rezolvarea conflictelor de interese în administrația publică (“Setul de Instrumente OCDE”) sugerează mai multe instrumente de identificare a conflictelor reale de interese, conflictelor aparente de interese, și conflictelor potențiale de interese.³⁰

3.3.1 Conflicte reale de interese

Un conflict real de interese intervine acolo unde interesele personale ale unui membru al organismului juridicțional sunt de o asemenea natură (de ex., datorită relației cu una dintre părțile implicate în procedură) sau amploare (de ex., profiturile care pot fi câștigate de membru), încât este rezonabil să se creadă că acest interes personal ar putea influența în mod necorespunzător procesul decizional al membrului organismului juridicțional. Conflictul real de interese este inadmisibil și trebuie evitat. Altfel, o decizie afectată de un conflict de interese personale ale unui membru al organismului juridicțional poate fi atacată în fața unei instanțe.

3.3.2 Conflictele aparente de interese

După cum se sugerează în Setul de Instrumente OCDE, un conflict aparent de interese poate fi la fel de nociv ca și un conflict real de interese. Prin urmare, un conflict aparent de interese ar trebui tratat ca un conflict real de interese până când toate întrebările referitoare la interesele personale primesc răspuns.³¹

3.3.3 Conflicte potențiale de interese

După cum sugerează definiția unui conflict potențial de interese, există un interes personal al unui membru al organismului juridicțional. Cu toate acestea, deoarece acest membru nu este implicat în procesul decizional, acest conflict de interese nu ridică probleme. Conflictele de interese ar deveni o problemă dacă rolul membrului se modifică și acesta devine implicat în cauză.

²⁹ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică (2003), p. 4.

³⁰ OECD Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), p. 23-25 (Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică – Set de instrumente (2005), p. 23-25).

³¹ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică – Set de instrumente (2005), p. 23-25.

3.3.4 Tipuri de conflicte de interese în conformitate cu legislația Republicii Moldova

Tipurile de conflicte de interese sunt reglementate de Legea privind declararea averii și intereselor personale. În conformitate cu legea menționată, conflictul de interese reprezintă situația în care declarantul are un interes personal ce influențează, ar putea sau pare a influența exercitarea imparțială și obiectivă a obligațiilor și responsabilităților ce îi revin potrivit legii. Legea națională de asemenea distinge trei tipuri de interese, însă care nu corespund în totalitate conceptului Ghidului OCDE menționat mai sus. Astfel, în conformitate cu art.12, conflictele de interese se împart în trei categorii: potențial, real și consumat.

Conflictul de interese potențial reprezintă situația în care interesele personale ale declarantului ar putea conduce la apariția unui conflict de interese real și care se declară în avans sub forma unei declarații de avere și interese personale. Conducătorul ierarhic superior acordă consultanță privind evitarea survenirii unui conflict real ca efect al celui potențial. Astfel, conform legislației moldovenești, pentru a evita survenirea unui conflict de interese real, funcționarul va depune în avans o declarație de interese astfel ca ulterior funcționarului să nu i se atribuie anumite sarcini care ar putea duce la nulitatea deciziei luate de acesta ca rezultat al conflictului. Conform art.6 al Legii privind declararea averii și a intereselor personale, declarația de avere și interese personale se depune anual, până în data de 31 martie, indicându-se printre altele interesele personale, iar în cazul angajării, al validării mandatului ori al numirii în funcție, după caz, declarația se depune în termen de 30 de zile de la data angajării, validării mandatului ori numirii în funcție, indicându-se, de asemenea, printre altele și interesele personale.

Conflictul de interese real apare în cazul în care declarantul este chemat să rezolve o cerere/un demers, să emită un act administrativ, să încheie direct sau prin intermediul unei persoane terțe un act juridic, să ia o decizie sau să participe la luarea unei decizii în care are interese personale sau care vizează persoane ce îi sunt apropiate, persoanele fizice și juridice cu care are relații cu caracter patrimonial și care influențează sau pot influența exercitarea imparțială și obiectivă a mandatului, a funcției publice sau de demnitate publică.

Menționăm aici că, în conformitate cu art.15 din Legea privind declararea averii și a intereselor personale, actele administrative emise/adoptate sau actele juridice încheiate personal sau prin intermediul unei persoane terțe într-o situație de conflict de interese real sunt lovite de nulitate absolută, cu excepția cazului în care anularea acestora ar aduce daune interesului public. Mai mult ca atât, reieșind din alin.(2) al aceluiași articol, Autoritatea Națională de Integritate³² adresează instanței de judecată cereri privind constatarea nulității absolute a actelor administrative emise/adoptate sau actelor juridice încheiate, direct sau prin intermediul unei persoane terțe, cu încălcarea dispozițiilor legale privind conflictul de interese în condițiile Legii nr. 132 din 17 iunie 2016 cu privire la Autoritatea Națională de Integritate. Cererea privind constatarea nulității absolute poate fi depusă și de către persoanele care se consideră lezate în drepturi ca urmare a unui conflict de interese.

Conflict consumat, în conformitate cu art.12, alin.(10) al Legii privind declararea averii și a intereselor personale, reprezintă fapta declarantului de rezolvare a unei cereri/unui demers, de emitere a unui act administrativ, de încheiere directă sau prin intermediul unei persoane terțe a unui act juridic, de luare sau de participare la luarea unei decizii în exercitarea mandatului, a funcției publice sau de demnitate publică cu încălcarea prevederilor ce țin de conflictul de interese. Deci, constatăm că un conflict consumat se încadrează în categoria de conflict real descris de Ghidul OCDE.

3.4 Ce este un interes privat?

Un termen esențial care determină un conflict de interese este 'interesul privat'. Un 'interes' în acest context înseamnă orice care poate avea impact asupra unei persoane sau asupra unui grup.

³² Autoritatea Națională de Integritate este o autoritate publică independentă față de alte organizații publice, față de alte persoane juridice de drept public sau privat și față de persoanele fizice, ce funcționează la nivel național ca structură unică, misiunea ei fiind asigurarea integrității în exercitarea funcției publice sau funcției de demnitate publică și prevenirea corupției prin realizarea controlului averii și al intereselor personale și privind respectarea regimului juridic al conflictelor de interese, al incompatibilităților și al restricțiilor.

Termenul 'interes privat' include nu numai interesele personale, profesionale sau comerciale ale unui membru al unui organism juridicțional, dar și interesele personale, profesionale sau comerciale ale persoanelor sau grupurilor cu care membrii respectivi au relații strânse. Aici pot fi incluse rude, prieteni sau chiar rivali și dușmani.³³ Aceste interese pot fi conforme cu, pot conține, se pot baza pe sau deriva din următoarele:

- drepturi și obligații imobiliare de orice natură;
- orice alt raport juridic civil;
- cadouri, promisiuni, favoruri, tratament preferențial;
- negocieri pentru un viitor contract de muncă în timpul exercitării funcției oficiale a funcționarului;
- negocieri pentru orice altă formă de raporturi viitoare cu un interes privat al funcționarului după plecarea din poziția respectivă;
- angajarea în activități private în scopul obținerii de profit sau în orice tip de activitate care generează venit precum și angajarea în organizații cu și fără scop lucrativ, syndicate sau organizații profesionale, politice sau de stat și orice altă organizație;
- relații
 - în cadrul unei familii sau între persoane care locuiesc împreună;
 - într-o comunitate;
 - etnice;
 - religioase;
 - [relații] recunoscute de prietenie sau ostilitate;
- angajamente anterioare din care au decurs sau ar putea decurge interesele menționate la literale de mai sus ale acestui articol.

Definiția de mai sus referitoare la interese private oferă o indicație clară asupra situațiilor în care există conflicte de interese private. Prin urmare, aceste linii îndrumătoare corespund recomandărilor prevăzute în Ghidul OCDE.³⁴

Legea Republicii Moldova privind declararea averii și a intereselor personale nu operează cu noțiunea de interes privat ci interes personal care în conformitate cu art.2 reprezintă orice interes material sau nematerial al declarantului ce rezultă din activitățile sale în calitate de persoană privată, din relațiile sale cu persoane apropiate sau cu persoane juridice, indiferent de tipul de proprietate, din relațiile sau afiliațiile sale cu organizații necomerciale, inclusiv cu partidele politice și cu organizațiile internaționale, precum și orice interes care rezultă din preferințele sau angajamentele persoanei. Constatăm că, conceptul de „personal” este utilizat în sens larg de către legiuitor or acesta include și interesele comerciale, profesionale, etc.

3.4.1 Tipuri de interes privat

Conform Ghidului pentru entitățile publice, interesul privat poate fi împărțit în patru³⁵ categorii. Precizăm că legislația Republicii Moldova nu operează cu aceste 4 categorii de interese însă esența acestora este înglobată în conceptul de interes personal reglementat de legea moldovenească.

1. Interesele personale includ o relație de familie cu reprezentantul contestatorului ori reprezentantul autorității contractante implicată în achiziția respectivă. A avea o relație personală cu reprezentanții contestatorului ori reprezentanții autorității contractante implicată în achiziția respectivă. Toate tipurile de interese private se aplică membrilor organismelor juridicționale dacă ruda sa ori prietenul său apropiat are

³³ In whose interests? Preventing and managing conflicts of interest in the APS, Australian Public Service Commission, 2009, p. 2. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission. (În interesul cui? Prevenirea și gestionarea conflictelor de interese în APS, Serviciul Public Australian, 2009, p.2, drept de autor Commonwealth of Australia, reproduc cu permisiune)

³⁴ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică (2003), p. 7.

³⁵ Exemplele folosite în "Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand" (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, Controlorul financiar și Auditorul General), Noua Zeelandă, 2007, p. 6-7, au fost adaptate la situația organismelor juridicționale.

unul din aceste interese private, sau dacă o astfel de rudă sau prieten apropiat ar putea fi personal afectat de o decizie a organismului jurisdicțional.

Menționăm, că Legea Republicii Moldova privind declararea averii și a intereselor personale nu include prietenul apropiat în categoria de persoane care ar putea crea conflicte de interese.

2. Interesele politice includ deținerea unei alte funcții publice care se aplică, de asemenea, unei rude sau prieten apropiat dacă membrul organismului jurisdicțional nu poate deține o altă funcție publică. A avea sau a exprima opinii politice sau personale care pot indica idei preconcepute or prestabilite pentru sau împotriva unei persoane sau a unui subiect.

3. Interesele financiare includ deținerea unei poziții în calitate de salariat, consultant, administrator sau asociat al unei alte companii sau organizații. A avea o obligație profesională sau legală față de contestator sau față de autoritatea contractantă. Deținerea unor active care pot fi influențate direct sau indirect de o decizie, de ex., proprietatea asupra unui teren, asupra unor acțiuni într-o societate sau alte investiții. A avea promisiunea unui viitor contract de muncă, sau de primire a unor cadouri, a beneficia de ospitalitatea sau de un alt beneficiu din partea contestatorului sau a autorității contractante sau de la cineva afiliat contestatorului sau autorității contractante.

4. Interesele sociale includ afilierea la un club, o societate sau asociație. A fi membru al unui grup religios sau etnic. A decide într-o chestiune legată de orașul sau locul de domiciliu al membrului organismului jurisdicțional.

3.4.2 Interese personale

În acest paragraf vom trata interesul personal în sens îngust, așa cum este descris în Ghidul pentru entitățile publice. Unul dintre aspectele cele mai problematice este de a stabili ce constituie o relație personală. Și anume, care relații trebuie luate în considerare atunci când se stabilește existența unui conflict de interese. Relațiile personale pot include următoarele.

Membri de familie. Dacă decizia ar avea un efect asupra membrilor apropiați de familie care sunt soțul/soția sau copiii aflați în întreținere ai membrului organismului jurisdicțional care adoptă decizia, acesta ar constitui evident un conflict de interese pentru membru și prin urmare acesta ar trebui să se abțină de la adoptarea unei decizii în cauza respectivă. Rudele. Situația cu privire la rude este puțin diferită. În general, aceasta va depinde de gradul de rudenie și măsura în care decizia sau activitatea organismului jurisdicțional ar putea să le afecteze direct sau semnificativ. O relație ar putea fi apropiată datorită legăturii directe de sânge sau căsătorie sau datorită amplorii asocierii. Nu există reguli clare având în vedere că aceste aspecte implică chestiuni legate de gradul de rudenie. Cu toate acestea, este mai bine să nu se participe dacă rudele sunt serios afectate.³⁶

La acest capitol avem anumite discrepanțe în legislația moldovenească. Legea privind declararea averii și intereselor personale nu operează cu termenul „rude” ci cu noțiunea de „persoane apropiate” în care se includ și rudele până la un anumit grad. Mai concret, în conformitate cu art.2 al legii sus menționate, *persoană apropiată* este concubinul/concubina declarantului, precum și persoana înrudită prin sânge sau prin adopție până la gradul IV (părinte, frate/soră, bunic, nepot, unchi/mătușă) și persoana înrudită prin afinitate până la gradul II (cumnat/cumnată, socru/soacră, ginere/noră) cu acesta.

În același timp, potrivit Legii privind achizițiile publice, art.81, alin.(8), consilierul nu este în drept să participe la procedura de soluționare a contestației dacă [...] este soț/soție, **rudă sau afin până la gradul al doilea** inclusiv cu oricare dintre părți ori soțul, ruda sau afinul până la gradul al doilea inclusiv al consilierului are un interes în soluționarea contestației [...].

³⁶ Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, Controlorul financiar și Auditorul General), Noua Zeelandă, 2007, p. 19.

Deci, în timp ce Legea privind declararea averii și intereselor personale consideră că există conflict de interese și atunci când membrul organismului jurisdicțional este rudă de gradul IV, Legea privind achizițiile publice se oprește la gradul II de rudenie.

La prima vedere, s-ar crea impresia că este vorba de conflictul dintre o lege generală și una specială, astfel încât ar trebui să acordăm prioritate normei din Legea privind achizițiile publice. Cu toate acestea, considerăm că Legea achizițiilor publice nu poate fi considerată o lege specială în raport cu Legea privind declararea intereselor personale, or ele reglementează domenii absolut diferite. Mai mult ca atât, Legea privind achizițiile publice nu reglementează conceptul de conflict de interese, stabilind doar anumite restricții pentru consilier (art.81, alin.(8)). Astfel, odată ce Legea privind declararea averii și intereselor personale se aplică direct ANSC și membrilor ei, atunci când privește conflictul de interese vom aplica prevederile legii respective.

Dacă consilierul, bazându-se pe art.81, alin.(8) al Legii privind achizițiile publice, va soluționa pricina fiind rudă, de exemplu de gradul III, cu cineva din părți, atunci ar putea fi constatată o încălcare a normelor ce țin de conflictele de interese și ca urmare decizia va fi anulată în temeiul art.15 (1)³⁷ al Legii privind declararea averii și intereselor personale, sau în baza Legii nr.132 din 17.06.2016 cu privire la Autoritatea Națională de Integritate,³⁸ art.39, alin.(4).³⁹

Prieteni și alte asocieri. Este nerealist să ne așteptăm ca un membru sau funcționar să nu aibă absolut nicio legătură sau cunoștință cu persoana implicată. A cunoaște doar pe cineva sau a fi lucrat cu cineva sau a fi avut relații oficiale cu cineva nu creează de obicei probleme. Cu toate acestea, o asociere sau relație strânsă îndelungată sau foarte recentă ar putea. Dacă decizia sau activitatea organismului jurisdicțional afectează o organizație unde sau prin care este angajată o rudă sau un prieten, ar fi prudent să se ia în considerare natura poziției acestora. Va fi o mare diferență dacă persoana respectivă este într-o poziție de conducere executivă sau proprietar, sau un membru începător care nu este personal implicat în chestiunea respectivă și pe care decizia nu îl va afecta personal.⁴⁰

La nivel național situațiile respective nu sunt descrise expres în Legea privind declararea averii și intereselor personale, ca de exemplu în cazul persoanelor apropiate, membrilor de familie, dar ele oricum pot fi deduse din anumite prevederi legale. Precum s-a menționat mai sus, conform art.2 din Legea privind declararea averii și intereselor personale, interesul personal reprezintă orice interes material sau nematerial al declarantului ce rezultă din activitățile sale în calitate de persoană privată, din relațiile sale cu persoane apropiate sau cu persoane juridice, indiferent de tipul de proprietate, din relațiile sau afiliațiile sale cu organizații necomerciale, inclusiv cu partidele politice și cu organizațiile internaționale, precum și orice interes care rezultă din preferințele sau angajamentele persoanei. Fraza "preferințele persoanei" poate fi interpretată foarte larg și evident poate include noțiunea de prieten, coleg de serviciu, etc. Însă, reiterăm că aceste situații trebuie analizate foarte minuțios și doar atunci când există suficiente probe și argumente că suntem în prezența unei legături foarte strânse putem constata un conflict de interese. Important este să nu excludem în totalitate astfel de cazuri pe motiv că legea nu le prevede expres.

3.4.3 Interese politice și activități politice

Nu există niciun fel de reguli ferme privind măsura în care un membru al organismului jurisdicțional poate menține în mod adecvat legături cu grupuri și activități în afara organismului jurisdicțional.

³⁷ "Actele administrative emise/adoptate sau actele juridice încheiate personal sau prin intermediul unei persoane terțe într-o situație de conflict de interese real sunt lovite de nulitate absolută, cu excepția cazului în care anularea acestora ar aduce daune interesului public".

³⁸ Legea cu privire la Autoritatea Națională de Integritate. Nr.132 din 17.06.2016. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 30.07.2016, nr.245-246.

³⁹ "Din moment ce actul de constatare a încălcării regimului juridic al conflictelor de interese rămâne definitiv, Autoritatea, în termen de 3 luni, adresează instanței de judecată o cerere de chemare în judecată privind declararea nulității absolute a actului administrativ emis/adoptat sau a actului juridic încheiat direct ori prin persoane terțe, sau a deciziei luate cu încălcarea dispozițiilor legale privind conflictul de interese, cu excepția cazurilor în care anularea actelor menționate ar aduce daune interesului public".

⁴⁰ Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, Controlorul financiar și Auditorul General), Noua Zeelandă, 2007, p. 19.

Interesul public ar trebui să aibă prioritate în orice potențial conflict cu activități private și un membru ar trebui să țină cont de modul în care un terț ar putea să îi considere comportamentul și maniera în care activitatea sau asocierea respectivă ar putea să aducă atingere integrității organismului jurisdicțional.

Principiul suprem ar putea fi că "un funcționar public nu ar trebui să participe la o activitate politică ce ar putea fi rezonabil considerată drept incompatibilă cu atribuțiile funcționarilor publici sau care ar putea să îi afecteze capacitatea de îndeplinire a atribuțiilor sale într-un mod imparțial din punct de vedere politic sau ar putea pune sub semnul îndoielii integritatea sau imparțialitatea funcției.⁴¹ În cazul în care un membru al organismului jurisdicțional este membru sau susținător puternic al unui partid politic, opiniile sale politice trebuie să rămână separate de procesul său decizional, aceasta fiind o importantă trăsătură a profesionalismului și imparțialității membrului organismului jurisdicțional. Cu toate acestea, nu va avea importanță dacă autoritatea contractantă se află sub controlul partidului său "favorit" și pe cale de consecință să determine un tratament preferențial sau un tratament advers pentru partidul concurent.

În general, funcționarii publici nu ar trebui să se implice într-o activitate externă care afectează îndeplinirea atribuțiilor lor oficiale, sau care le solicită angajamentul mental sau fizic astfel încât să le îngreuneze îndeplinirea atribuțiilor sau care reprezintă o continuare a obligațiilor lor care aduce atingere în orice manieră imaginii angajatului administrației publice. În cazul unei incertitudini în legătură cu calificarea unei activități drept permisă sau nu, membrul organismului jurisdicțional ar trebui să se consulte cu directorul organismului jurisdicțional. Prin urmare, membrii se pot implica în activități politice numai în măsura în care aceasta nu le afectează îndeplinirea atribuțiilor. O serie de activități, dacă sunt menținute în limite permisibile, ar putea fi autorizate și astfel nu ar crea o situație de conflicte de interese, ca de exemplu:

- afilierea la un partid politic;
- contribuirea cu fonduri la un partid politic;
- participarea la evenimente ale unui partid politic, afișarea materialelor de campanie sau exprimarea opiniilor politice într-o locație publică.⁴²

Cât privește Republica Moldova, menționăm că în conformitate cu art. 80, alin.(1) lit.g) al Legii privind achizițiile publice, la funcția de consilier pentru soluționarea contestațiilor poate pretinde persoana care nu este membru al unui partid politic.

3.4.4 Interese sociale – asocierea cu comunitatea și alte organizații

Aflierea la organizații de către membri activi și bine informați ai organismelor jurisdicționale este evident în avantajul organismului jurisdicțional. Cu toate acestea, un membru trebuie să fie conștient de potențialele probleme pe care afilierea la astfel de organizații le poate crea. Imparțialitatea unei decizii poate fi pusă sub semnul întrebării atunci când un membru al organismului jurisdicțional și-a exprimat opiniile în calitate de membru al unei organizații neguvernamentale, și o astfel de chestiune este prezentată ulterior în fața organismului jurisdicțional.⁴³

Aflierea la o organizație ar putea să nu fie problematică. În anumite împrejurări, susținerea unei organizații ar putea fi la fel de compromițătoare, în special din perspectiva comentariilor publice sau a declarațiilor scrise. Donațiile făcute unei anumite organizații ar putea, de asemenea, ridica probleme; chiar și donațiile anonime ar putea încălca acest principiu.

⁴¹ Information Handbook for Employment Insurance Board of Referees, Employment Insurance Appeals Division, (Manual Informativ pentru Comisia de Arbitraj privind Indemnizațiile de Șomaj, Secția contestații în materia indemnizațiilor de șomaj) 2010, p. 16.

⁴² Information Handbook for Employment Insurance Board of Referees, Employment Insurance Appeals Division, (Manual Informativ pentru Comisia de Arbitraj privind indemnizațiile de șomaj, Divizia contestații în materia indemnizațiilor de șomaj) 2010, p. 16.

⁴³ Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members (Consiliul de Control Administrativ, Commonwealth of Australia, Ghid privind standardele de conduită ale membrilor organismelor jurisdicționale) 2009, p. 30. Drept de autor Commonwealth of Australia reprodus cu permisiune.

Pentru a stabili natura implicării lor, membrii organismelor juridictionale ar trebui să se gândească cum ar reacționa "un observator rezonabil de bine informat" dacă un asemenea interes sau implicare ar fi făcută publică. Prin urmare, dacă membrul organismului juridictional oferă donații unor organizații și aceste organizații sunt implicate în proceduri de soluționare a contestațiilor, acesta ar trebui să refuze să participe deoarece donațiile sale făcute organizației respective ar putea da naștere unui conflict de interese.

În timp ce membrii organismelor juridictionale pot aparține unui comitet sau organism consultativ care se ocupă de reforma legislativă sau alte aspecte juridice, aceștia ar trebui să fie atenți la orice implicare care ar putea include consultanță în probleme controversate sau incompatibile cu rolul organismului lor juridictional. Exprimarea unei opinii conflictuale ar putea diminua respectul pentru un asemenea membru și autoritatea organismului juridictional.⁴⁴

3.4.5 Cadouri

Este interzis oricărui membru al unui organism juridictional să ceară sau să accepte, direct sau indirect, orice cadouri, avantaje, promisiuni sau tratament preferențial oferit datorită poziției sale dacă acesta ar crea un conflict de interese. Membrul unui organism juridictional căruia i se oferă un cadou, o favoare, promisiune sau tratament preferențial ar trebui:

- în orice situație, să îl refuze și să îl înapoieze ofertantului. În cazul în care este imposibil să înapoieze oferta în mod oficial, ar trebui să o predea directorului organismului juridictional sau celei mai apropiate instituții ierarhic superioare;
- să încerce să identifice persoana care a făcut oferta și motivele sau interesele acesteia;
- să îl informeze fără întârziere pe directorul organismului juridictional sau cea mai apropiată instituție ierarhică superioară în legătură cu cadoul, avantajul, promisiunea sau tratamentul preferențial oferit sau acordat, identitatea persoanei care a făcut oferta și circumstanțele, precum și posibilele motive pentru acest eveniment și legătura cu atribuțiile sale în calitate de membru;
- dacă oferta constituie o faptă ce poate fi pedepsită, să informeze autoritățile competente incluzând toate faptele relevante. De exemplu cine ce a oferit, în ce scop, pentru a permite organelor de urmărire penală să înceapă urmărirea penală;
- să continue exercitarea atribuțiilor în mod normal, în special în legătură cu problema pentru care i s-a oferit cadoul, avantajul, promisiunea sau tratamentul preferențial și să continue să își informeze superiorii asupra fiecărei posibile evoluții;
- dacă oferta este legată de comiterea unei infracțiuni, să raporteze acest lucru organelor competente de urmărire penală.

Ghidul OCDE permite acceptarea unor anumite cadouri în condiții speciale. De exemplu, cadouri conform unor tradiții sociale, cum ar fi zile de naștere sau sărbători, sau cadouri ca o recunoaștere a serviciilor.⁴⁵ Alte bune practici susțin că un membru al unui organism juridictional nu ar trebui să accepte cadouri de nicio natură în situațiile în care acestea ar putea fi rezonabil percepute a compromite imparțialitatea funcționarului public.⁴⁶ Prin urmare, membrul organismului juridictional ar trebui să țină cont de:

- natura și valoarea cadoului;
- persoana care oferă cadoul și relația acesteia cu organismul juridictional, și contextul în care cadoul este oferit.

⁴⁴ Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members, (Consiliul de Control Administrativ, Commonwealth of Australia, Ghid privind standardele de conduită ale membrilor organismelor juridictionale) 2009, p. 31. Drept de autor Commonwealth of Australia reprodus cu permisiune.

⁴⁵ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică – Set de Instrumente (2005), p. 45.

⁴⁶ Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members, (Consiliul de Control Administrativ, Commonwealth of Australia, Ghid privind standardele de conduită ale membrilor organismelor juridictionale) 2009, p. 34. Drept de autor Commonwealth of Australia reprodus cu permisiune.

Această abordare a materialității a fost adoptată și de OCDE prin Ghidul său și sugerează utilizarea următoarei liste de verificare atunci când se decide acceptarea unui cadou.

- G**enuine (Autentic) Este acest cadou autentic și reprezintă o apreciere pentru ce am făcut în calitatea mea de funcționar public, sau este ceva solicitat sau încurajat de mine?
- I**ndependent (Independent) Dacă accept acest cadou, ar avea îndoieli o persoană rezonabilă că aș putea fi independent în munca mea, în special dacă persoana responsabilă pentru acest cadou este implicată sau afectată de decizia pe care aș putea-o lua?
- F**ree (Liber) Dacă accept acest cadou, aș fi liber de orice obligație de a face ceva în schimb pentru persoana responsabilă pentru cadou sau pentru familia, prietenii sau asociații acesteia?
- T**ransparent (Transparent) Sunt pregătit să declar acest cadou și sursa sa în mod transparent organizației mele și clienților săi, colegilor mei de muncă și mass-mediei și publicului în general?⁴⁷

Membrul organismului jurisdicțional ar trebui să continue să rezolve cazul numai dacă poate răspunde afirmativ la toate întrebările de mai sus. În caz contrar, membrul organismului jurisdicțional ar trebui să se retragă din cazul respectiv și să ceară înlocuirea sa.

Menționăm că, în conformitate cu Legea privind achizițiile publice, art.81, alin.(8), lit.d), consilierul nu este în drept să participe la procedura de soluționare a contestației dacă a primit sau i s-au promis bunuri ori avantaje de orice fel de către una dintre părți.

3.5 Unele aspecte în reglementarea conceptului de conflict de interes în RM

Conceptul de conflict de interese este reglementat de mai multe legi, cum ar fi Legea privind declararea averii și a intereselor personale, Codul administrativ și de Legea privind achizițiile publice.

Aceste prevederi legale nu sunt armonizate și deci anume ANSC îi va reveni acest rol atunci când se va confrunta cu un caz de conflict de interes. În acest sens, ANSC va ține cont de următoarele directive:

1. Când normele din diferite legi se vor complete una pe altă – atunci se vor aplica toate normele respective;
2. Atunci când regulile se contrazic, se va aplica actul adoptat ulterior, dar în cazul în care există o contradicție între regulile generale și cele speciale, se vor aplica regulile speciale.

Legea privind declararea averii și a intereselor personale reglementează noțiunea de conflict de interes. În același timp, atât Codul Administrativ cât și Legea achizițiilor publice conțin norme care stabilesc cazurile în care, în scopul asigurării nepărtinirii și obiectivității, funcționarul nu va putea participa la examinarea dosarului.

Astfel, avem trei legi, toate aplicabile ANSC, care reglementează situațiile în care un consilier nu va putea participa la examinarea contestației pe motiv că ar putea fi părtinitor.

În conformitate cu Legea privind declararea averii și intereselor personale conflict de interes real apare în cazul în care subiectul declarării este chemat să rezolve o cerere/un demers, să emită un act administrativ, să încheie direct sau prin intermediul unei persoane terțe un act juridic, să ia o decizie sau să participe la luarea unei decizii în care are interese personale sau care vizează persoane ce îi sînt apropiate, persoanele fizice și juridice cu care are relații cu caracter patrimonial și care influențează sau pot influența exercitarea imparțială și obiectivă a mandatului, a funcției publice sau de demnitate publică (art.12, alin.(3))

⁴⁷ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică – Set de Instrumente (2005), p. 43.

În art.2 al legii nominalizate găsim și noțiunile de interes personal, persoană apropiată:

Interes personal reprezintă orice interes material sau nematerial al subiectului declarării ce rezultă din activitățile sale în calitate de persoană privată, din relațiile sale cu persoane apropiate sau cu persoane juridice și alți agenți economici, indiferent de tipul de proprietate, din relațiile sau afiliațiile sale cu organizații necomerciale, inclusiv cu partidele politice și cu organizațiile internaționale (art.2).

Persoană apropiată este soțul/soția, copilul, concubinul/concubina subiectului declarării, persoana aflată la întreținerea subiectului declarării, de asemenea persoana înrudită prin sînge sau prin adopție cu subiectului declarării (părinte, frate/soră, bunic/bunică, nepot/nepoată, unchi/mătușă) și persoana înrudită prin afinitate cu subiectul declarării (cumnat/cumnată, socru/soacră, ginere/noră).

În același timp, persoană aflată la întreținere este persoana care întrunește cumulativ următoarele condiții:

- locuiește împreună cu subiectul declarării sau este întreținută de acesta, inclusiv în baza unui contract de întreținere pe viață;
- are un venit anual ce nu depășește două salarii medii lunare pe economie;

În conformitate cu art. 81(8) din Legea privind achizițiile publice consilierul nu este în drept să participe la procedura de soluționare a contestației dacă se află în una din următoarele situații, motiv pentru care decizia emisă va fi lovită de nulitate absolută:

- este soț/soție, rudă sau afin pînă la gradul al doilea inclusiv cu oricare dintre părți ori soțul, ruda sau afinul pînă la gradul al doilea inclusiv al consilierului are un interes în soluționarea contestației;
- a existat un raport de afaceri sau de muncă între consilier și una dintre părți în precedenții 2 ani de la soluționarea contestației;
- a făcut declarații publice care au legătură cu contestația care se soluționează;
- a primit sau i s-au promis bunuri ori avantaje de orice fel de către una dintre părți.

În conformitate cu art.49 Cod Administrativ într-o procedură administrativă, pentru o autoritate publică nu au dreptul să acționeze persoanele care:

- înseși au statut de participant la procedura administrativă;
- sînt membri de familie ai unui participant;
- în virtutea legii sau în baza procurii, reprezintă în general sau în această procedură administrativă un participant;
- sînt membri de familie ai reprezentantului unui participant în această procedură administrativă;
- desfășoară activitate remunerată la un participant al procedurii administrative sau activează la el în calitate de membru al consiliului de conducere, al consiliului de supraveghere sau al unui alt organ de acest gen. Această prevedere nu se aplică persoanelor angajate la o instituție de drept public participantă la procedura administrativă;
- în chestiunea respectivă au întocmit o expertiză sau au acționat în mod similar în afara calității lor funcționale/de serviciu.

De asemenea, în conformitate cu art.50 Cod Administrativ, pentru o autoritate publică într-o procedură administrativă nu pot acționa, persoanele în privința cărora există un motiv de justificare a neîncrederii față de o exercitare imparțială a funcției. Motivul indicat poate exista, în special, atunci cînd persoana care acționează pentru autoritatea publică:

- întreține relații personale strînse cu un participant la procedura administrativă ori cu reprezentantul legal sau împuternicit al acestuia;
- și-a expus părerea în public în mod depreciativ sau într-un alt mod ce poate fi contestat în privința unui participant la această procedură;

- și-a expus părerea în public cu privire la finalitatea procedurii sau la aprecierea probelor pînă la încheierea procedurii;
- are un interes economic sau personal față de rezultatul procedurii administrative.

Luând în considerație articolele prezentate mai sus deducem următoarele. Un consilier nu va putea participa la examinarea unei contestații dacă:

- a existat un raport de afaceri sau de muncă între consilier și una dintre părți în precedenții 2 ani de la soluționarea contestației;
- a făcut declarații publice care au legătură cu contestația care se soluționează, și-a expus părerea în public în mod depreciativ sau într-un alt mod ce poate fi contestat în privința unui participant la această procedură; și-a expus părerea în public cu privire la finalitatea procedurii sau la aprecierea probelor pînă la încheierea procedurii;
- a primit sau i s-au promis bunuri ori avantaje de orice fel de către una dintre părți.
- înseși au statut de participant la procedura administrativă;
- sînt membri de familie ai unui participant;
- în virtutea legii sau în baza procurii, reprezintă în general sau în această procedură administrativă un participant;
- sînt membri de familie ai reprezentantului unui participant în această procedură administrativă;
- desfășoară activitate remunerată la un participant al procedurii administrative sau activează la el în calitate de membru al consiliului de conducere, al consiliului de supraveghere sau al unui alt organ de acest gen. Această prevedere nu se aplică persoanelor angajate la o instituție de drept public participantă la procedura administrativă;
- în chestiunea respectivă au întocmit o expertiză sau au acționat în mod similar în afara calității lor funcționale/de serviciu.
- există un motiv de justificare a neîncrederii față de o exercitare imparțială a funcției (în special, dar lista nu este exhaustivă):

Și în procedura de soluționare a cazurilor când consilierul nu poate participa la examinarea cauzei avem concurență de norme. Legea privind declararea averii și intereselor personale prevede în art.14 modul de soluționare a conflictului de interes real, iar Codul administrativ procedura de abținere sau recuzare a consilierului care nu are dreptul să participe la examinarea cauzei (art.51, 52) . ANSC va trebui să aplice ambele legi, armonizându-le în dependență de temeiul care nu permite consilierului să participe la examinarea cauzei și alte circumstanțe relevante.

3.6 Idei preconceptuate și prestabilite

Membrii organismelor juridicționale au dreptul de a avea propriile lor opinii personale. Într-adevăr, deseori se poate aștepta ca membrii organismelor juridicționale să își folosească propriile opinii sau idei în desfășurarea activității. Cu toate acestea, a avea opinii puternice despre un anumit subiect poate crea riscul de idei preconceptuate ori prestabilite. Membrii organismelor juridicționale ar putea fi considerați a fi implicați într-un conflict de interese (lipsiți de obiectivitate) în cazul în care comportamentul sau convingerile lor indică (în special dar nu neapărat necesar atunci când sunt exprimate printr-o declarație publică) că au luat o hotărâre asupra unei chestiuni înainte de a fi fost audiată sau deliberată. Cu alte cuvinte, membrii au o 'minte închisă' sau 'o poziție fixă' și nu sunt dispuși să analizeze toate informațiile și argumentele relevante.⁴⁸ Asemenea tipuri de idei preconceptuate și prestabilite ar încălca obligația acestora de a fi imparțiali în procesul decizional și astfel ar da naștere unor conflicte de interese.

Factori generali personali ca de exemplu, etnicitatea, religia, originea națională, vârsta, înclinații politice sau filozofice, bunăstarea sau educația profesională a membrilor organismelor juridicționale nu constituie în general idei preconceptuate, exceptând dacă acestea dau naștere unor convingeri personale puternice care

⁴⁸ Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General (Gestionarea conflictelor de interese: ghid pentru entitățile publice, controlorul financiar și auditorul general), Noua Zeelandă, 2007, p.20.

sunt legate direct de cauza analizată. Numai atunci ar putea acesta fi considerat drept conflict de interese.⁴⁹

3.7 Gestionarea conflictelor de interese

Membrul organismului juridicțional are obligația de a rezolva un conflict de interese datorat intereselor sale private sau altor interese conflictuale imediat ce este posibil după ce a aflat despre acesta. Dacă membrul nu are certitudinea existenței unui conflict de interese, acesta ar trebui să se consulte cu directorul organismului juridicțional. Există două aspecte în rezolvarea unor astfel de situații. În primul rând, identificarea și declararea conflictului de interese, care este în primul rând responsabilitatea membrului organismului juridicțional și înregistrarea sau declararea în scris către directorul organismului juridicțional a potențialului conflict de interese. În al doilea rând, identificarea acelei acțiuni care este necesară, dacă este cazul, pentru a evita sau reduce în cea mai mare măsură conflictului de interese. Aceasta este responsabilitatea organismului juridicțional.

În toate situațiile în care un membru al organismului juridicțional recunoaște un conflict de interese, acesta trebuie să îl informeze pe directorul organismului juridicțional și să încerce să rezolve fără întârziere problema. Acest lucru este necesar nu numai pentru a proteja imparțialitatea organismului juridicțional, dar și pentru a-l proteja pe membru față de probleme personale.

Precum s-a menționat mai sus, nici în Legea privind achizițiile publice și nici în Regulamentul ANSC nu este descris modul de gestionare a conflictelor de interese în cazul contestațiilor în procedura de achiziții publice, acestea reglementând doar anumite aspecte mai cu seamă sub formă de restricții și incompatibilități. Însă procedura de gestionare a conflictelor de interese este descrisă în Legea cu privire la declararea averii și a intereselor personale, (art.12-15), care se aplică necondiționat activității ANSC.

3.7.1 Cum se identifică un conflict de interese?

Este important să se acorde atenție suprapunerii celor două interese. Cu alte cuvinte, dacă celălalt interes al membrului are vreo legătură cu cauza specială supusă atenției organismului juridicțional.

Prin urmare, este mai bine să se învețe prin a fi deschis atunci când se decide dacă membrul organismului juridicțional ar trebui să declare conflicte potențiale de interese. Cu toate acestea, multe situații nu sunt clare. Dacă un membru nu are certitudinea că o anumită situație constituie un conflict de interese, este mai sigur și mai transparent să declare interesul directorului organismului juridicțional și, potrivit recomandării acestuia, să îl declare restului membrilor la adunarea consiliului de administrație.

Subiectul este apoi deschis publicului și poate fi folosită experiența altor membri ai organismelor juridicționale pentru a stabili dacă situația constituie un conflict de interese și dacă este suficient de serioasă pentru a justifica acțiuni ulterioare.⁵⁰ Membrul respectiv nu ar trebui să participe la adoptarea unei decizii privind conflictul său potențial de interese.

3.7.2 Cum se declară un conflict de interese în conformitate cu legislația Republicii Moldova?

Conflictul potențial de interese se declară din timp, sub forma unei declarații scrise, în conformitate cu art.5 al Legii privind declararea averii și intereselor personale și cade în totalitate în responsabilitatea membrului.

Această declarație, printre altele, are ca scop prevenirea apariției unui conflict de interese real.

⁴⁹ Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, controlorul financiar și auditorul general) Noua Zeelandă, 2007, p. 20.

⁵⁰ Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, controlorul financiar și auditorul general), Noua Zeelandă, 2007, p. 27-28.

Evitarea survenirii acestuia este responsabilitatea conducătorului ierarhic al organismului jurisdicțional potrivit art.12, alin.(2) al Legii privind declararea averii și intereselor personale, care prevede că conducătorul ierarhic superior acordă consultanță privind evitarea survenirii unui conflict real ca efect al celui potențial.

În cazul apariției unui conflict real, membrul organului jurisdicțional este obligat să informeze șeful ierarhic sau organul ierarhic superior imediat, dar nu mai târziu de 3 zile de la data constatării, despre conflictul de interese în care se află (art.12, alin.(4), lit.a) al Legii privind declararea averii și intereselor personale). Potrivit alin.(6), art.12, declarația privind conflictul de interese real se înregistrează în Registrul declarațiilor privind conflicte de interese ținut conform anexei nr. 4 de către persoana desemnată de conducătorul organizației publice.

Dacă într-un conflict de interese real se va afla însăși conducătorul organului jurisdicțional, în conformitate cu alin.(7) al articolului menționat mai sus, acesta trebuie să informeze Autoritatea Națională de Integritate imediat, dar nu mai târziu de 3 zile de la data constatării.

Declarația se depune înainte de soluționarea cazului, iar membrul se va abține de la soluționarea contestației până la soluționarea conflictului. În conformitate cu art. 81, alin.(8) al Legii privind achizițiile publice, consilierul nu este în drept să participe la procedura de soluționare a contestației dacă se află în conflict de interese, motiv pentru care decizia emisă va fi lovită de nulitate absolută.

Deși legile în domeniu nu prevăd expres, ar fi corect ca membrul unui organism jurisdicțional care are informații că un coleg sau directorul organismului jurisdicțional are un interes, acesta să aducă acest lucru la cunoștința directorului organismului jurisdicțional sau autorității ierarhic superioare (în cazul Republicii Moldova, Autorității Naționale de Integritate) dacă este implicat directorul organismului jurisdicțional.

Conflictul de interese se va soluționa în primul rând de către însăși declarant, respectiv de membrul care se află în conflict, prin abținerea de la soluționarea cazului, informând toate părțile vizate de decizia sa asupra măsurilor luate pentru a proteja corectitudinea procesului de luare a deciziilor.

Evident, pot exista situații în care membrul nu se abține, fie cu rea credință, fie pur și simplu din motiv că, precum s-a menționat mai sus, multe situații nu sunt atât de clare și neechivoce. Însă, dacă un membru al organismului jurisdicțional nu are certitudinea că o anumită situație constituie un conflict de interese, este mai sigur și mai transparent să declare interesul directorului organismului jurisdicțional.

În conformitate cu art.14, alin.(5) al Legii privind declararea averii și intereselor personale, conducătorul organizației publice, în termen de 3 zile de la data la care a fost informat despre conflictul de interese real al declarantului, are obligația să soluționeze conflictul de interese, aplicând una dintre următoarele opțiuni, în măsura în care legile speciale nu prevăd altfel:

- restricționarea accesului declarantului afectat de un conflict de interese la anumite informații sau restricționarea participării lui la examinarea situațiilor care au legătură cu interesul său personal;
- transferul declarantului într-o altă funcție, cu acordul scris al acestuia;
- redistribuirea sarcinilor și responsabilităților declarantului atunci când se consideră că un anumit conflict de interese real va continua să existe.

De asemenea, potrivit p.28 din Regulamentul ANSC, în cazul în care consilierul declară un conflict de interese sau presupune argumentat apariția unui potențial conflict de interese, contestația va fi transmisă spre examinare și soluționare unui alt complet.

La soluționarea cazurilor de conflict, conducătorul va ține cont în mod obligatoriu de toate prevederile din domeniu (Legea privind declararea averii și intereselor personale, Legea privind achizițiile publice, Regulamentul ANSC) și va armoniza aceste acte legislative prin actul său de aplicare a legii.

În cazul în care directorul organismului jurisdicțional nu poate soluționa un conflict de interese real, acesta se adresează Autorității Naționale de Integritate. (alin.(7), art.14 al Legii privind declararea averii și intereselor personale).

În acest caz, conflictul de interese real se soluționează de către Autoritatea Națională de Integritate în termen de 3 zile lucrătoare de la primirea informației privind existența unui conflict de interese real, prin oferirea uneia dintre următoarele soluții:

- recomandarea de a delega responsabilitatea de emitere/adoptare a actului administrativ, de încheiere a actului juridic, de participare la luarea deciziei sau de luare a deciziei către un terț;
- recomandarea de a accepta emiterea/adoptarea actului administrativ, încheierea actului juridic, participarea la luarea deciziei sau luarea deciziei.

3.7.3 Impactul juridic al nesoluționării unui conflict de interese

În situația în care organismul jurisdicțional nu abordează în mod corespunzător situația de conflict de interese și decizia organismului jurisdicțional este adoptată în contextul unui conflict real de interese, o asemenea decizie poate fi atacată în instanță. Dacă se dovedește existența unui conflict de interese, instanța va declara decizia nulă și aceasta nu ar avea nici un efect juridic (art.81, alin.(8) Legea privind achizițiile publice, art.15 Legea privind declararea averii și intereselor personale).

3.7.4 Numire și raporturi de muncă după încetarea mandatului

Setul de Instrumente OCDE⁵¹ recomandă că pentru o perioadă de doi ani după încetarea raporturilor cu organismul jurisdicțional, fostul membru nu ar trebui să reprezinte nicio persoană sau organizație într-un conflict sau o relație comercială cu administrația publică pentru atribuțiile pe care le-a îndeplinit sau le continuă.

Legea Republicii Moldova în principiu se aliniază acestor recomandări. Astfel potrivit art.18-20 al Legii privind declararea averii și intereselor personale:

- declaranții care și-au încetat mandatul sau raporturile de muncă ori de serviciu pe parcursul ultimului an de muncă sau de serviciu, având atribuții directe de supraveghere sau control al unor organizații comerciale și necomerciale, nu au dreptul să se angajeze, timp de un an, în cadrul acestor organizații;
- în cazul în care declarantul a încetat să-și îndeplinească obligațiile într-o organizație publică, întreprinderea în care el sau persoane apropiate lui dețin cote în capitalul social ori lucrează în structuri de conducere sau de revizie nu are dreptul, timp de un an, să încheie contracte comerciale cu organizația publică în care a activat persoana menționată;
- declaranții care și-au încetat raporturile de muncă sau de serviciu nu pot reprezenta, timp de un an, interesele persoanelor fizice sau juridice în organizația publică în care au activat, nici nu pot reprezenta persoane fizice sau juridice în probleme ce țin de atribuțiile de serviciu îndeplinite anterior.

3.8 Exemplul austriac

În Austria, prevederile relevante pentru autoritățile competente se găsesc în Legea privind procedura generală administrativă 1991. Legea prevede că în exercitarea atribuțiilor lor, funcționarii publici trebuie să nu își exercite funcțiile și să ceară numirea unui supleant. Cazurile relevante sunt:

- în chestiuni în care ei personal sau rudele lor sau o persoană sub tutela lor este implicată. Legea definește rudele ca fiind soțul/soția, rudele în linie dreaptă și rudele de gradul doi, trei și patru în linie colaterală, rudele prin alianță în linie dreaptă și rudele prin alianță de gradul doi în linie colaterală, părinții adoptivi și

⁵¹ Ghidul OECD pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică – Set de Instrumente (2005), p. 41.

copii adoptivi și asistenții maternali și copiii în plasament social, persoanele care trăiesc împreună în parteneriat civil pe viață precum și copiii și nepoții uneia dintre aceste persoane în relația față de cealaltă persoană, ca și partenerul consensual. Calitatea unei persoane de rudă bazată pe căsătorie continuă chiar dacă relația conjugală a încetat să mai existe;

- în chestiuni în care au fost sau încă sunt numiți în calitate de reprezentanți ai unui partid;
- dacă există orice alte motive importante ce rezultă în incertitudini cu privire la imparțialitatea deplină a persoanei;
- într-o procedură de apel, dacă au fost implicați în emiterea hotărârii care este atacată sau a deciziei preliminare care este atacată.

Cazurile 1,2 și 4 conduc la încetarea imediată a implicării funcționarului administrativ în chestiunea respectivă fără niciun fel de alte cercetări. Funcționarul trebuie doar să își informeze superiorul și să transfere dosarul adjunctului său. Cazul 3 impune cercetări suplimentare care trebuie efectuate cu un superior. Funcționarul trebuie să indice conflictul de interese din proprie inițiativă imediat ce acesta este recunoscut. Prin aceste prevederi Austria urmărește să asigure imparțialitatea factorilor decizionali. Dacă un funcționar administrativ încalcă această prevedere și ignoră un conflict de interese, decizia sa poate fi anulată și pot fi adoptate măsuri disciplinare.

3.9 Studii de caz din practica internațională

Următoarele studii de caz urmăresc să ilustreze modul în care pot apărea conflictele de interese și maniera în care aceste conflictele de interese pot fi soluționate în practica. Studiile de caz prezentate nu trebuie considerate drept prescriptive pentru nicio situație dată, având în vedere că acestea urmăresc să ilustreze exemple de situații și nu reguli prescriptive pentru soluții de gestionare a situațiilor. În practică, uneori o mică diferență în context sau detaliu poate fi critică și poate necesita o tratare complet diferită a situației sau poate impune membrilor unui organism jurisdicțional să își exercite propriile competențe și raționament pentru gestionarea unui anumit conflict de interese.

Studiu de caz 1

Relație de familie cu contestatorul⁵²

Situație

A este membru al unui organism jurisdicțional de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor. A se ocupă de o contestație împotriva deciziei unei Direcții de Sănătate Districtuale (DSD). DSD externalizează anumite funcțiuni unui număr de furnizori din sectorul privat. Contestația a fost depusă de o companie licitantă necâștigătoare al cărei director general și acționar semnificativ este cumnatul lui A.

Probleme

În această situație există un conflict de interese. Cu toate acestea, nu este un conflict de interese financiare deoarece A nu are relații cu contestatorul și nu este dependent din punct de vedere financiar de cumnatul său. Cu toate acestea, legătura de familie cu contestatorul este rezonabil de apropiată iar decizia care trebuie luată de organismul jurisdicțional se referă direct la contestator. Este probabil ca A să aibă un sentiment de loialitate față de cumnatul său, sau cel puțin aceasta ar fi o percepție probabilă care ar da deciziei un aer de parțialitate.

Rezolvare

Odată ce află despre contestația depusă la organismul jurisdicțional, A ar trebui să îl informeze imediat pe

⁵² Studiul de caz a fost adaptat în scopul acestui capitol pe baza studiului de caz descris în - Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, controlorul financiar și auditorul general), Noua Zeelandă, 2007, p. 34-35.

directorul organismului jurisdicțional despre relația sa personală cu contestatorul. Directorul organismului jurisdicțional ar trebui să îl excludă pe A de la participarea în orice evaluare, analiză sau proces decizional cu privire la acest caz. Ar putea fi prudent, de asemenea, să ia măsuri pentru a asigura că A nu are acces la documente și informații referitoare la licitația DSD contestată, în special la informații confidențiale depuse de concurenții contestatorului. Faptul că ruda lui A joacă un rol important al contestatorului este relevant pentru evaluarea acestei situații. Răspunsul ar fi diferit dacă ruda ar fi într-o poziție mai îndepărtată în cadrul societății licitante necâștigătoare și nu ar fi fost implicat personal în oferta contestatorului. Răspunsul ar putea, de asemenea, să fie diferit dacă contestatorul ar fi o mare companie iar ruda ar fi fost îndepărtată și pe care A a întâlnit-o doar într-un număr mic de ocazii. Estimarea apropierei unor relații personale față de cineva sau imaginea unei asemenea apropieri necesită un raționament atent.⁵³

Studiu de caz 2

Relația personală cu un contestator⁵⁴

Situație

E, membră a unui organism jurisdicțional, este desemnată să rezolve o contestație în legătură cu o lucrare de construcție achiziționată de un departament guvernamental. Această contestație este formulată împotriva atribuirii contractului firmei Constructions SA.

Acesta cunoaște personal foarte bine Constructions SA, având în vedere că E a folosit această firmă pentru a-și construi propria sa casă cu un an în urmă. În plus, E folosește în prezent Constructions SA pentru a executa modificări structurale asupra unor alte proprietăți deținute de ea. Din acest motiv E îi cunoaște foarte bine pe administratorii societății Constructions SA și le apreciază foarte mult activitatea.

Probleme

Această situație poate crea un conflict de interese, ținând cont de faptul că se așteaptă ca E să fie imparțială și să efectueze o analiză profesională a contestației. Cu toate acestea, E ar putea fi considerată ca fiind prea apropiată de unul dintre ofertanți.

Rezolvare

În acest caz este probabil neindicat pentru E să joace vreun rol în adoptarea unei decizii în legătură cu contestația și E ar trebui înlocuită. Aceasta deoarece tranzacțiile lui E cu firma sunt recente și semnificative.

Riscul este că dacă contestația este respinsă, legăturile personale ale lui E cu Constructions SA ar putea permite cuiva să pretindă că decizia organismului jurisdicțional a fost influențată de favoritism.

Aceste situații nu sunt întotdeauna clare. În domenii mici sau specializate, oamenii deseori au un oarecare grad de relații personale sau tranzacții anterioare cu alți oameni sau companii în legătură cu care trebuie să adopte decizii. Totuși, acesta nu este neapărat un lucru rău, deoarece în multe cazuri aceste relații ar putea fi considerate prea îndepărtate sau ne semnificative. De exemplu, în acest caz răspunsul ar fi probabil diferit dacă lucrările private ale firmei pentru E ar fi constat într-un singur contract minor executat cu câțiva ani înainte.

⁵³ Conform legislației RM și anume art.2, art.12, alin.(3) al Legii privind declararea averii și intereselor personale, în acest caz avem un conflict real de interese, mai mult ca atât art.81, alin.(8) al Legii privind achizițiile publice prevede expres că funcționarul nu poate participa la luarea deciziei dacă este afn până la gradul II cu cineva din părți.

⁵⁴ Studiul de caz a fost adaptat în scopul acestui capitol pe baza studiului de caz descris în Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General (Gestionarea conflictelor de interese: Ghid pentru entitățile publice, controlorul financiar și auditorul general), Noua Zeelandă, 2007, p. 41-42.

În plus, un raționament atent ar fi, de asemenea, necesar dacă contestatorul sau compania ce ar fi afectată de contestație ar fi condusă de un prieten sau cunoștință a lui E. De exemplu, ar putea fi inadecvat ca E să fie implicată în analiza contestațiilor dacă firma respectivă ar fi condusă de un foarte bun prieten pe care E îl cunoaște de mulți ani și care a venit la nunta ei. O regulă similară s-ar aplica dacă E ar avea un prieten apropiat la autoritatea contractantă care ar fi responsabil pentru procesul de achiziție. Pe de altă parte, s-ar putea să nu existe nicio problemă dacă E pur și simplu cunoaște o persoană în mod accidental prin afilierea la același club sportiv. O atenție sporită ar fi necesară dacă E ar fi lucrat pentru firma respectivă. De exemplu, situația ar putea fi problematică dacă E ar fi fost angajată cu normă întreagă a firmei în anul precedent. Prin contrast, s-ar putea să nu fie nicio problemă dacă E ar fi lucrat cu câțiva ani înainte.⁵⁵

Studiu de caz 3

Relația personală cu avocatul unei părți implicate în procedura de soluționare⁵⁶

Situație

A este membră a organismului juridicțional. Ea trăiește cu B care lucrează în calitate de avocat specializat în achizițiile publice. A trebuie să soluționeze o contestație formulată de C. După informarea autorității contractante A este informată că firma de avocatură a lui B va reprezenta autoritatea contractantă.

Probleme

Chiar dacă B nu se ocupă de caz, B are un anumit interes să câștige cazul. B ar putea încerca să o influențeze pe A pe durata lucrărilor organismului juridicțional și asupra adoptării unei decizii în cazul respectiv. A s-ar putea afla sub presiune deoarece A nu dorește să lucreze împotriva partenerului său de viață și să le strice relația.

Rezolvare

A trebuie să îl informeze pe directorul organismului juridicțional despre acest conflict de interese. Directorul organismului juridicțional o va exclude pe A din procesul decizional în legătură cu acest caz datorită acestui potențial conflict personal.⁵⁷

Studiu de caz 4

Relație socială cu un contestator sau cu autoritatea contractantă

Situație

În diverse ocazii și deseori în timpul lor liber, majoritatea înalților funcționari ai organismelor juridicționale participă la prânzuri sau dineuri cu persoane având o largă gamă de interese sociale și comerciale, inclusiv reprezentanții din școli, biserici, dezvoltatori imobiliari și consultanți, sau cu reprezentanți ai autorităților contractante. Acestea sunt înțelese ca făcând parte din activitățile generale ale înalților funcționari și nu există niciun onorariu sau alți bani implicați. Această activitate nu a fost considerată niciodată ca o problemă pentru organismele juridicționale.

⁵⁵ O astfel de situație nu este expres prevăzută în lege ca în cazul precedent, dar poate fi dedusă din interpretarea noțiunii de interes personal reglementată în art.2 al Legii privind declararea averii și intereselor personale în coroborare cu art.12, alin.(3) din aceeași lege și anume din fraza "ce reies din preferințele persoanei". De asemenea, în dependență de circumstanțele cauzei poate fi aplicat și art.81, alin.(8) lit.d): "Consilierul nu este în drept să participe la procedura de soluționare a contestației dacă a primit sau i s-au promis bunuri ori avantaje de orice fel de către una dintre părți."

⁵⁶ Acest exemplu este luat din practica Bundesvergabeamt și este adaptat.

⁵⁷ Ținând cont de noțiunea de interes personal reglementată în art.2 al Legii privind declararea averii și intereselor personale, am putea deduce că în acest caz e vorba de un "interes nematerial ce rezultă din relații cu persoane apropiate" și deci poate fi constatat un conflict de interese.

Doi membri ai unui organism jurisdicțional au participat recent la un eveniment care a fost raportat într-un ziar ca un prânz găzduit de o proeminentă firmă locală de construcții. Prânzul a avut loc cu o săptămână înainte ca organismul jurisdicțional să decidă în favoarea contestației formulate de firma de construcție.

Probleme

În timp ce un oarecare contact social între membrii organismelor jurisdicționale și reprezentanții sectorului privat sau ai autorităților contractante este inevitabil și deseori poate fi dezirabil, organizarea și planificarea prânzului este de natură a ridica suspiciuni asupra integrității membrilor implicați în procesul decizional și a integrității întregii proceduri de soluționare a contestațiilor de către organismul jurisdicțional. Prânzul creează, de asemenea, cel puțin un conflict aparent de interese pentru membri. În acest exemplu, este lipsit de relevanță dacă prânzul a avut loc în timpul liber al membrilor organismului jurisdicțional deoarece nu pot pretinde că au participat la prânz în calitate de persoane private.

Rezolvare

Organismul jurisdicțional trebuie să poată demonstra că procedura de soluționare nu a fost afectată de influențe inadecvate sau corupte. Dacă acesta nu poate demonstra că procedura de soluționare nu a fost afectată de influențe inadecvate sau corupte, această situație poate fi un exemplu de "stat captiv", unde o decizie oficială favorabilă a fost obținută printr-o influență ascunsă prin metode corupte. Prin urmare, acest caz ar trebui investigat.⁵⁸

Prin urmare, membrii organismelor jurisdicționale trebuie întotdeauna să cântărească cu mare atenție orice participare la evenimente sociale la care pot fi prezenți contestatorii sau autoritățile contractante. Mai mult decât atât, organismele jurisdicționale trebuie să analizeze dacă o asemenea participare poate fi văzută ca o influență inadecvată în adoptarea deciziilor ulterioare în procedurile de soluționare a contestațiilor.⁵⁹

Studiu de caz 5

Interes personal

Situație

O firmă de calculatoare a donat calculatoare vechi unei școli la care învață nepotul unui bun prieten al membrului organismului jurisdicțional. În plus, firma de calculatoare oferă stagii de practică studenților din școală selectați printr-un proces foarte competitiv. Membrul este conștient de acest lucru având în vedere că a discutat această oportunitate cu prietenul său la un dineu. Prietenul este convins că nepotul său va fi admis la stagiul de practică în firmă, deoarece este unul dintre cei mai buni studenți.

Firma de calculatoare a depus o contestație la organismul jurisdicțional. Firma de calculatoare nu are cunoștință de relația dintre unul dintre solicitanții de stagiul și membrul organismului jurisdicțional. Cu toate acestea, ar putea afla despre aceasta. Cazul este complex și o ușoară schimbare în interpretarea condițiilor licitației ar putea conduce la soluționarea cazului fie în detrimentul, fie în favoarea contestatorului.

Probleme

Membrul organismului jurisdicțional are un anumit interes personal marginal în caz, deoarece îl cunoaște foarte bine pe unchiul unui student care a solicitat participarea la un stagiul de practică în firmă.

⁵⁸ Studiul de caz a fost adaptat în scopul acestui capitol pe baza studiului de caz descris în Ghidul OCDE pentru rezolvarea conflictului de interese în administrația publică – Set de Instrumente (2005), p. 85.

⁵⁹ De asemenea, luând în considerare noțiunea de interes personal reglementată în art.2 al Legii privind declararea averii și intereselor personale, am putea constata că în acest caz avem un interes material sau nematerial ce rezultă din activitățile sale în calitate de persoană privată.

Data fiind relația cu unchiul, s-ar putea argumenta că acesta ar dori să își ajute prietenul asigurând stagiul pentru nepotul său în schimbul unei decizii în favoarea firmei de calculatoare.

Rezolvare

Membrul organismului jurisdicțional ar trebui să prezinte această situație directorului organismului jurisdicțional. Problema este că relația dintre membrul organismului jurisdicțional și nepot, care ar putea fi persoana care ar profita de decizia în favoarea firmei de calculatoare este îndepărtată. În plus, contestatorul – firma de calculatoare – nu are cunoștință despre relația dintre unul dintre solicitanții de stagiul și membru. Mai mult decât atât, nepotul respectiv nu trebuie să fie "constrâns sau împins" să solicite stagiul. Având în vedere aceste aspecte, membrul organismului jurisdicțional ar putea participa la procesul decizional.⁶⁰

Studiu de caz 6

Interes politic

Situație

Un membru al unui organism jurisdicțional este membru titular al unui partid politic. Reprezentantul legal al autorității contractante este membru în același partid politic. Atât reprezentantul legal al autorității contractante cât și membrul sunt conștienți de această situație. Contestatorul este, de asemenea, conștient de faptul că reprezentantul legal al autorității contractante și membrul organismului jurisdicțional sunt membri ai aceluiași partid politic.

Probleme

Membrul organismului jurisdicțional ar putea avea un interes politic în acest caz.

Rezolvare

În cazul în care comportamentul membrului organismului jurisdicțional indică faptul că are puternice opinii politice și că este loial partidului politic – ceea ce a demonstrat și în public - membrul ar putea fi considerat părtinitor iar directorul organismului jurisdicțional ar trebui să îi ceară să se abțină de la exprimarea unui vot în cauza respectivă, astfel încât să nu creeze o atmosferă de preferințe politice. Acest lucru este valabil în mod deosebit în situațiile în care contestația sugerează că autoritatea contractantă – Ministerul – nu a respectat regulile de achiziție și orice informații negative ar putea avea impact asupra preferințelor electorale pentru partidul politic al cărui membru este reprezentantul legal al autorității contractante.

Dimpotrivă, dacă membrul organismului jurisdicțional este doar un membru titular de partid, fără un profil politic de susținere a partidului, și nu există semne că această orientare politică poate prevala față de o aplicare imparțială a legii, atunci nu ar exista nici un temei pentru reținerea membrului organismului jurisdicțional de la procesul decizional în cadrul procedurilor de soluționare a contestațiilor.⁶¹

3.10 Studiu de caz din Republica Moldova

Relațiile de muncă – potențial risc de conflict de interese

⁶⁰ Evident, ținând cont de formularea destul de largă a noțiunilor de conflict de interese și interes personal reglementate de lege, am putea în anumite circumstanțe să constatăm aici un conflict de interese, adică legislația moldovenească oferă fond legal dar este puțin probabil ca în final să fie determinat un conflict de interese într-un asemenea caz.

⁶¹ În Republica Moldova, membru al Agenției Naționale de Soluționare a Contestațiilor nu poate fi un membru al unui partid politic, aceasta fiind o cerință pentru a candida la funcția de consilier pentru soluționarea contestațiilor, în conformitate cu art.81, alin.(5), lit. g) Legea privind achizițiile publice.

Circumstanțele de fapt

Ofertantul perdant a atacat decizia autorității contractante de atribuire a contractului de achiziție publică a produselor alimentare către câștigătorul SV SRL. Contestatorul a invocat printre altele existența unui conflict de interese manifestat prin faptul că administratorul ofertantului câștigător SV SRL, și anume CV, este salariat al autorității contractante.

Soluția ANSC

ANSC a reținut că funcția de administrator a ofertantului câștigător și salariat în cadrul autorității contractante, nu constituie nemijlocit un conflict de interese în sensul art. 79 din Legea privind achizițiile publice nr. 131/15. Însă această situație ar putea influența integritatea grupului de lucru, fapt ce ar pune în pericol exercitarea imparțială și obiectivă a obligațiilor și responsabilităților acestuia ceea ce, în consecință, ar putea duce la încălcarea principiilor de bază prevăzute la art. 7 din Legea privind achizițiile publice nr. 131/15. Prin urmare ANSC a decis sesizarea Autorității Naționale de Integritate în vederea stabilirii existenței sau inexistenței unui conflict de interese în ceea ce privește persoanele vizate, raportat la speța în cauză.⁶²

Consilier în cadrul consiliului raional

Circumstanțele de fapt

Ofertantul perdant a atacat decizia autorității contractante (instituție de învățământ) de atribuire a contractului de achiziție publică a serviciilor de transport către câștigătorul OT SRL. Contestatorul a invocat printre altele existența unui conflict de interese manifestat prin faptul că administratorul ofertantului câștigător OT SRL, și anume SB, este consilier raional în raionul în jurisdicția căruia se află autoritatea contractantă.

Soluția ANSC

ANSC a reținut că SB nu făcea parte din grupul de lucru al autorității contractante. Totodată ANSC a subliniat că argumentele contestatorului precum că conflictul de interese invocat ar rezulta din faptul că Consiliul Raional AN a alocat sursele financiare pentru autoritatea contractantă respectivă nu se încadrează în temeiurile de excludere prevăzut de articolul 19 alin. (3) lit. h) din Legea privind achizițiile publice nr. 131/15.⁶³

Relațiile de muncă încheiate – potențial risc de conflict de interese

Circumstanțele de fapt

Ofertantul perdant a atacat decizia autorității contractante (instituție de învățământ) de atribuire a contractului de achiziție publică a serviciilor de supraveghere tehnică către câștigătorul FP SRL. Contestatorul a invocat printre altele existența unui conflict de interese manifestat prin faptul că administratorul ofertantului câștigător FP SRL, și anume AT, a fost salariat al autorității contractante cu cinci ani în urmă, iar în prezent este consultant regional al Agenției de Cooperare Internațională a Germaniei (GIZ) care se află cu sediul în aceeași clădire.

Soluția ANSC

ANSC a reținut că AT nu activează la autoritatea contractantă de mai bine de cinci ani. Faptul că la momentul examinării cauzei AT era salariat la GIZ unde supraveghea proiectele finanțate din sursele financiare GIZ nu creează un conflict de interese mai ales având în vedere că obiectul achiziției este finanțat din bugetul de stat.

⁶² Decizia ANSC nr. 03D-376-19 din 29.06.19.

⁶³ Decizia ANSC nr. 03D-762-20 din 15.10.2020.

Prin urmare ANSC a concluzionat că aceste circumstanțe nu reprezintă temei de excludere a ofertantului în sensul articolului 19 alin. (3) lit. h) din Legea privind achizițiile publice nr. 131/15.⁶⁴

3.11 Rezumat

O cerință esențială a justiției administrative este ca membrii organismelor jurisdicționale să fie imparțiali și să nu fie influențați în procesul lor decizional de factori externi sau interni. Dată fiind această cerință, un principiu de drept fundamental este imparțialitatea factorilor de decizie. Aceasta asigură că deciziile organismului jurisdicțional se bazează pe criterii obiective și nu pe părtinire, idei preconcepute, sau pe preferința arătată de membrii organismelor jurisdicționale față de o parte în detrimentul celeilalte părți din motive improprii. Conștienți de această situație, în derularea procedurii de soluționare a contestațiilor în cadrul unui proces de achiziții poate interveni un conflict real de interese atunci când un membru nu abordează cazul respectiv cu o atitudine imparțială și pericolul ulterior ca membrul să poată analiza cazul în mod inechitabil favorizând o parte supusă procedurilor.

În situații ca acestea, interesele private ale unui membru afectează, au afectat sau ar putea afecta exercitarea atribuțiilor și responsabilităților lor într-un mod incorect. Din acest motiv, organismele jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor trebuie să stabilească, să publice și să disemineze pentru membrii săi o politică a conflictelor de interese, care să stabilească în mod clar aspectele referitoare la caracteristicile generale ale situațiilor de conflict de interese, identificarea cazurilor specifice de situații inacceptabile de conflict de interese, declararea conflictelor de interese și identificarea acțiunilor necesare pentru a se evita efectele conflictelor de interese. Pentru organismele jurisdicționale de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor, interesul privat înseamnă orice element care poate avea un impact asupra unei persoane sau grup și include interesele personale, politice, profesionale, financiare și sociale ale unui membru; include, de asemenea, interesele personale, politice, profesionale, financiare și sociale ale persoanelor sau grupurilor cu care aceștia au relații strânse.

Deși acest capitol oferă o amplă asistență membrilor organismelor jurisdicționale în identificarea conflictelor de interese, acesta recunoaște în același timp că toți membrii organismelor jurisdicționale au dreptul de a avea propriile lor opinii personale. Într-adevăr, este de așteptat ca membrii să își folosească propriile opinii sau idei în desfășurarea activității lor. Cu toate acestea, în timp ce a manifesta sau adopta un interes general într-un subiect ar trebui să fie o atitudine binevenită și încurajată, a avea opinii sau păreri puternice sau bine înrădăcinate asupra unei anumite chestiuni poate fi considerat a fi ceva total diferit și poate crea riscul ideilor preconcepute ori prestabilite.

Dacă într-adevăr există un conflict de interese, este la latitudinea membrului organismului jurisdicțional să rezolve acest conflict cât de curând se poate. În situații ca acestea, membrul este obligat să îl informeze pe directorul organismului jurisdicțional și să depună toate eforturile pentru a rezolva situația cu promptitudine. Dacă membrul organismului jurisdicțional are incertitudini în legătură cu existența unui conflict de interese, trebuie consultat directorul organismului jurisdicțional. Dacă se decide că există un conflict de interese, trebuie luată o decizie în legătură cu acțiunea necesară, dacă este cazul, pentru a evita sau reduce efectele conflictelor de interese - aceasta este responsabilitatea organismului jurisdicțional. Este esențial ca organismul jurisdicțional să evalueze opțiunile disponibile de reducere a efectelor și să aplice rapid opțiunea adecvată și acțiunile necesare pentru a anula conflictele de interese identificate.

Este esențial ca organismele jurisdicționale să trateze eficient fiecare conflict de interese identificat și să elaboreze planuri pentru reducerea acestora, deoarece impactul juridic al ignorării conflictelor de interese poate avea consecințe ample. Fără a se ține seama de posibilele costuri suplimentare și cheltuieli de judecată, decizia organismului jurisdicțional poate fi atacată într-o instanță de judecată, care poate declara că decizia acestuia este invalidă.

⁶⁴ Decizia ANSC nr. 03D-823-20 din 05.11.2020.

Aceasta ar atrage incertitudinea și asupra deciziilor anterioare și ar pune sub semnul îndoielii viitorul organismului jurisdicțional. Este important de subliniat că un conflict de interese poate interveni în orice etapă și ar fi eronat să se sugereze că un conflict de interese poate fi identificat numai la începutul procedurilor. Nu este neobișnuit ca un conflict de interese să fie identificat în timpul colectării și analizei probelor sau a realizării procedurii de verificare a achiziției, și despre probe și procedură se va discuta în capitolul următor.



Capitolul 4

Probe și procedură

4.1 Prezentare generală

Prezentarea celor două capitole anterioare a reiterat pentru membrii unui organism jurisdicțional de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor importanța de a se respecta procedura și de a se stabili o structură clară și imparțială pentru realizarea procedurilor de soluționare a contestațiilor în sectorul achizițiilor publice, rezultatul fiind acela de a oferi părților implicate în procedură o decizie motivată care rezultă din fapte. Acest capitol pornește de la acest preambul și examinează natura analitică și exploratoare a organismului jurisdicțional. Cu alte cuvinte, stabilirea sursei, evaluarea și analiza probelor derivate din fapte. Prin urmare, acest capitol introduce și discută tipurile de probe pe care organismul jurisdicțional le poate folosi în practică. Dat fiind că proba cu înscrisuri reprezintă dovada principală pe baza căreia organismele jurisdicționale adoptă o decizie, mai multe secțiuni din acest capitol discută în detaliu acest tip de probă esențială. În plus, acest capitol discută, de asemenea, metodele de colectare și obținere a probelor și de evaluare a relevanței acestora. În sfârșit, prezentarea, valoarea și admisibilitatea probelor sunt tratate pe larg. Pentru a introduce subiectul în context, capitolul începe cu o introducere în caracterul investigativ al procedurilor de soluționare a contestațiilor, și rolul și natura probelor în cadrul soluționării contestațiilor.

4.2 Caracterul investigativ al procedurilor de soluționare a contestațiilor

Natura procedurilor de soluționare a contestațiilor impune unui organism jurisdicțional să fie mai activ și să aplice atât o abordare investigativă cât și o abordare contradictorială. Această abordare cere organismului jurisdicțional să colecteze și să evalueze întreaga documentație de licitație relevantă și nu numai răspunsul autorității contractante și contestația contestatorului. Pentru decizia organismului jurisdicțional este necesară evaluarea întregii documentații a licitației și solicitarea, dacă este necesar, a altor probe. Această acțiune este necesară deoarece constatări diferite pot conduce la anularea întregii licitații sau la anularea criteriilor de calificare sau a condițiilor contractuale. Trebuie menționat că s-ar putea ca solicitantul să nu obțină niciodată toate informațiile necesare, având în vedere că un acces total la documentația licitației nu este posibil. Prin urmare, organismul jurisdicțional trebuie să colecteze probe oriunde este necesar și, în special, de la autoritatea contractantă.

Art. 85, alin.(1) Legea privind achizițiile prevede că în vederea soluționării contestației, ANSC are dreptul de a solicita explicații de la părți, de a administra probe și de a solicita orice alte date/documente în măsura în care acestea sunt relevante în raport cu obiectul contestației. De asemenea, ANSC are dreptul de a solicita orice date necesare pentru soluționarea contestației și de la alte persoane fizice sau juridice.

Legea cu privire la achizițiile publice cât și Regulamentul ANSC conțin puține norme care reglementează procesul de probațiune. În acest context, va fi aplicabil Codul administrativ care conține un capitol dedicat probelor în cadrul procedurii administrative (Capitolul III intitulat Clarificarea stării de fapt și obținerea probelor). Aceste norme se răsfrâng și asupra ANSC.

4.3 Rolul și natura probelor

Probele pot fi definite drept orice informații date despre fapte, obținute în modul stabilit de lege, în baza cărora organismul jurisdicțional stabilește existența sau inexistența împrejurărilor care justifică pretențiile și obiecțiile părților, precum și alte circumstanțe care au importanță pentru soluționarea justă a contestației.⁶⁵

⁶⁵ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.321

La fel ca și în orice alte proceduri, probele joacă un rol crucial în procedura de soluționare în materia achizițiilor publice. Probele sunt faptele obținute în mod legal care susțin sau nu cererile părților angajate într-un proces. Probele clarifică sau confirmă adevărul faptelor sau a subiectului în discuție. Dacă un organism jurisdicțional adoptă o decizie fără să fi luat în considerare toate probele necesare, decizia sa poate fi anulată de o instanță de control judiciar datorită încălcării principiului fundamental, conform căruia decizia unui organism jurisdicțional trebuie să se bazeze pe probele depuse de către părți sau pe probe altfel admisibile. Cu alte cuvinte, probele trebuie oferite sau admise în mod valabil de către organismul jurisdicțional.⁶⁶

Pentru a lua o decizie bazată pe probe înseamnă a folosi informații credibile care tind să arate în mod logic existența sau inexistența faptelor relevante pentru aspectul ce trebuie stabilit. Probele sunt un instrument pe care o parte îl folosește în cadrul procedurilor în sprijinul sau pentru a dovedi declarațiile sale sau pentru a respinge declarația celeilalte părți. Probele sunt în plus folosite pentru a stabili în mod obiectiv faptele cauzei la care se va aplica legea.

4.4 Tipuri de probe

Probele pot fi împărțite în următoarele categorii principale: proba cu înscrisuri, proba cu martori sau proba circumstanțială. Cu toate acestea, probele pot fi clasificate ca probe cu expertiză, probe fizice, probe reprezentative, mărturii etc. Probele pot fi în continuare împărțite în probe directe sau indirecte. Probele directe dovedesc prin ele însele raportul litigios,⁶⁷ ele includ înscrisuri, probe materiale (documentația de licitație), și sunt direct sau strâns legate de ceea ce dorește cineva să demonstreze. Probele indirecte sunt cele care stabilesc faptul generator, modificator sau extinctiv de drepturi printr-un fapt intermediar, vecin sau conex, recurgându-se la raționament deductiv sau inductiv.⁶⁸ Ele includ depoziții și înscrisuri etc. și pot fi folosite pentru a sugera ceea ce o persoană dorește să demonstreze. Tipurile obișnuite de probe indirecte includ mărturii indirecte, probe circumstanțiale, probe privind fapte anterioare similare (*"similar fact evidence"*) și prezumții faptice. Probele circumstanțiale implică utilizarea unor indicii de timp, loc sau oameni pentru a sugera o faptă sau întâmplare. Probele privind fapte anterioare similare implică prezentarea faptelor sau a situațiilor care sunt comparabile cu faptele disputate.⁶⁹

De asemenea, pot fi probe primare (proba proximală), sau secundare. Probele primare sunt luate din prima sursă (ca de exemplu depoziția unui martor care a asistat la faptele respective), iar probele secundare ajung la cunoștința organismului jurisdicțional printr-un factor intermediar (depozițiile unui martor care a auzit anumite fapte de la o persoană, copia înscrisului).⁷⁰

Probele mai pot fi materiale (când perceperea faptului se face cu ajutorul unui obiect material) și personale (când faptele sunt relatate organismului jurisdicțional de persoane).⁷¹

Probele care vor fi prezentate organismului jurisdicțional în cadrul procedurilor de soluționare constau în principal din probe cu înscrisuri, ca de exemplu, declarații scrise, documentația de licitație inclusiv fotografii și documente tehnice, procese verbale ale adunărilor și expertize, e-mailuri și înregistrări ale adunărilor. Depozițiile orale pot, de asemenea, deveni probe în cazul în care organismul jurisdicțional decide să adreseze întrebări părților, martorilor sau experților în audierea orală. În plus, orice este descoperit de înșși membrii organismelor jurisdicționale va fi considerat drept probă.

⁶⁶ Patrice Garant și Philippe Garant; Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance (Proceduri ale organismului jurisdicțional privind indemnizația de șomaj), 2001, Capitolul 3.1. http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-1.shtml

⁶⁷ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.322

⁶⁸ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.322

⁶⁹ Patrice Garant și Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment insurance, 2001, Chapter 3.1.(Proceduri ale organismului jurisdicțional privind indemnizația de șomaj, 2001, Capitolul 3.1). http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-1.shtml

⁷⁰ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.322

⁷¹ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.322

Probe cunoscute public (faptele de notorietate publică, art.123 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova) nu trebuie de obicei să fie verificate, dar trebuie aduse la cunoștința părților. Este important de menționat că temeiul legal nu constituie probă. Legile, statutele și hotărârile judecătorești nu dovedesc faptele, dar ar trebui cunoscute pentru că de obicei sunt publicate. Probele cunoscute de organismul jurisdicțional datorită funcției sale includ: ordine ministeriale, acte generale ale administrației publice, orice referire la deciziile Curții Constituționale, CEDO, hotărâri ale Curții Supreme care stabilesc o poziție unitară în practica instanțelor sau o decizie precedentă a organismului jurisdicțional. Dat fiind că probele cu înscrisuri reprezintă principala probă pe baza căreia organismul jurisdicțional va emite decizia sa, următoarele secțiuni vor aborda acest tip de probă în mai mare detaliu.

4.4.1 Declarații scrise

Există două surse principale de declarații scrise care constituie baza deciziilor organismului jurisdicțional. În primul rând, documentația depusă de contestator, care de obicei constă din contestație și toate anexele relevante furnizate de contestator. În al doilea rând, documentația depusă de autoritatea contractantă, care constă cel puțin din documentația de licitație și răspunsul autorității contractante la contestație. Alte informații care sunt disponibile public și pot fi obținute de organismul jurisdicțional includ anunțul de participare publicat de autoritatea contractantă și ofertele contestatorului și ale altor ofertanți.

Documentația de licitație este cea mai importantă probă care poate fi colectată în procedura de soluționare, deoarece demonstrează ce a făcut autoritatea contractantă în timpul derulării procedurii de achiziție. Dacă documentația este incompletă sau etape importante nu au fost documentate, este evident că procedura de achiziție nu a fost realizată în mod transparent, și cererea poate fi acceptată exclusiv în temeiul acestui motiv.

În practică, autoritatea contractantă poate refuza să furnizeze documentația de licitație la termen. Dacă aceasta este situația și perioada statutară pentru adoptarea deciziei de organismul jurisdicțional cu privire la contestație urmează să se încheie, acesta are dreptul de a decide exclusiv pe baza contestației și probelor depuse în cadrul procedurii. Cu toate acestea, decizia trebuie să fie bine fundamentată iar faptele cauzei trebuie să rezulte din probele disponibile.

Pentru a obține probele relevante, organismul jurisdicțional trebuie să coopereze cu administrația publică și să obțină informațiile necesare de la autoritatea contractantă în legătură cu o anumită procedură de licitație.⁷² În plus, acesta are, de asemenea, dreptul să ceară explicații și informații de la orice autoritate publică centrală sau locală, și să obțină orice document sau probe de importanță pentru procedurile de soluționare a contestațiilor (art.85, alin.(1) Legea privind achizițiile publice, p.6, p.46 Regulamentul ANSC).

Este regretabil că legea Republicii Moldova nu stabilește sancțiuni administrative pentru persoanele și autoritățile care nu prezintă la timp informațiile solicitate de organismul jurisdicțional, ca de exemplu în cazul instanțelor de judecată care au competența de a aplica autorității care nu își îndeplinește obligația de prezentare a documentelor sau a dosarelor amenzi în mărime de la 100 u.c. la 500 u.c. (art.221 Cod Administrativ al RM). Este recomandabil ca pentru a obține probele respective la timp, organismul jurisdicțional să impună termene limită autorităților publice, cu sancțiuni administrative (penalități) dacă autoritățile publice nu răspund la termen.

4.4.2 Opinia experților

În conformitate cu art.85, alin.(4) Legea privind achizițiile publice, ANSC poate desemna un expert independent pentru lămurirea unor aspecte de natură tehnică sau financiară. Durata efectuării expertizei trebuie să se încadreze în termenul prevăzut pentru soluționarea contestației de către ANSC.

⁷² Articolul 9 din the Instruction on the Functioning and Organisation of the Public Procurement Commission, Council of Ministers Decision no. 184 (Instrucțiune privind funcționarea și organizarea comisiei pentru achiziții publice, Decizia Consiliului de Miniștri nr. 184)

Costul expertizei va fi suportat de partea care a formulat cererea de efectuare a acesteia. Aceasta este modalitatea cea mai bună de a obține opinia unui expert, având în vedere că expertul nu va fi influențat de vreuna dintre părți. Trebuie menționat că este puțin probabil ca vreuna dintre părți să plătească un expert dacă nu va beneficia de opinia acestuia. Prin urmare, un expert numit în mod privat va găsi de obicei soluțiile pe care le caută clientul său.

În general, experții au anumite cunoștințe specializate și scopul lor este să ofere organismului jurisdicțional asistență imparțială în chestiuni speciale, majoritatea tehnice sau comerciale. Opinia lor necontrazisă nu poate fi ignorată în mod arbitrar și organismul jurisdicțional ar trebui să le accepte opinia asupra unor chestiuni referitoare la cunoștințele specializate ale acestora. Deși experții certifică fapte pe care le-au observat, opiniile exprimate de experți au o valoare considerabilă.

Referitor la statutul expertului în cadrul procedurii de contestare, sunt necesare anumite precizări. În general, activitatea experților în Republica Moldova este reglementată de Legea cu privire la expertiza judiciară și statutul expertului judiciar.⁷³ În conformitate cu art.2 al legii menționate, expertul judiciar este o persoană calificată și abilitată, conform legii, să efectueze expertize și să formuleze concluzii în specialitatea în care este autorizată cu privire la anumite fapte, circumstanțe, obiecte materiale, fenomene și procese, organismul și psihicul uman, și care este inclus în Registrul de stat al experților judicari. Pentru a obține licența de expert judiciar, candidatul trebuie să susțină un examen de calificare, fiind ulterior înscris în Registrul de stat al experților judicari care este publicat pe pagina web a Ministerului Justiției.

Legea privind achizițiile publice în art.84, menționează „expert independent” și nu expert judiciar.

În același timp, în conformitate cu art.90 Cod Administrativ al RM prevederile Codului de procedură civilă (CPC) referitoare la martori și experți/specialiști, în special la dreptul de a refuza depunerea declarațiilor, întocmirea expertizelor sau acordarea consultațiilor și explicațiilor, se aplică corespunzător.

În conformitate cu prevederile CPC expertiza în cadrul procesului civil (expertiza judiciară) se efectuează doar de experți înscrși în Registrul de stat al experților judicari. De asemenea, ANSC la numirea expertului și dispunerea expertizei va trebui să țină cont și de prevederile 148-160 CPC.

Legea cu privire la achizițiile publice nu prevede expres că organismul jurisdicțional poate să decidă din oficiu dacă este necesar un expert pentru a evalua probele sau a stabili faptele. În conformitate cu art.85 (4) Legea privind achizițiile publice, ar reieși că organismul jurisdicțional numește un expert la solicitarea unei părți care va fi, de asemenea, responsabilă financiar față de acesta. Cu toate acestea, nimic nu împiedică ANSC să numească un expert *ex-officio* dacă cauza impune acest lucru. Această ordine de idei este susținută de art.22 Cod Administrativ care stabilește că autoritatea publică cercetează starea de fapt din oficiu.

Expertul ar trebui să nu exprime o opinie dacă există un conflict de interese (art.52, alin.(1), lit.g), h) a Legii cu privire la expertiza judiciară și statutul expertului judiciar).

Bunele practici europene prevăd că organismul jurisdicțional ar trebui să propună un expert părților, care vor da o declarație dacă acceptă sau nu expertul respectiv.

Organismul jurisdicțional va solicita părților să depună întrebări pentru expert. În plus, organismul jurisdicțional se va consulta atât cu experții cât și cu părțile pentru stabilirea testelor, examinărilor și altor metode și proceduri ce urmează a fi folosite de experți. În final, organismul jurisdicțional va numi în mod oficial expertul și va selecta întrebările care îi vor fi adresate expertului, va depune documentele și alte probe (eșantioane) deja colectate, va stabili care tehnici și proceduri le va aplica expertul (experții), va reglementa orice alt aspect legat de teste, examinări și cercetări pe care le va efectua expertul și va stabili dacă expertul va răspunde oral sau în scris.

⁷³ Legea cu privire la expertiza judiciară și statutul expertului judiciar. Nr.68 din 14.04.2016. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 10.06.2016, nr.157-162

Expertul organismului jurisdicțional trebuie să fie imparțial și independent față de părți și față de orice altă influență. Dacă opinia acestuia nu pare rezonabilă, organismul jurisdicțional trebuie să respingă opinia, să numească un alt expert, sau dacă e cazul, să adopte constatările expertului părților. În cazul în care organismul jurisdicțional respinge opinia expertului, va trebui să ofere suficiente motive pentru refuzul de a accepta opinia acestuia. Organismul jurisdicțional poate, de asemenea, cere experților să se consulte între ei pentru a clarifica anumite aspecte și să facă eforturi pentru a ajunge la aceeași concluzie. Proba prin expertiză constă de obicei dintr-o componentă faptică și un punct de vedere exprimat de expert. Componenta faptică poate fi evaluată prin examinarea cercetărilor efectuate de expert și rezonabilitatea deducțiilor și concluziilor sale. Prin urmare, expertul trebuie să declare toate sursele folosite. Opinia exprimată de expert poate fi evaluată prin analiza bazei faptice a opiniei, evaluările expertului, domeniul de experiență și obiectivitatea acestuia.⁷⁴

În contextul organismelor jurisdicționale, se vor aplica regulile obișnuite de admisibilitate și relevanță. Organismul jurisdicțional trebuie să ia în considerare natura și scopul depoziției expertului, calificările și obiectivitatea expertului, amploarea și seriozitatea cercetărilor și relația dintre opiniile propuse și probele depuse.⁷⁵

Constatăm că odată cu intrarea în vigoare a Codului Administrativ legislația națională se aliniază bunelor practici europene. Reiterăm că în ceea ce ține de expert și numirea expertizei ANSC va trebui să aplice prevederile art.148-160 CPC.

Conform prevederilor menționate, părțile de comun acord aleg expertul sau instituția de expertiză care urmează să fie desemnată să efectueze expertiza. În lipsa acordului părților, ANSC desemnează expertul sau instituția care urmează să efectueze expertiza.

Înainte de desemnării expertului, participanții la proces sînt obligați să formuleze recuzări, dacă există temeiurile prevăzute la art. 51 CPC, în privința expertului înscris în Registrul de stat al experților judiciari.

După desemnarea expertului ANSC convoacă o ședință, în cadrul căreia se stabilește legătura dintre expert și părți și dacă părțile trebuie admise să participe la investigațiile expertului, se aduce la cunoștință părților obiectul expertizei judiciare și întrebările la care expertul urmează să ofere răspunsuri și li se explică faptul că au dreptul de a face observații cu privire la aceste întrebări și de a cere modificarea sau completarea lor.

Pentru depunerea cu bună știință a unui raport fals, expertul răspunde în conformitate cu legislația penală. În cazul efectuării expertizei într-o instituție de expertiză, răspunderea pentru veridicitatea raportului depus o poartă expertul sau experții desemnați de șeful instituției.

De asemenea părțile pot solicita ordonarea efectuării unei expertize judiciare primare, de bază, individuale, mono-specializate sau repetate, suplimentare, în comisie, complexe și a altor tipuri de expertiză conform legislației. (toate tipurile de expertiză și temeiurile pentru dispunerea acestora sunt reglementate de art.28-35 din Legea cu privire la expertiza judiciară și statutul expertului judiciar).

Este important de menționat că indiferent cât de importantă și relevantă ar fi concluzia expertului, ea nu trebuie să fie o „axiomă” pentru organul jurisdicțional. Reieșind din faptul că legea nu conferă o autoritate prestabilită probelor, convingerea organismului jurisdicțional își păstrează în principiu autonomia, astfel că expertiza se va corobora cu alte probe.⁷⁶

⁷⁴ Decision Making: Evidence, Facts and Findings, Best-practice guide 3, Administrative Review Council, August 2007. p. 9. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission (Procesul decizional: probe, fapte și constatări, Ghid de bună practică 3, Consiliul pentru Control Administrativ, August 2007. p. 9. Drept de autor Commonwealth of Australia reproduc cu permisiune.)

⁷⁵ Patrice Garant și Philippe Garant; Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance (Procedurile organismului jurisdicțional privind indemnizația de șomaj) 2001, Capitolul 3.7.2.2. http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-7-2.shtml

⁷⁶ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.373.

4.4.3 Martori

Nici Legea privind achizițiile publice și nici Regulamentul ANSC nu prevăd expres posibilitatea de audiere a martorilor. Cu toate acestea, în conformitate cu art.85, alin.(3) al Legii privind achizițiile publice, procedura de examinare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și dreptului la apărare.

Principiile contradictorialității și dreptului la apărare presupun, printre altele, că procesul se organizează astfel încât părțile și ceilalți participanți la proces să aibă posibilitatea de a-și formula, argumenta și dovedi poziția în proces, de a alege modalitățile și mijloacele susținerii ei de sine stătător și independent de instanță, de alte organe și persoane,⁷⁷ adică pe cele pe care ele le consideră necesare și relevante pentru a-și argumenta poziția în proces.

Mai mult ca atât, Codul Administrativ prevede expres posibilitatea audierii martorilor de către autoritatea publică în cadrul unei proceduri administrative. Reiterăm că în conformitate cu art.90 Cod Administrativ prevederile CPC referitoare la martori și experți/specialiști, în special la dreptul de a refuza depunerea declarațiilor, întocmirea expertizelor sau acordarea consultațiilor și explicațiilor, se aplică corespunzător.

În unele situații martorii pot fi utili. Martorii trebuie audiați în cadrul unei audieri orale la care participă toate părțile la contestație. Toate părțile implicate în procedură trebuie să aibă posibilitatea de a adresa întrebări martorilor în urma întrebărilor puse de organismul jurisdicțional.

Exemple

- S-a dovedit a fi utilă audierea unui responsabil de șantier în legătură cu experiența sa profesională, având în vedere că criteriile de atribuire acordau puncte pentru experiență profesională. Contestatorul a pretins că ofertantul câștigător a primit prea multe puncte pentru acest criteriu de atribuire. După examinarea responsabilului de șantier într-o audiere orală, a reieși că responsabilul de șantier nu avea nivelul de experiență profesională pe care îl pretindea documentul licitației. În consecință, ofertantul câștigător desemnat pentru atribuirea contractului a primit prea multe puncte pentru acest criteriu și decizia organismului jurisdicțional a fost anularea deciziei de atribuire a contractului.
- Într-un alt caz, autoritatea contractantă respinsese oferta solicitantului deoarece nu a fost depusă în termenul publicat. Solicitantul a pretins că oferta fusese depusă la termen. În timpul investigației care a urmat, s-a considerat necesar să fie audiat șeful serviciului de corespondență, care a declarat că solicitantul depusese oferta în termenul publicat, dar oferta nu a fost predată imediat departamentului responsabil.

4.5 Relevanța probelor

Chiar dacă sunt în alt fel admisibile, probele trebuie să fie relevante pentru a fi admise în cadrul procedurilor. Probele sunt relevante dacă sunt legate direct sau indirect de un fapt sau aspect ce urmează a fi stabilit și ajută la progresul cercetărilor. Probele trebuie să tindă să facă mai probabilă sau mai puțin probabilă existența sau inexistența unui fapt sau situații care trebuie dovedită.⁷⁸

Relevanța este un aspect pe care trebuie să îl decidă organismul jurisdicțional. Acesta trebuie să țină cont de aria jurisdicției sale, de obiectul procedurilor și puterile conferite de lege. Organismul jurisdicțional solicită și examinează toate probele necesare pentru a adopta decizia finală, folosind în acest scop toate metodele bazate pe probe permise de lege.

⁷⁷ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.115.

⁷⁸ Patrice Garant și Philippe Garant; Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance (Procedurile organismului jurisdicțional privind indemnizația de șomaj) , 2001, Capitolul 3.5. http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

Refuzul de a admite probe relevante este o încălcare a principiului imparțialității⁷⁹ și contravine Articolului 6 din CEDO.⁸⁰

Nu există o definiție precisă pentru relevanță. Din acest motiv relevanța este uneori confundată cu forța probantă. Faptele care nu sunt relevante nu au o legătură reală cu aspectele în discuție și tind să provoace confuzie, să prelungească inutil dezbaterile sau să prejudicieze partea opusă. Aceasta este ceea ce unii membri ai profesiei juridice o numesc relevanță logică. În timp ce valoarea probatorie insuficientă este numită relevanță juridică. În scopul acestui manual, este mai bine să limităm utilizarea termenului "relevanță" la situații în care organismul jurisdicțional exclude probe deoarece nu au legătură cu aspectele care trebuie determinate.⁸¹ Diferența între relevanță logică și relevanță juridică ar trebui înțeleasă și ar trebui să se facă distincția între acești doi termeni.

Probele sunt considerate relevante dacă sunt utile pentru stabilirea răspunsurilor la aspectele care trebuie abordate într-o decizie. Mai precis, pentru a dovedi faptele pe care se bazează decizia. Prin urmare, probele sunt relevante dacă tind să dovedească sau să contrazică un aspect sau dacă pot în mod rezonabil și obiectiv să influențeze convingerea unui membru al unui organism jurisdicțional asupra chestiunii respective. Organismul jurisdicțional nu ar trebui să se concentreze asupra probelor care nu rezolvă cazurile în discuție.⁸²

Prin urmare, principalul obiectiv înainte de a căuta și a evalua probele este să se stabilească acele aspecte ale contestației care trebuie dovedite. Aspectele trebuie să fie specifice. În loc de a se concentra asupra unor întrebări generale ca de exemplu "legalitatea metodei de achiziție", organismul jurisdicțional ar trebui să se concentreze asupra detaliilor și să pună întrebări legate de faptele cauzei. În acest fel, întrebările vor determina cadrul legal și vor putea fi stabilite condițiile legale necesare. Mai mult decât atât, faptele care trebuie dovedite vor deveni clare și se va putea efectua o cercetare pentru probele necesare.

Exemple

- *"Poate o procedură restricționată să fie anunțată printr-un anunț de 10 zile pentru depunerea ofertelor?"*

Organismul jurisdicțional trebuie să găsească probe privind tipul de procedură de achiziție realmente desfășurată și limita de timp pentru depunerea ofertelor. Răspunsul la această întrebare poate fi găsit prin examinarea anunțului publicat și a documentației de licitație.

- *"Este necesar ca cererea de oferte să fie publicată?"*

Organismul jurisdicțional trebuie să identifice tipul de procedură de achiziție și valoarea estimată a contractului.

În plus, s-ar putea să fie necesar ca organismul jurisdicțional să afle care sunt excepțiile de la obligația de a aplica regulile de achiziție.

De exemplu, exclusivitatea tehnică pe care autoritatea contractantă va trebuie să o dovedească.

- *"Care este criteriul tehnic relevant pentru furnizarea serviciilor de securitate?"*

⁷⁹ Patrice Garant and Philippe Garant; Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance (Procedurile organismului jurisdicțional privind indemnizația de șomaj), 2001, Capitolul 3.5. http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

⁸⁰ Jurisprudența CEDO -Dombo Beheer BV v. Olanda, hotărâre din 27 octombrie 1993.

⁸¹ Patrice Garant and Philippe Garant; Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance (Procedurile organismului jurisdicțional privind indemnizația de șomaj), 2001, Capitolul 3.5. http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

⁸² Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și autorităților de reglementare din Ontario, 2000, p. 105 (Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor din Ontario)

Organismul jurisdicțional trebuie să examineze documentele contractului și posibil legile și legislația secundară în legătură serviciile de securitate.

- "Care sunt criteriile formale care trebuie îndeplinite de documentele depuse?"

Autoritatea contractantă va trebui să analizeze documentele de licitație în lumina legislației și documentelor de licitație. Prin urmare, probele vor fi documentele de licitație.

4.6 Obținerea probelor

Înainte de emiterea unei decizii, organismul jurisdicțional trebuie să stabilească clar faptele cauzei. Având în vedere că acesta are un rol investigativ în procedura de soluționare, nu poate decide singur asupra probelor depuse de părți. Organismul jurisdicțional trebuie să aibă un rol activ în obținerea probelor dacă situația o cere și acesta poate obține probe din diverse surse, inclusiv de la contestator, autoritatea contractantă, și/sau prin propriile sale eforturi.

Menționăm în acest sens că în conformitate cu art.22 Cod Administrativ autoritățile publice cercetează starea de fapt din oficiu. Acestea stabilesc felul și volumul cercetărilor și nu sînt legate nici de expunerile participanților, nici de cererile lor de reclamare a probelor.

De asemenea art.85, alin.(3) Cod Administrativ prevede că autoritatea publică trebuie să stabilească din oficiu aspectele de fapt ale cazului care constituie obiectul procedurii, fără a se limita la dovezile și afirmațiile participanților. Pentru aceasta, autoritatea publică stabilește scopul investigațiilor necesare și felul acestora. Iar potrivit art.87 Cod Administrativ autoritatea publică se conduce de probele pe care le consideră necesare, conform dreptului discreționar, pentru investigarea stării de fapt. În special ea poate:

- să solicite informații de tot felul;
- să audieze participanți, martori și experți/specialiști sau să solicite declarații scrise din partea acestora;
- să solicite acte și dosare;
- prin sesizarea directă a lucrurilor, să își creeze propria impresie despre un caz sau despre situația de la fața locului (cercetarea probei la fața locului).

Audierea participanților, a martorilor sau a experților/specialiștilor, precum și cercetarea probelor la fața locului se consemnează într-un proces-verbal.

Exemplu din practica ANSC

Ofertantul perdant a atacat decizia autorității contractante de atribuire a contractului de achiziție publică către câștigătorul ET SRL. Contestatorul a invocat printre altele că oferta câștigătorului este anormal de scăzută și trebuie respinsă. ET SRL a opinat că a prezentat oferta în original a furnizorului său, din care rezultă prețurile scăzute ale materialelor care vor fi folosite în executarea lucrărilor. ANSC manifestând un rol activ a solicitat în mod direct de la acest furnizor confirmarea prețurilor din oferta câștigătorului ET SRL. Furnizorul a confirmat prețurile, prin urmare contestația a fost respinsă.⁸³

4.6.1 Probe obținute de la contestator

Organismul jurisdicțional va adopta decizia pe baza informațiilor și probelor conținute în contestație. Contestatorul trebuie să furnizeze toate motivele pentru contestarea deciziei autorității contractante în contestația sa adresată autorității contractante.

⁸³ Decizie ANSC nr. 03d-612-19 din 07.10.2019.

4.6.3 Probe obținute de organismul jurisdicțional

În plus față de probele depuse de către părțile implicate în procedurile de soluționare a contestațiilor, organismul jurisdicțional ar trebui să obțină efectiv probe (dacă este posibil) de pe platforma sa electronică de achiziții (eProcurement). Platforma va oferi membrilor organismelor jurisdicționale acces la toate documentele de licitație produse de participanții la licitație, precum și la deciziile de evaluare și recomandările autorității contractante.

La evaluarea probelor depuse de contestator și de autoritatea contractantă, organismul jurisdicțional ar putea avea nevoie de informații suplimentare pentru a lua o decizie asupra fondului contestației și a stabili faptele contestației. În aceste situații, organismul jurisdicțional poate solicita declarații ale experților sau declarații de la stat sau de la autoritățile publice locale pentru a stabili aspecte ale licitației. De un interes deosebit vor fi criteriile sau condițiile economice și tehnice.

Organismul jurisdicțional ar trebui să evite să obțină probe prin întâlniri private cu o parte, fără ca cealaltă parte să fie prezentă. Cu toate acestea, în anumite cazuri care necesită o investigație mai serioasă sau în proceduri de achiziție complexe, ar putea fi eficient să se obțină probe cu înregistrări prin vizite la sediul autorității contractante. De exemplu, dacă autoritatea contractantă refuză să depună documentele cerute. Procesele verbale scrise ca și documentele originale luate în urma unor asemenea vizite ar trebui puse la dispoziția contestatorului.

În acest context, menționăm că legislația națională în domeniu nu oferă astfel de posibilități ANSC, așa ca de exemplu Consiliului Concurenței (art.56, Legea concurenței nr.183 din 11.07.2012⁸⁶) care de asemenea este un organism jurisdicțional doar că în domeniul concurenței.

Este important ca organismul jurisdicțional să folosească copii numai în cazurile în care este imposibil să ia originalele și trebuie să aibă întotdeauna în vedere regula transparenței atunci când obține probe. Așa cum s-a explicat mai sus, organismul jurisdicțional are dreptul de a solicita explicații și informații de la orice autoritate publică centrală sau locală și să obțină orice document sau probe legate de investigația administrativă. La obținerea probelor, trebuie întotdeauna avută în vedere admisibilitatea unor asemenea probe.

4.7 Prezentarea probelor

În general, părțile au dreptul să acceseze dosarele organismului jurisdicțional în cadrul procedurilor de soluționare a contestațiilor, cu excepția informațiilor confidențiale. Articolul 6 din CEDO prevede ca toate probele să fie prezentate și ca toate părțile să aibă dreptul să dea declarații asupra / împotriva probelor prezentate. Pe de altă parte, Articolul 8 din CEDO protejează secretele comerciale care pot rămâne nedivulgate de către instanță.⁸⁷

În acest sens, menționăm că în conformitate cu art.83 Cod Administrativ autoritatea publică care conduce procedura administrativă acordă participanților la procedură accesul la dosarul administrativ. Accesul la dosarul administrativ nu este permis în cazul în care prin aceasta se afectează îndeplinirea regulamentară a sarcinilor autorității publice sau în cazul în care se urmărește protejarea unui secret ocrotit de lege ori există necesitatea protecției drepturilor participanților la procedura administrativă sau ale terților.

Cu toate acestea, organismul jurisdicțional are obligația de a prezenta părților probele pe care le-a colectat prin propriile sale cercetări sau care au fost furnizate organismului jurisdicțional de celelalte părți, dacă acesta intenționează să extragă fapte din acestea și să își bazeze decizia pe acestea în urma evaluării. Organismul jurisdicțional poate pre-selecta documentele pe care le prezintă integral sau în extras.

⁸⁶ Legea concurenței. Nr.183 din 11.07.2012. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 14.09.2012, nr.193-197.

⁸⁷ Decizia CJEU din 14 februarie 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008, p. 1-581).

Cu toate acestea, în cazul în care contestatorul își susține contestația cu orice noi informații, acestea ar trebui luate în considerare de organismul jurisdicțional. Cu toate acestea, includerea oricăror noi informații poate avea un efect advers asupra economiei de proces a controlului achiziției publice. Predictibilitatea sistemului ar putea avea de suferit dacă autoritatea contractantă ar fi putut decide în favoarea contestatorului dacă ar fi avut cunoștință de aceste noi informații. Poate fi frustrant pentru autoritatea contractantă, în procesul său decizional, dacă decizia sa ar fi modificată, și nu pe baza erorii sale ci datorită unor noi informații. Scopul procedurii de soluționare este o reanalizare a deciziei inițiale a autorității contractante, nu revizuirea raționamentului acțiunii autorității contractante.⁸⁴ Cu toate acestea, organismul jurisdicțional ar trebui să analizeze numai acele noi informații care nu au putut fi furnizate de către contestator mai devreme în cadrul procedurilor de opoziție datorită unor motive obiective. Contestatorul nu poate avea niciodată toate informațiile despre întreaga procedură de achiziție, care va include celelalte oferte depuse. Acesta este un aspect crucial în cazurile în care se pretinde că alte oferte ar fi trebuit respinse. Prin urmare, organismul jurisdicțional nu se poate aștepta ca contestatorul să furnizeze informații complete, trebuind în schimb să colecteze o parte a informațiilor de la autoritatea contractantă.

Cea mai comună probă ce trebuie obținută de la contestator este oferta depusă în cadrul licitației și altă documentație de licitație. În plus, contestatorul poate, de asemenea, depune declarații ale experților, descrieri ale practicii de piață pentru un anumit sector sau domeniu. Mai mult decât atât, contestatorul poate, de asemenea, depune studii tehnice și informații de la achiziții anterioare pentru obiective similare supuse licitației sau analize juridice ale prevederilor relevante ale legislației în materia achizițiilor. În plus, contestatorul poate, de asemenea, depune documentația cu obiecțiuni adresate autorității contractante și răspunsul autorității contractante la obiecțiunile sale. Excepția în această situație o reprezintă contestațiile privind achizițiile având ca obiect contractele de concesiune.

Contestatorul poate, de asemenea, solicita organismului jurisdicțional să obțină anumite probe de la un terț; totuși, acesta trebuie să fie o autoritate publică. Cu toate acestea, în situațiile în care contestatorul nu are posibilitatea, dreptul sau puterea să obțină probe, sau s-a confruntat cu refuzul autorității publice, organismul jurisdicțional ar trebui să depună eforturi pentru a obține o astfel de documentație. Cu toate acestea, organismul jurisdicțional ar trebui să întreprindă astfel de acțiuni numai dacă consideră că astfel de probe ar fi relevante pentru cazul respectiv.

4.6.2 Probe obținute de la autoritatea contractantă

Când contestația este înregistrată la organismul jurisdicțional și la autoritatea contractantă, autoritatea contractantă trebuie să furnizeze documentația completă de licitație. Acest material constituie baza inițială pentru reanalizarea de către organismul jurisdicțional a fondului cauzei contestatorului.⁸⁵ Astfel, în conformitate cu art.84, alin.(9) al Legii privind achizițiile publice, pe lângă răspunsul la contestație, autoritatea contractantă trebuie să depună și dosarul achiziției publice, cu excepția documentației de atribuire publicate în SIA „RSAP” MTender, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din internet.

Este important ca autoritatea contractantă să includă în materialul furnizat organismului jurisdicțional orice informații pe care s-a bazat în adoptarea deciziei care face obiectul reexaminării. La fel ca și în cazul contestatorului, autoritatea contractantă poate depune alte probe cu înscrisuri în susținerea argumentelor sale.

⁸⁴ Administrative Review Council, Better Decisions: review of Commonwealth Merits Review Tribunals, Report 39 (Consiliul de Control Administrativ, Decizii mai bune: analiza instanțelor din Commonwealth specializate în reanalizarea pe fond a cauzelor), Report 39, 1995, p. 42. Drept de autor Commonwealth of Australia reprodus cu permisiune.

⁸⁵ Administrative Review Council, Better Decisions: review of Commonwealth Merits Review Tribunals, (Consiliul de Control Administrativ, Decizii mai bune: analiza instanțelor din Commonwealth specializate în reanalizarea pe fond a cauzelor), Report 39, 1995, p. 39 Drept de autor Commonwealth of Australia reprodus cu permisiune.

În situația în care organismul jurisdicțional decide să prezinte probele, acesta trebuie să protejeze informațiile sensibile care nu pot fi divulgate părților. Informațiile sensibile pot include date cu caracter personal, secrete de stat și secrete comerciale furnizate fie de către contestator fie de autoritatea contractantă. Dat fiind că probele prin date cu caracter personal și secretele de stat nu sunt folosite frecvent în practica procedurilor de soluționare a contestațiilor, membrii organismelor jurisdicționale ar trebui să se concentreze în principal asupra protecției secretelor comerciale care se califică drept informații confidențiale.

4.8 Forța probantă sau valoarea probatorie

Probele trebuie analizate îndeaproape și evaluate pentru a se stabili dacă există vreun conflict în legătură cu un fapt material. Este important de verificat de unde provin probele, de unde se pretinde că vin (autenticitatea) și dacă atestă ceea ce se presupune că atestă (acuratețe). Ca o regulă, probele obținute de la contestator, probele depuse de autoritatea contractantă și probele colectate din alte surse ar trebui tratate în mod egal, echitabil și transparent. Stabilirea forței probante implică aplicarea raționamentului, bunului simț și experienței.

Odată ce organismul jurisdicțional a adunat probele, acesta trebuie să deducă faptele cauzei din probele adunate. Problema care trebuie rezolvată este dacă pe baza unor dovezi logice, organismul jurisdicțional este rezonabil satisfăcut că un anumit fapt este mai degrabă adevărat decât nu.⁸⁸ Dacă un anumit fapt are un impact semnificativ asupra deciziei finale, ar putea fi necesare probe suplimentare pentru a dovedi faptul respectiv. Forța probantă ar trebui stabilită în lumina tuturor circumstanțelor și probelor cauzei. Probele obținute de la contestator, de la autoritatea contractantă și din propriile sale cercetări trebuie evaluate. Rezultă din natura procedurii de soluționare a contestațiilor că declarațiile părților vor fi contradictorii, și prin urmare organismul jurisdicțional va trebui să cântărească probele pentru a decide faptele pe care le va accepta.

Exemplu

Contestatorul pretinde că criteriile de calificare sunt discriminatorii. Autoritatea contractantă pretinde că criteriile de calificare respectă cerințele legale și că o asemenea calificare este necesară pentru furnizarea bunurilor și serviciilor. Contestatorul depune o analiză de piață sau opinia unui expert care arată că numai unul sau doi participanți de pe piață îndeplinesc criteriile de calificare cerute, în timp ce alte entități care furnizează serviciile ce fac obiectul licitației pot furniza asemenea servicii fără a îndeplini asemenea criterii. În același timp, având în vedere că autoritatea contractantă doar încearcă să respingă asemenea probe prin declarațiile sale, probele primei părți ar trebui să aibă o mai mare forță.

Cu toate acestea, trebuie reținut că analizele de piață pot fi, de asemenea, subiective. Prin urmare, organismul jurisdicțional va trebui să țină cont de o serie de factori atunci când evaluează probele. Acești factori includ analiza pieței, calificarea și reputația autorului analizei de piață, fapte și studii pe care se bazează analiza de piață, definirea pieței și aplicabilitatea acesteia la domeniul în discuție, etc. La evaluarea probelor, organismul jurisdicțional trebuie să respecte principiile de bază ale achiziției, ca de exemplu transparența, nediscriminarea, proporționalitatea, egalitatea de tratament și datoria de a proteja aplicarea corespunzătoare a legii achizițiilor. Alți factori care trebuie luați în considerare sunt:

- data probelor: este proba aplicabilă și relevantă? De exemplu, probe privind o practică anterioară de piață în domeniu;
- sursa probelor: contestatorul, autoritatea contractantă, terțul;
- calificările sau experiența sursei probelor, cunoștințele asupra subiectului: studiile persoanei care furnizează probele și cât de relevante sunt aceste probe, de exemplu, declarația unei autorități de stat sau a unui profesor într-un anumit domeniu;

⁸⁸ Decision Making: Evidence, Facts and Findings, Best-practice guide 3, Administrative Review Council, August 2007. p. 7-8. (Procesul decizional: probe, fapte și constatări, Ghid de bună practică 3, Consiliul pentru control administrativ, August 2007. p. 7-8. Drept de autor Commonwealth of Australia, reprodus cu permisiune)

- reputația autorului: relații anterioare cu autorul și poziția acestuia pe piață;
- posibilul subiectivism al autorului: relația cu părțile;
- informațiile pe care se bazează documentul: reflectă documentul informații relevante ale cauzei? Sunt informațiile actualizate? Sunt informațiile complete sau lipsesc anumite informații relevante?
- contabilitatea documentului cu alte probe credibile în cauză: corespunde documentul cu faptele care au fost deja stabilite de organismul jurisdicțional?
- sursa informațiilor autorului: referințe etc.
- posibilitatea de examinare: poate organismul jurisdicțional adresa întrebări autorului pentru a verifica anumite informații sau constatări?
- 'tonul' documentului: este documentul imparțial?
- măsura în care documentul se bazează pe opinii: există și fapte sau este doar o opinie?
- măsura în care documentul se bazează pe fapte observabile: pot fi verificate faptele? De exemplu, dacă autoritatea contractantă spune că este nediscriminatorie, o asemenea declarație ar trebui să se bazeze pe fapte;
- scopul pentru care a fost întocmit documentul: este acesta un document care deja exista înainte de a interveni disputa sau este un document întocmit exclusiv în scopul procedurii de soluționare a contestațiilor?
- compararea documentului cu un document autentic cunoscut sau compararea cu alte documente existente asupra unui subiect similar.⁸⁹

4.9 Admisibilitatea probelor

Întrebarea dacă o probă este admisibilă sau relevantă poate fi privită ca aparținând principiului imparțialității. Dacă un organism jurisdicțional admite probele unei părți, trebuie întotdeauna să permită celeilalte părți să depună probe relevante pentru a contrazice probele depuse.⁹⁰ În aceste situații, admisibilitatea este deseori confundată cu relevanța. Nu toate probele care sunt relevante sunt și admisibile. Cu toate acestea, organismul jurisdicțional poate lua în considerare probe care sunt nu numai relevante dar și credibile și nu este nici un motiv pentru care ar fi inechitabil să fie prezentate în fața organismului jurisdicțional. Cu alte cuvinte, informațiile trebuie să fie admisibile. Pe scurt, admisibilitatea este stabilită de regulile privind probele.⁹¹

În procedurile de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice, problema admisibilității probelor poate apărea cu privire la mărturiile indirecte. Mărturia indirectă poate fi înțeleasă ca o declarație privind fapte sau evenimente, bazată pe un raport sau o înregistrare pe care o persoană a auzit-o sau citit-o sau văzut-o la televizor.⁹² De exemplu, o manipulare pretinsă a criteriilor de calificare de către autoritatea contractantă pentru a fi îndeplinite de un anumit ofertant – aceasta va fi relevantă pentru cauză. Organismul jurisdicțional trebuie să evalueze această afirmație punând cu atenție toate întrebările enumerate în capitolul precedent.

4.10 Sarcina probei

Sarcina probei o reprezintă obligația ce revine unui participant la proces de a dovedi anumite circumstanțe de fapt care, dacă nu ar fi probate, ar avea consecințe negative pentru partea respectivă.⁹³

⁸⁹ Weighting Evidence, Legal Services, Immigration and Refugee Board, 2003, Chapter 5.1. Adjusted for the purpose of this handbook (Evaluarea probelor, Comitetul pentru servicii juridice, imigrare și refugiați, 2003, Capitolul 5.1. Adaptat scopului acestui manual).

⁹⁰ Patrice Garant și Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, (Procedurile organismului jurisdicțional privind indemnizațiile de șomaj) 2001, Capitolul 3. http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3.shtml.

⁹¹ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și autorităților de reglementare din Ontario, 2000, p. 105. (Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor din Ontario)

⁹² Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Chapter 3.3.6. (Procedurile organismului jurisdicțional privind indemnizațiile de șomaj), 2001, Capitolul 3.3.6 http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-3-6.shtml

⁹³ Belei E. ș.a. Drept procesual civil. Partea specială. Chișinău: Lexon-Prim, 2016, pag.314.

Identificarea faptelor este rolul părților și organismul jurisdicțional trebuie să își întemeieze deciziile pe faptele prezentate de părți – contestatorul și autoritatea contractantă. Este responsabilitatea părților să susțină faptele și să dovedească asemenea fapte, dat fiind că părțile poartă sarcina probei. Însă, aceasta doar cere părților să depună probele relevante la organismul jurisdicțional, care își va întemeia decizia pe asemenea probe.

La nivel teoretic există o distincție între fapte în primul rând, probe în al doilea rând și lege în al treilea rând. Faptele pot fi considerate drept comportamente umane, evenimente sociale sau fenomene naturale pentru care legea prevede consecințe legale. Fiecare parte trebuie să expună faptele pe care se fundamentează pretențiile sau apărarea sa. Partea trebuie să asigure probe pentru aceste fapte sau să declare de unde pot fi obținute probele. Aceasta demonstrează ce este un 'fapt', spre deosebire de o dovadă sau probă. Cu alte cuvinte, faptele constituie obiectul probațiunii, adică ceea ce partea va trebui să dovedească prin probe.

În general, contestatorul trebuie să își poată argumenta cauza. Contestatorul nu numai că are obligația de a prezenta faptele pe care își întemeiază contestația, dar este în același timp obligat să dovedească faptele care îi susțin contestația. Pe de altă parte, dacă autoritatea contractantă nu este de acord cu poziția contestatorului, ar trebui să dovedească că poziția sa este cea corectă. Prin urmare, sarcina probei poate trece de la o parte la alta. Partea care are acces la probe poartă povara de a prezenta aceste probe organismului jurisdicțional. Organismul jurisdicțional poate obliga partea să prezinte aceste probe

În practică, aceasta înseamnă că deși este responsabilitatea organismului jurisdicțional să stabilească dacă condițiile licitației au fost discriminatorii sau regulile procedurale au fost încălcate, contestatorul este cel care trebuie să furnizeze probe în susținerea pretențiilor sale. Aceasta poate fi în mod special valabil în situația în care contestatorului pretinde că practica de piață dovedește că condițiile de licitare ale autorității contractante încalcă regulile de achiziție. Pe de altă parte, încălcările care țin de formă, ca de exemplu depunerea documentației de licitație în formatul cerut sau nedepunerea documentației adecvate este mai puțin împovărătoare din perspectiva probelor suplimentare și se bazează mai mult pe o evaluare a probelor care țin de formă, a regulilor de achiziție și condițiilor de licitație. În legătură cu cazurile de natură tehnică, s-ar putea ca organismul jurisdicțional să fie nevoit să ceară un expert propriu pentru a identifica faptele necesare.

Referitor la sarcina probațiunii, Codul Administrativ prevede în art. 93 că fiecare participant probează faptele pe care își întemeiază pretenția cu excepția faptelor atribuite exclusiv sferei unui participant. Reglementări suplimentare sau derogatorii sînt admisibile doar în baza prevederilor legale. De exemplu, în conformitate cu art.129 Cod Administrativ în caz de îndoială, autoritatea publică este cea care probează ajungerea actului administrativ individual la destinatar, precum și data/ora ajungerii lui.

Exemple

- *Un criteriu de atribuire pare să se refere la o prevedere din documentele contractuale care nu există.*

Organismul jurisdicțional va întreba autoritatea contractantă unde poate localiza prevederea.

- *Contestatorul pretinde că cea mai bună ofertă conține prețuri care sunt prea mici. Contractul este un contract de prestări lucrări.*

Organismul jurisdicțional ar trebui să consulte un expert pentru a stabili dacă prețurile oferite sunt prea mici.

- *Autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului. Autoritatea contractantă l-a informat pe contestator despre respingere împreună cu observația că intenționează să atribuie contractul unui alt ofertant. Contestatorul dorește doar ca organismul jurisdicțional să invalideze respingerea. Numai că contestatorul descoperă că a solicitat invalidarea deciziei de atribuire a contractului după ce a trecut intervalul de timp pentru depunerea contestației. Contestatorul cere restitutie in integrum și pretinde că a fost greșeala secretarei care a trimis documentul greșit. Documentul corespunzător a existat. Contestatorul pretinde nu*
- *numai că a trimis cererea pe suport de hârtie dar a și scanat documentul și l-a trimis în format electronic.*

Organismul jurisdicțional analizează documentul în format PDF și constată că nu a fost produs cu un scanner ci cu un procesor de text. Prin urmare, la momentul în care contestatorul a adus cererea în original, documentul cu cererea corespunzătoare nu exista încă.

- *Autoritatea contractantă derulează o procedură de achiziție pentru camuflaj militar. Ofertanții au trebuit să depună oferta împreună cu o mostră din camuflajul militar. Autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului pentru că mostra s-a topit la o temperatură mai mică decât cea specificată în documentele contractuale. Temperatura era de 40°C.*

Organismul jurisdicțional a amplasat mostra la o sursă de căldură pentru a stabili dacă camuflajul se topea la o temperatură mai joasă decât cea specificată.

4.11 Rezumat

Principalul rezultat al fiecărui organism jurisdicțional de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor este de a oferi contestatorului, entității contractante și oricărei alte părți implicate în procedură o decizie motivată. Metoda acceptată de adoptare a unei decizii este aceea de a se trage o concluzie robustă din probele prezentate, derivate din fapte. Faptul că o concluzie trebuie trasă din probe înseamnă că organismul jurisdicțional trebuie să fie pro-activ în activitatea sa de colectare și evaluare a probelor disponibile. Este crucial ca organismul jurisdicțional să identifice tipurile de probe disponibile și sursele de unde aceste probe pot fi solicitate și obținute.

Probele pot fi împărțite în general în probe cu înscrisuri, proba cu martori sau proba circumstanțială. În mod specific, probele care vor fi prezentate organismului jurisdicțional în procedurile de soluționare a contestațiilor vor consta în principal din probe cu înscrisuri, ca de exemplu, declarații scrise și documente care susțin pregătirea și depunerea ofertei. Proba cu martori poate fi, de asemenea, folositoare în cazul în care este util să adreseze întrebări direct părților, martorilor sau experților în audierea orală. În plus, probele pot fi, de asemenea, directe, aici fiind incluse înscrisuri și probe materiale care susțin oferta și sunt legate de ceea ce o parte implicată în proceduri dorește să demonstreze membrilor organismului jurisdicțional. Probele pot fi și indirecte și constau în primul rând din mărturii și probe scrise, și sunt folosite pentru a deduce ce dorește o parte din cadrul procedurilor să demonstreze. Probele indirecte includ mărturii indirecte și probe circumstanțiale – utilizarea unor indicii de timp, loc sau oameni pentru a deduce un fapt sau o întâmplare, probe privind fapte anterioare similare – și implică prezentarea faptelor sau situațiilor care sunt comparabile cu faptul disputat sau prezumțiile factive.

Mai mult decât atât, deși în anumite cazuri probele sunt suficiente și sunt considerate de către părțile implicate în proceduri a fi utile pentru a-și argumenta cauza, probele trebuie să fie relevante pentru a fi admise în proceduri și este exclusiv la latitudinea organismului jurisdicțional să decidă asupra relevanței acestora. Cu alte cuvinte, toate probele trebuie considerate de organismul jurisdicțional ca fiind direct sau indirect pertinente pentru fapta sau cauza care urmează a fi stabilită și care vor ajuta la progresul cercetărilor spre o concluzie logică. Cu toate acestea, relevanța nu trebuie confundată cu admisibilitatea - nu toate probele care sunt relevante sunt și admisibile. Chestiunea cu care se confruntă organismele jurisdicționale în a stabili dacă probele sunt admisibile sau relevante poate fi considerată ca aparținând principiului imparțialității. Dacă un organism jurisdicțional admite probele unei părți, trebuie atunci ca întotdeauna să permită celeilalte părți să depună probele relevante pentru a contrazice probele depuse. Cu alte cuvinte, admisibilitatea este determinată de regulile referitoare la probe.

Organismul jurisdicțional trebuie să stabilească faptele cauzei, neputând decide exclusiv asupra probelor depuse. În consecință, organismele jurisdicționale de excelență vor adopta un rol activ în vederea obținerii probelor prin sursele disponibile, care îl pot include pe contestator, autoritatea contractantă, și prin propriile eforturi. Identificarea faptelor este rolul părților și organismul jurisdicțional trebuie să își întemeieze deciziile pe faptele prezentate de părți. Este important de reținut că este responsabilitatea părților să susțină faptele cauzei și să dovedească asemenea fapte, dat fiind că părțile poartă sarcina probei.

În general, contestatorul trebuie să poată să își dovedească cauza și are obligația de a prezenta și dovedi faptele pe care se întemeiază cererea sa. Pe de altă parte, dacă autoritatea contractantă nu este de acord cu poziția contestatorului, ar trebui să dovedească că poziția sa este cea corectă - prin urmare, sarcina probei poate trece de la o parte la alta. Așadar, în anumite cazuri complexe de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor, există un volum mare de probe care trebuie analizate și evaluate pentru a se stabili orice conflicte în legătură cu un fapt semnificativ.

Părțile implicate în proceduri au dreptul să acceseze dosarele organismului jurisdicțional în cadrul procedurilor de soluționare a contestațiilor, cu excepția informațiilor confidențiale - și organismul jurisdicțional are obligația de a prezenta părților probele referitoare la caz dacă intenționează să extragă fapte și să își bazeze decizia pe aceste probe. Contrar acestei cerințe, organismul jurisdicțional trebuie, de asemenea, să protejeze informațiile considerate a fi sensibile. Contradicția dintre aceste două opinii poate fi explicată prin Articolul 6 din CEDO care prevede că toate probele trebuie prezentate, toate părțile având dreptul să formuleze declarații în favoarea / împotriva probelor prezentate. Pe de altă parte, Articolul 8 din CEDO protejează secretele comerciale a căror confidențialitate poate fi păstrată de instanță. Aceste poziții conflictuale au cauzat în timp fricțiuni și ostilitate între părțile participante la proceduri și organismul jurisdicțional și, în capitoul următor, ne vom îndrepta atenția asupra protejării și divulgării informațiilor confidențiale.

Capitolul 5

Protejarea informațiilor confidențiale

5.1 Prezentare generală

În acest capitol vom analiza protejarea informațiilor confidențiale la nivel internațional în paralel cu reglementarea domeniului respectiv în Republica Moldova.

Protejarea informațiilor confidențiale și metodele folosite pentru a se stabili informațiile care sunt confidențiale reprezintă o cerință esențială pentru fiecare autoritate contractantă și organism juridic de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor publice. Acest capitol examinează protejarea informațiilor confidențiale și metodele folosite pentru a se stabili că informațiile sunt confidențiale - în mod deosebit utilizarea testului de confidențialitate. În plus, sunt examinate în detaliu tipurile de informații confidențiale și neconfidențiale, accesul la informațiile confidențiale și siguranța acestora. Pentru a sublinia dificultatea cu care se confruntă membrii organismelor juridice în stabilirea informațiilor care sunt confidențiale, mai multe studii de caz aplică testul de confidențialitate într-o serie de scenarii practice de achiziții publice. Pentru a include acest subiect în context, capitolul începe prin examinarea rolului unui organism juridic în protejarea informațiilor confidențiale. Acest capitol discută protejarea informațiilor confidențiale în cadrul procedurilor de soluționare a contestațiilor, modul de stabilire a informațiilor ca fiind confidențiale, testul de confidențialitate, tipuri esențiale de informații confidențiale și neconfidențiale în achizițiile publice, accesul la informații confidențiale și securitatea fizică a informațiilor confidențiale. În plus, capitolul prezintă câteva studii de caz referitoare la aplicarea testului de confidențialitate în practică.

5.2 Informații confidențiale

În cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor în materia achizițiilor, părțile sunt obligate să furnizeze organismului juridic toate tipurile de informații. Este responsabilitatea organismului juridic să protejeze informațiile confidențiale. Acestea pot include informații despre persoane fizice, de interes public sau informații sensibile care se referă la interesele comerciale ale autorității contractante sau ale ofertanților, în special când divulgarea acestora ar putea periclita concurența. Deci, în timp ce tratează contestațiile și analizează documentația de licitație, inclusiv, dar nelimitativ, ofertele depuse și informațiile furnizate de autoritatea contractantă și alte probe cu înscrisuri, organismul juridic trebuie să poată stabili care informații sunt confidențiale și să trateze asemenea informații în mod corespunzător. Cu alte cuvinte, organismul juridic nu trebuie să divulge informațiile confidențiale, trebuie să asigure securitatea fizică a documentelor sau să limiteze accesul celorlalte părți la documentele confidențiale. Ce ține de Republica Moldova, în conformitate cu p.26, lit. i) al Regulamentului ANSC, consilierul de soluționare a contestațiilor este obligat să asigure securitatea și confidențialitatea tuturor datelor conținute în dosarele procedurilor pe care le examinează.

Reglementarea categoriilor de informații confidențiale este dispersată în câteva legi: Cod Civil, art.2047-2054 (Răspunderea pentru dobândirea, utilizarea sau divulgarea ilegală a secretelor comerciale). Legea nr.245 din 27.11.2008 cu privire la secretul de stat⁹⁴ (în continuare Legea cu privire la secretul de stat), Legea nr.133 din 08.07.2011 privind protecția datelor cu caracter personal⁹⁵ (în continuare Legea privind protecția datelor cu caracter personal).

În continuare vor fi prezentate câteva exemple care demonstrează ce se poate întâmpla dacă organismul juridic nu protejează informațiile confidențiale.

⁹⁴ Legea cu privire la secretul de stat. Nr.245 din 27.11.2008. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 27.02.2009, nr.45-46

⁹⁵ Legea privind protecția datelor cu caracter personal.Nr.133 din 08.07.2011. În Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 14.10.2011, nr.170-175.

Exemple

- *Dacă organismul jurisdicțional nu protejează informațiile confidențiale, rolul autorității contractante în calitate de cumpărător ar putea fi compromis. Furnizorii ar putea să nu comunice informațiile sensibile în detrimentul procesului de achiziție sau capacitatea autorității contractante de a negocia eficient pentru a asigura cel mai bun raport preț/calitate ar putea fi compromisă.⁹⁶*
- *În plus, dacă organismul jurisdicțional nu reușește să protejeze informațiile confidențiale, operatorii economici ar putea obține informații despre practicile comerciale ale competitorilor de pe aceeași piață. Aceasta ar putea, la rândul său, să afecteze concurența loială.*
- *Mai mult, când organismul jurisdicțional trebuie să analizeze o procedură negociată, ar trebui să păstreze confidențialitatea denumirii ofertanților până la emiterea de către autoritatea contractantă a deciziei de atribuire a contractului. Această abordare ar trebui să evite acordurile între ofertanți, care sunt în dezavantajul autorității contractante. Altfel, autoritatea contractantă nu poate continua procedura fără riscul de a nu putea ajunge la cel mai bun rezultat posibil în timpul negocierilor.*

Protejarea informațiilor confidențiale poate deveni o problemă la redactarea deciziilor și publicarea acestora pe pagina web a organismului jurisdicțional. La redactarea unei decizii, trebuie de reținut care informații oferite organismului jurisdicțional pot fi divulgate terților, și prin urmare pot apărea în decizie. Situația ar putea fi ca anumite informații să poată apărea în versiunea deciziei ce urmează a fi furnizată părților implicate în procedura de soluționare a contestațiilor dar să trebuiască să fie eliminate din versiunea ce urmează a fi publicată pe internet. Aceasta poate avea loc în cazurile în care părțile convin să divulge informații confidențiale celeilalte părți implicate în proceduri, dar nu către o terță parte. Organismul jurisdicțional trebuie să rețină că principiul unui proces echitabil cere ca toate informațiile care stau la baza cauzei să fie divulgate părților. Aceasta nu implică faptul că toate informațiile vor fi sau ar trebui divulgate publicului. În contextul procedurii de soluționare a contestațiilor, informațiile confidențiale pot include informații:

- folosite de ofertanți pentru pregătirea depunerii ofertei, de exemplu, informații despre o infrastructură securizată;
- calcularea ofertelor, de exemplu, prețurile în cadrul specificațiilor unui contract de lucrări;
- incluse în cadrul unei oferte depuse, de exemplu, detalii ale unei metodologii comerciale originale;
- conținute într-un contract, de exemplu, specificațiile pentru o incintă securizată, clasificată din motive de siguranță națională.⁹⁷

5.3 Ce informații sunt confidențiale?

În conformitate cu Ghidul asupra confidențialității în achiziții și Ghidul privind managementul financiar, informațiile pot avea statutul de informații confidențiale dacă:

- se prevede astfel prin lege;
- se stabilește astfel de organismul jurisdicțional;
- se stabilește de autoritatea contractantă, ofertant, sau contestator.⁹⁸

⁹⁶ Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, (Politici și linii directoare referitoare la legea privind libertatea de informare (achiziții civile)), Biroul de Comerț al Guvernului, 2008, p. 9.

⁹⁷ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission. (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar) Nr. 3, Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. Drept de autor Commonwealth of Australia reproduc cu permisiune)

⁹⁸ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission. (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar) Nr. 3, Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. Drept de autor Commonwealth of Australia reproduc cu permisiune.

5.3.1 Informații confidențiale – prevăzute prin lege

Unele state au prevăzut în lege obligația organismelor juridictionale de a proteja informațiile sensibile pentru autoritățile publice, având în vedere că divulgarea acestora ar putea fi contrară interesului public.⁹⁹ Informațiile care sunt prevăzute prin lege drept confidențiale pot fi informații clasificate drept 'secrete de stat', 'date cu caracter personal'.

5.3.1.1 Secrete de stat

Legislația poate prevedea categorii de informații care pot fi clasificate drept secrete de stat, și poate cere ca informațiile să fie clasificate drept secrete de stat. Totuși, aceste informații trebuie clasificate în conformitate cu legea din motive de siguranță națională. Interesele privind siguranța națională includ: independența, integritatea teritorială, ordinea constituțională, și relațiile externe. Un regulament național poate să prevadă nivele diferite de protejare a informațiilor. De exemplu, 'restricționate', 'confidențiale', 'secrete' sau 'strict secrete'. Organismul juridictional trebuie să respecte regulile de securitate definite pentru informațiile respective. Cu toate acestea, există categorii de informații care nu ar trebui clasificate din motive de interese publice importante.

Aceste motive includ:

- Ascunderea încălcării legilor, a ineficienței sau erorilor de administrare
- Privarea unei persoane, organizații sau instituții de dreptul de a cunoaște
- Împiedicarea sau întârzierea furnizării de informații care nu necesită a fi protejate în interesul siguranței naționale

În Republica Moldova, secretul de stat este reglementat în Legea privind secretul de stat și reprezintă informațiile protejate de stat în domeniul apărării naționale, economiei, științei și tehnicii, relațiilor externe, securității statului, asigurării ordinii de drept și activității autorităților publice, a căror divulgare neautorizată sau pierdere este de natură să aducă atingere intereselor și/sau securității Republicii Moldova. Art.7 din aceeași lege enumeră informațiile considerate drept secret de stat. Organismul juridictional trebuie să respecte regulile de securitate definite pentru informațiile respective. Cu toate acestea, există categorii de informații care nu ar trebui clasificate din motive ce țin de interese publice importante. Astfel, în conformitate cu art.8 al Legii privind secretul de stat, nu se califică drept secret de stat și nu pot fi secretizate informațiile privind:

- faptele de încălcare a drepturilor și libertăților omului și ale cetățeanului;
- starea mediului înconjurător, calitatea produselor alimentare și obiectelor de uz casnic;
- accidente, catastrofele, fenomenele naturale periculoase și alte evenimente extraordinare care periclitează securitatea cetățenilor;
- starea sănătății populației, nivelul ei de trai, inclusiv alimentația, îmbrăcămintea, serviciile medicale și asigurarea socială, indicatorii socio-demografici;
- starea sănătății persoanelor care ocupă funcții de demnitate publică;
- faptele de încălcare a legii de către autoritățile publice și persoanele cu funcții de răspundere din cadrul acestora;
- starea reală de lucruri în domeniul învățământului, culturii, comerțului, agriculturii și al ordinii de drept.

5.3.1.2 Date cu caracter personal

Membrii organismelor juridictionale pot face referire la legea privind protecția datelor cu caracter personal atunci când se confruntă cu anumite 'date sensibile' în procedurile de soluționare a contestațiilor.

⁹⁹ În Austria, de ex., există o lege și un regulament care prevăd care informații vor fi clasificate: Acestea definesc nivele diferite de protejare a acestor informații cu măsurile de protejare a acestora.

Legea privind protecția datelor cu caracter personal, în art.3 prevede că date cu caracter personal reprezintă orice informație referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă (subiect al datelor cu caracter personal). Persoana identificabilă este persoana care poate fi identificată, direct sau indirect, prin referire la un număr de identificare sau la unul ori mai multe elemente specifice identității sale fizice, fiziologice, psihice, economice, culturale sau sociale. De asemenea, legea definește și o categorie specială de date cu caracter personal. Acestea sunt datele care dezvăluie originea rasială sau etnică a persoanei, convingerile sale politice, religioase sau filozofice, apartenența socială, datele privind starea de sănătate sau viața sexuală, precum și cele referitoare la condamnările penale, măsurile procesuale de constrângere sau sancțiunile contravenționale. Dat fiind că deciziile organismului jurisdicțional sunt publicate, datele cu caracter personal conținute în decizie trebuie omise în versiunea publicată a deciziei.

5.3.2 Informații confidențiale – stabilite astfel de organismul jurisdicțional

La nivel european, în momentul în care organismul jurisdicțional analizează documentele cauzei care vor include informațiile furnizate de autoritatea contractantă și de ofertanți, acesta poate descoperi că anumite informații sunt confidențiale deși nu au fost desemnate astfel de către nicio parte implicată. Pentru a stabili confidențialitatea, organismul jurisdicțional trebuie să efectueze un test de confidențialitate.

5.3.3 Informații confidențiale – stabilite astfel de terți

Contestatorul, autoritatea contractantă sau oricare parte la procedura de soluționare a contestațiilor va indica de obicei faptul că secretele comerciale ale acestora sunt informații confidențiale. Secretele comerciale intră sub incidența articolului 8 din CEDO, care face nedivulgarea mai ușoară în lumina articolului 6 al CEDO, având în vedere că este posibilă echilibrarea a două drepturi fundamentale la același nivel.

Informațiile care trebuie declarate prin lege sau care se referă la o încălcare a legii(lor), bunele practici comerciale și principiile de etică în afaceri nu trebuie considerate secrete comerciale. Divulgarea poate fi legitimă dacă are drept scop protejarea interesului public. Alte categorii principale de informații confidențiale includ drepturile de proprietate intelectuală: de exemplu, drepturi de autor, brevete și licențe. Protejarea concurenței loiale poate necesita protejarea secretelor comerciale, deoarece una dintre părțile implicate în procedura de soluționare a contestațiilor care este operator economic ar putea încerca să obțină informații despre un concurent care face tranzacții pe aceeași piață și poate câștiga un avantaj comercial / competitiv.

În Republica Moldova secretul comercial este reglementat de Codul Civil. Pentru a califica informația ca fiind secret comercial, în conformitate cu art. 2047 (3) Codul Civil, ea trebuie să întrunească trei condiții cumulative:

- Sunt secrete în sensul în care nu sunt cunoscute la nivel general și nu sunt accesibile persoanelor chiar și din domeniu;
- Au o valoare comercială prin faptul că sunt secrete;
- Fac obiectul unor măsuri rezonabile pentru a fi păstrate secrete;

Obiecte ale secretului comercial pot fi interesele economice și informațiile tănuite intenționat despre diferitele aspecte și domenii ale activității economice de producție, de administrare, tehnico-științifice, financiare ale operatorului economic, a căror protecție este condiționată de interese concurențiale și de posibila periclitate a securității economice a agentului economic.

Organismul jurisdicțional trebuie să verifice de la caz la caz dacă desemnarea informațiilor drept confidențiale de către autoritatea contractantă sau contestator este justificată. Informația care nu va fi calificată ca secret comercial nu va beneficia de protecția și remediile oferite de prevederile art. 2047-2054 Cod Civil. Același efect pentru operator economic îl are și secretul comercial dobândit, utilizat în mod ilegal în sensul art. 2049 Cod Civil.

La stabilirea confidențialității informațiilor, organismul jurisdicțional nu ar trebui să fie influențat de decizii asupra confidențialității adoptate în cadrul altor proceduri de soluționare a contestațiilor.¹⁰⁰ Chiar dacă autoritatea contractantă clasifică informația drept confidențială, organismul jurisdicțional ar trebui să aibă dreptul de a ajunge la o concluzie diferită. Este importantă stabilirea informațiilor care sunt confidențiale.

5.3.4 Testul de confidențialitate

Un test de confidențialitate constă în următoarele patru criterii bazate pe principiile juridice care trebuie îndeplinite pentru a se stabili dacă informațiile comerciale ale ofertantului sau ale autorității contractante sunt confidențiale.

Criteriul 1: informațiile ce urmează a fi protejate trebuie să fie identificate în mod specific

Organismul jurisdicțional trebuie să analizeze care informații specifice (dacă există) sunt în mod legitim protejate împotriva divulgării.

O solicitare de includere a unei prevederi într-un contract care să menționeze că toate informațiile sunt confidențiale nu va trece acest test.

Exemple

- *Anumite informații, ca de exemplu stabilirea prețului, trebuie analizate separat. Aceste informații vor fi de obicei considerate drept confidențiale.*

În plus, informațiile respective trebuie să fie identificate în mod consecvent drept confidențiale. Informațiile care au fost deja prezentate în cadrul documentației de licitație sau informațiile care sunt accesibile publicului (de exemplu Registrul de stat al persoanelor juridice) nu pot fi clasificate drept confidențiale în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor. Pe de altă parte, chiar dacă valoarea estimată a contractului poate fi protejată împotriva divulgării, ofertanții tot vor trebui să își pregătească ofertele și să negocieze cu autoritatea contractantă.

- *Autoritatea contractantă achiziționează un sistem electronic pentru centralizarea comunicațiilor în cadrul universității. Sistemul va putea funcționa cu toate tipurile de comunicații, inclusiv telefonie, e-mail, și telefax. Sistemul va include o agendă telefonică și o conectare (plug in) la Microsoft Outlook, pentru a permite utilizatorului să facă apeluri telefonice utilizând acea agendă telefonică. Documentele licitației conțin o listă de hardware și software folosite de autoritatea contractantă pentru a oferi informații supra resurselor tehnice disponibile și a specifica la care dintre sisteme trebuie implementat plug in-ul.¹⁰¹ Organismul jurisdicțional nu poate divulga informațiile referitoare la hardware-ul și software-ul autorității contractante deoarece acestea au fost deja publicate în documentele contractuale.*

Criteriul 2: informațiile trebuie să fie "sensibile" comercial și să nu fie în general cunoscute sau identificabile

Informațiile specifice trebuie să fie "sensibile" sub aspect comercial și să nu se afle deja în domeniul public. O solicitare făcută de o parte de a menține confidențialitatea informațiilor comerciale ar trebui să demonstreze faptul că există o bază obiectivă pentru cerere și că informațiile sunt sensibile. Acestea se pot referi la planuri de construcție pentru mașini sau alte secrete tehnice pe care ofertantul le poate prezenta autorității contractante.

¹⁰⁰ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune).

¹⁰¹ Preluat dintr-un caz recent al Bundesvergabeamt (BVA 22. 1. 2013, N/0114-BVA/07/2012-24).

Exemplu

Ofertantul depune planuri tehnice pentru piesele ce urmează a fi furnizate. Produsul a fost dezvoltat de ofertant, care deține brevetele. Aceste informații reprezintă un secret comercial.

În legislația moldovenească acest criteriu îl putem găsi în art. 2047 alin (3) lit. a) din Codul Civil. Astfel una din condiții pentru a califica informația ca fiind secret comercial este ca aceasta să nu fie cunoscută la nivel general sau ușor accesibilă persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză.

Criteriul 3: divulgarea ar genera un prejudiciu semnificativ proprietarului informațiilor sau unei alte părți

Partea care dorește să păstreze confidențialitatea ar trebui în mod normal să identifice un risc real de prejudiciere a intereselor sale comerciale în urma divulgării care ar cauza un prejudiciu excesiv.

Exemplu

Prezentarea pe internet a listelor de prețuri nu ar prejudicia proprietarul. Însă prezentarea unor informații privind stabilirea prețurilor care ar dezvălui marjele de profit ale ofertantului poate fi prejudicioasă. Pe de altă parte, ar putea fi necesar să se divulge aceste informații dacă obiectul procedurii de soluționare a contestațiilor îl reprezintă prețuri anormal de reduse.

Acest criteriu îl putem deduce din art. 2047 alin (3) lit. b) din Codul Civil. Conform acestei prevederi, una din condiții pentru a califica informația ca fiind secret comercial este ca aceasta să aibă o valoare comercială prin faptul că este secretă. Pe cale de consecință, divulgarea acestei informații ar crea un prejudiciu deținătorului acestei informații pe care partea vinovată trebuie să îl repare (art. 2047 alin. (1) Cod Civil).

Criteriul 4: informațiile au fost furnizate în baza înțelegerii că vor rămâne confidențiale

Acest criteriu necesită analiza circumstanțelor în care au fost furnizate informațiile. În plus, criteriul cere să stabilească dacă a existat o înțelegere reciprocă, expresă sau implicită, că se va păstra confidențialitatea. Termenii incluși în documentația cererii și în proiectele de contracte vor avea un impact asupra analizei circumstanțelor.

Exemplu

O cerere pentru documentele de licitație și documentele proiectului de contract care include prevederi specifice de confidențialitate ar susține afirmația ofertantului că autoritatea contractantă a fost de acord să accepte informațiile în baza înțelegerii că acestea vor rămâne confidențiale.

De exemplu, documentația tehnică ce detaliază o anumită metodă de producție sau proiectul unui concept de program informatic este depus în ipoteza că va fi tratat drept informație confidențială.¹⁰²

Potrivit art. 17, alin. (2) al Legii privind achizițiile publice, autoritatea contractantă va lua în considerare dreptul operatorului economic la protecția proprietății sale intelectuale și a secretului comercial. Astfel, în oferta sa, operatorul economic va trebui să indice care sunt actele confidențiale care trebuie protejate și nedivulgate. Nici autoritatea contractantă nici ANSC nu este ținută de constatările operatorului economic în acest sens. Ceea ce înseamnă că autoritatea contractantă și ANSC au dreptul să reevalueze declarațiile operatorului economic și să concluzioneze că unele acte prezentate nu conțin informații confidențiale.

¹⁰² Toate cele patru criterii au fost preluate din Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 8. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune. Acestea au fost adaptate în scopul acestui manual.

5.4 Exemple de informații confidențiale

Categoriile de informații care pot îndeplini cerințele testului de confidențialitate includ:

- informații privind calculul intern al costurilor sau informații referitoare la marja de profit;
- informații protejate de drepturi de autor, cum ar fi informațiile cu privire la modalitatea în care urmează a fi furnizată o anumită soluție tehnică sau comercială;
- structuri de calcul al prețurilor / defalcarea a prețurilor, în cazul în care aceste informații ar indica dacă un contestator a înregistrat profituri sau pierderi din furnizarea unui anumit bun sau serviciu;
- informații obținute de la furnizori care nu sunt în general disponibile, cum ar fi informații referitoare la produse viitoare, planuri de cercetare sau detalii financiare;
- modele financiare pentru activități complexe și modele detaliate cu privire la modalitatea de gestionare a fluxului de numerar atât pentru autoritate cât și pentru furnizor pe parcursul termenului contractului;
- secrete artistice, literare sau culturale, inclusiv fotografii, manuscrise istorice sau secrete ale culturii indigene;
- drepturi de proprietate intelectuală, inclusiv secrete comerciale și alte aspecte legate de proprietatea intelectuală, acolo unde acestea au legătură cu poziția concurențială a unui potențial furnizor.¹⁰³

Alte categorii care îndeplinesc cerințele testului de confidențialitate constau din: secrete comerciale și alte informații comerciale sensibile care în mod obișnuit nu sunt cunoscute sau nu pot fi verificabile pe piață, informații care conferă un avantaj comercial și a căror divulgare ar prejudicia interesele comerciale ale ofertantului sau ale autorității contractante și care sunt protejate de ofertant, precum și informații care ar fi considerate secrete comerciale și, prin urmare, s-ar putea califica drept informații comerciale sensibile. Ofertanții pot de asemenea solicita protejarea altor informații comerciale. De exemplu, planul de investiții viitoare al ofertantului, drepturi de proprietate intelectuală și informații comerciale sensibile deținute de stat.

Referitor la proprietatea intelectuală sau alte informații comerciale sensibile care aparțin statului, autoritatea contractantă ar trebui să analizeze dacă aceste informații ar trebui tratate drept confidențiale în cadrul unei anumite achiziții. În cazul în care autoritatea contractantă nu efectuează o astfel de evaluare, organismului jurisdicțional îi revine responsabilitatea de a proteja aceste informații calificându-le drept confidențiale.

5.5 Informații considerate neconfidențiale

Dacă deschiderea ofertelor are loc în prezența ofertanților și a publicului, informațiile citite nu pot fi tratate drept confidențiale.¹⁰⁴ Printre exemplele de informații comerciale care nu ar fi considerate în general confidențiale se numără următoarele:

- informații care pot fi obținute din surse accesibile publicului larg;
- informații privind garanțiile de bună execuție și garanțiile financiare;
- despăgubiri;
- prețul total;
- rabaturi, daune-interese și reduceri acordate pentru nivelul serviciilor (en. service credits);
- măsurări ale performanței;
- clauze care descriu modalitatea în care trebuie tratate drepturile de proprietate intelectuală;
- acorduri privind plățile.¹⁰⁵

¹⁰³ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 11 (drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune) și Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance (Politica și ghidul cu privire la Legea privind libertatea de informare (achiziții civile)), Biroul de Comerț al Guvernului, 2008, p. 28-30, adaptare.

¹⁰⁴ Dacă există informații în cadrul ofertei care sunt evaluate prin aplicarea criteriilor de atribuire a contractului, din considerente de transparență, acestea trebuie citite cu ocazia deschiderii ofertelor.

¹⁰⁵ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 11 (drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune) și Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance (Politici și linii directoare referitoare la Legea privind libertatea de informare (achiziții civile)), Biroul de Comerț al Guvernului, 2008, p. 28-30.

Cu toate acestea, organismul jurisdicțional nu trebuie să trateze aceste exemple ca fiind neconfidențiale fără a efectua un test de confidențialitate.

5.6 Cum sunt desemnate informațiile drept confidențiale?

În practica recentă, într-o situație în care reclamantii și autoritățile contractante nu au clasificat anumite documente și informații drept confidențiale, a apărut o dispută cu privire la faptul dacă organismul jurisdicțional poate divulga aceste documente și informații. Prin urmare, este recomandabil ca organismul jurisdicțional să fie pregătit pentru o solicitare de a trata documentele sau informațiile drept confidențiale și să redacteze îndrumări generale cu privire la desemnarea informațiilor care sunt confidențiale pentru părțile din cadrul procedurilor.

De exemplu, organismul jurisdicțional ar putea informa părțile la proceduri că, în cazul în care doresc să califice anumite informații drept confidențiale, acestea trebuie să depună două versiuni ale documentelor la organismul jurisdicțional – o versiune confidențială și una neconfidențială. Versiunea confidențială trebuie să conțină toate informațiile – inclusiv pe cele confidențiale – și trebuie să fie marcată drept 'Confidențială'. Versiunea neconfidențială trebuie să excludă informațiile confidențiale și trebuie să fie marcată drept 'Neconfidențială'.

Nici Legea privind achizițiile publice nici Regulamentul ANSC nu stipulează prevederi ce țin de dublarea contestației în scopul protejării informației confidențiale. Cu toate acestea, este recomandabil să existe o astfel de practică chiar și în lipsa unei prevederi exprese.

Deci, după cum s-a menționat, versiunea confidențială trebuie să identifice în mod clar toate părțile confidențiale ale documentului. Aceasta se poate realiza prin cenzurarea informațiilor, prin utilizarea caracterelor aldine sau a parantezelor pătrate etc. Organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere elaborarea și publicarea unor exemple pentru ofertanți, pe care aceștia să le studieze și să le urmeze.

Mai mult decât atât, organismul jurisdicțional poate refuza să trateze informațiile în regim de confidențialitate, integral sau parțial, în cazul în care informațiile nu îndeplinesc cerințele testului de confidențialitate sau dacă legea le-a exclus expres de sub incidența regimului de confidențialitate (ca, de exemplu, în cazul art. 8 din Legea cu privire la secretul de stat). Dacă regimul de confidențialitate nu a fost stabilit, părții care furnizează informațiile trebuie să i se dea posibilitatea să prezinte o explicație acceptabilă cu privire la motivul pentru care este adecvată desemnarea acestora drept confidențiale sau să retragă documentul. Dacă se oferă o explicație adecvată, informațiile trebuie tratate drept confidențiale în dosarul administrativ al organismelor jurisdicționale. Dacă justificarea nu este suficientă și informațiile sau documentele nu sunt retrase de către parte, astfel de informații ar putea constitui o parte din dosarul administrativ.

Cu toate acestea, cel mai probabil, informațiile confidențiale și desemnarea acestora drept confidențiale vor fi deja puse la dispoziția autorității contractante cu obiecțiile contestatorului sau în dosarul de licitație al acestuia. Dacă autoritatea contractantă respectă confidențialitatea, organismul jurisdicțional trebuie de asemenea să o respecte și să acționeze în consecință pentru protejarea confidențialității, cu condiția că aceste informații nu sunt cruciale pentru rezultatul procedurii de soluționare a contestațiilor.

5.7 Accesul la informații confidențiale

În conformitate cu cerințele aplicabile informațiilor confidențiale, acestea nu trebuie divulgate unor terțe persoane în afară de membrii organismelor jurisdicționale dacă nu s-a obținut o permisiune expresă din partea proprietarului acestora sau a persoanei desemnate prin lege. În acest sens, în conformitate cu art. 29, alin. (1) al Legii privind datele cu caracter personal, operatorii și terții care au acces la datele cu caracter personal sunt obligați să asigure confidențialitatea acestor date. În conformitate cu art. 33 al Legii privind protecția datelor cu caracter personal, pentru încălcarea respectivei legi, persoanele vinovate răspund în conformitate cu legislația civilă, contravențională sau penală.

Totuși, această regulă nu se extinde asupra situațiilor în care divulgarea este prevăzută de lege sau dacă însuși proprietarul informației își dă acordul la divulgare.

Acest fapt ar putea fi practic, de exemplu, în cazurile în care anumite informații trebuie divulgate unui expert. Acesta din urmă trebuie să aibă dreptul de a vedea toate documentele și de a avea acces la toate informațiile cuprinse în dosarele organismului jurisdicțional – chiar și la informații confidențiale. Fiind un organ al organismului jurisdicțional, expertul trebuie să fie obligat să mențină confidențialitatea informațiilor prin legea procedurală. Dacă expertul nu este obligat să mențină confidențialitatea informațiilor prin lege, se recomandă un acord de confidențialitate.

Cât ține de legislația națională, legea prevede că expertul este obligat să nu divulge informațiile de care a luat cunoștință în legătură cu efectuarea expertizei (art. 52, alin. (1), lit. i) al Legii privind expertiza judiciară și statutul expertului judiciar, art.90 Cod Administrativ în coroborare cu art.154, alin.(3)/1 CPC). Dacă procedura de soluționare a contestațiilor are caracter investigativ, organismului jurisdicțional îi revine sarcina de a decide cu privire la informațiile care vor fi divulgate părților. În aceste situații, organismul jurisdicțional trebuie să recurgă la testul de confidențialitate și să pună în balanță confidențialitatea și celelalte principii ale unui proces echitabil menționate în cadrul primului capitol.

Prin urmare, informațiile confidențiale trebuie să se distingă în mod vizibil de celelalte documente din dosar și trebuie sigilate într-un plic sau mascate ori identificate în alt mod în cadrul documentului. În plus, dacă organismului jurisdicțional i se solicită să asigure accesul la informații confidențiale, o astfel de solicitare trebuie respinsă dacă persoana nu face obiectul uneia dintre excepțiile menționate anterior. Mai mult decât atât, nicio persoană sau organizație nu trebuie să aibă acces la dosarele de achiziții dacă nu există o decizie privind părțile din dosar care pot fi divulgate. În afară de aceasta, în decizia organismului jurisdicțional nu trebuie prevăzute informații confidențiale.

În acest sens, menționăm că în conformitate cu art.83, alin.(3) Cod Administrativ accesul la dosarul administrativ nu este permis în cazul în care prin aceasta se afectează îndeplinirea regulamentară a sarcinilor autorității publice sau în cazul în care se urmărește protejarea unui secret ocrotit de lege ori există necesitatea protecției drepturilor participanților la procedura administrativă sau ale terților.

Decizia poate face referire la informații confidențiale însă conținutul acestora nu trebuie divulgat. Cu toate acestea, nedivulgarea acestor informații ar putea încălca principiul privind dreptul la un proces echitabil în sensul articolului 6 din CEDO. Acest aspect va fi discutat mai detaliat și mai aprofundat în cadrul studiilor de caz prezentate spre finalul acestui capitol.

În unele jurisdicții, accesul la informații confidențiale poate fi acordat consilierului juridic al părților la proceduri. Această persoană trebuie să fie supusă unei obligații profesionale de confidențialitate și nu trebuie să se afle într-o relație comercială sau juridică cu părțile (cu excepția furnizării de servicii juridice specifice), deoarece există o probabilitate limitată ca un astfel de consilier să utilizeze aceste informații în avantajul său sau al altor părți. Cu toate acestea, exercitarea acestui drept poate fi privită ca limitată, dat fiind faptul că consilierului respectiv nu îi este permis să divulge informațiile clientului său și i s-ar permite să invoce astfel de informații doar în cadrul argumentației sale. Este important de menționat faptul că acest lucru ar putea submina încrederea dintre consilierul juridic și clientul său. Din acest motiv, cele mai multe jurisdicții furnizează consilierului juridic aceleași informații ca și cele furnizate clientului.

5.8 Securitatea informațiilor

Securitatea documentelor este importantă pentru a nu permite scurgerea de informații. Lipsa de încredere în securitatea datelor poate descuraja ofertanții sau poate reduce nivelul de detaliere ori volumul de informații incluse de ofertanți în propriile oferte.

Ambele rezultate vor afecta în mod negativ impactul asupra autorităților contractante.¹⁰⁶

Dacă organismul juridicțional nu dispune de măsuri stabilite pentru securitatea și stocarea documentelor depuse, acest lucru poate crea o serie de probleme. Documentele pot fi pierdute, lucru ce obligă societățile să furnizeze copii suplimentare și pune sub semnul întrebării procesele și profesionalismul organismului juridicțional. O altă problemă apare în cazul în care se fac diferite copii ale unor documente care conțin secrete comerciale și nu sunt create zone sau dosare sigure. Prin urmare, ținerea evidenței documentelor și păstrarea acestora poate deveni imposibilă. Pentru a evita o astfel de situație, trebuie stabilite măsuri clare de securitate fizică pentru gestionarea documentelor care fac obiectul procedurilor de soluționare a contestațiilor. Trebuie respectate și aplicate următoarele reguli:

- trebuie menținute două dosare separate în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor – unul public și unul protejat. Niciun fel de informații confidențiale nu trebuie incluse în dosarele publice¹⁰⁷ sau, în cazul în care este doar un singur dosar, documentele confidențiale trebuie sigilate într-un plic. Dacă există diferite părți care au dreptul de a vedea diferite părți din documentele confidențiale, trebuie utilizate mai multe plicuri.
- accesul la documente trebuie să fie limitat, acesta fiind acordat numai personalului autorizat;
- organismul juridicțional trebuie să se asigure că documentele sau copiile documentelor nu sunt scoase din sediul acestuia;¹⁰⁸
- trebuie stabilită o evidență a accesului la documentele care conțin informații confidențiale.

Trebuie avută în vedere introducerea unor măsuri de securitate electronică și a unor procese și strategii înregistrate pentru stocarea și comunicarea electronică. Organismul juridicțional trebuie să se asigure că deține controlul asupra transmiterii electronice a documentelor și asupra protecției datelor stocate în rețele, inclusiv asupra segregării hard-disk-urilor, a stocării informațiilor confidențiale și a alocării unor parole de acces sigure persoanelor autorizate să acceseze aceste informații.¹⁰⁹ O abordare mai strictă a transmiterii electronice a documentelor constă din interzicerea transmiterii oricăror informații confidențiale prin fax sau e-mail. Acesta din urmă ar trebui utilizat numai pentru transmiterea documentelor publice. Acestea sunt documente care nu conțin nicio informație confidențială a vreunei persoane terțe.¹¹⁰

Pentru realizarea unui nivel mai ridicat de securitate, organismul juridicțional ar trebui să aibă în vedere stocarea informațiilor electronice pe medii de stocare care nu sunt conectate la internet sau la o rețea locală. Pentru menținerea celui mai ridicat nivel de securitate fizică, datele trebuie stocate într-un mediu separat și păstrate într-un loc sigur. În plus, pot fi avute în vedere metodele de criptare a datelor. În conformitate cu cel mai ridicat nivel de protecție, informațiile nu trebuie stocate electronic ci doar în format tipărit și trebuie păstrate într-un loc securizat la cel mai înalt nivel.¹¹¹

¹⁰⁶ Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4 (Ghid privind etica și probitatea în achizițiile publice, Ghidul privind managementul financiar nr. 4), Commonwealth of Australia, p. 21. Drept de autor al Commonwealth of Australia reprodus pe bază de permisiune.

¹⁰⁷ Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information (Linii directoare privind desemnarea, protecția, utilizarea și transmiterea informațiilor confidențiale), Tribunalul Comercial Internațional din Canada 2006, p.4.

¹⁰⁸ Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4 (Ghid privind etica și probitatea în achizițiile publice, Ghidul privind managementul financiar nr. 4), Commonwealth of Australia, 2005, p. 21. Drept de autor al Commonwealth of Australia reprodus pe bază de permisiune.

¹⁰⁹ Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4 (Ghid privind etica și probitatea în achizițiile publice, Ghidul privind managementul financiar nr. 4), Commonwealth of Australia, 2005, p. 21. Drept de autor al Commonwealth of Australia reprodus pe bază de permisiune.

¹¹⁰ Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information (Linii directoare privind, desemnarea, protecția, utilizarea și transmiterea informațiilor confidențiale), Tribunalul Comercial Internațional din Canada p. 4-5. A se vedea, de exemplu, legislația austriacă cu privire la protejarea informațiilor.

¹¹¹ A se vedea, de exemplu, legislația austriacă cu privire la protejarea informațiilor.

Pe perioada în care dețin funcții sau sunt angajați în serviciul public, membrii organismelor juridictionale trebuie să fie supuși unei obligații imperative de a nu divulga în mod deliberat și de a nu permite în niciun mod divulgarea informațiilor confidențiale care intră în posesia acestora către nicio altă persoană, informații care sunt menite sau ar putea fi utilizate de orice competitor de afaceri sau rival al persoanei la ale cărei activități sau afaceri fac referire informațiile respective. Această obligație imperativă trebuie să se aplice în continuare membrilor organismelor juridictionale și după ce aceștia nu mai dețin funcția respectivă sau nu mai sunt angajați ai organismului juridictional.¹¹²

În acest sens, menționăm că în Regulamentul ANSC, p. 26, lit. i) este prevăzută expres obligația consilierului de soluționare a contestației de a asigura securitatea și confidențialitatea tuturor datelor conținute în dosarele procedurilor pe care le examinează. Aceeași obligație este prevăzută și în legislația din domeniul protecției informației confidențiale și anume, în conformitate cu art. 29 al Legii privind protecția datelor cu caracter personal, operatorii și terții care au acces la datele cu caracter personal sunt obligați să asigure confidențialitatea acestor date.

5.9 Confidențialitatea în achizițiile publice în conformitate cu legislația comunitară

5.9.1 Reguli generale privind achizițiile

Reglementările esențiale ale UE din domeniul achizițiilor publice sunt cuprinse în Directiva 2004/18/CE ("Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale")¹¹³ și în Directiva 2004/18/CE ("Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii")¹¹⁴ (denumite împreună "Directivile privind achizițiile publice"). Directivile privind achizițiile publice prevăd numai reglementări cu caracter general referitoare la acțiuni care au ca obiect confidențialitatea. Articolul 6 din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii și articolul 13(2) din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale stipulează:

"Fără a aduce atingere dispozițiilor prezentei directive, în special celor privind obligațiile legate de publicitatea contractelor atribuite și informare a candidaților și ofertanților prevăzute la articolul 35 alineatul (4) [articolul 43 din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale] și la articolul 41 [articolul 49 Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale] și în conformitate cu dreptul intern căruia i se supune autoritatea contractantă, aceasta din urmă nu divulgă informațiile comunicate de operatorii economici cu titlu confidențial; respectivele informații cuprind în special secrete tehnice sau comerciale și aspectele confidențiale ale ofertelor."

În baza prevederilor Directivelor privind achizițiile publice, autoritățile contractante trebuie să mențină confidențialitatea informațiilor comunicate cu acest titlu de operatorii economici (participanții la licitație). În schimb, trimiterea la legislația națională implică faptul că informațiile pot fi dezvăluite atunci când divulgarea acestora este impusă în alt mod prin legislația națională. De exemplu, obligațiile locale privind confidențialitatea din statele membre. În afara reglementărilor de ordin general, Directivile privind achizițiile publice conțin prevederi exprese referitoare la confidențialitate care adresează aspecte specifice ale achizițiilor publice. Printre acestea se numără următoarele:

¹¹² Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information (Linii directoare privind desemnarea, protecția, utilizarea și transmiterea informațiilor confidențiale), Tribunalul Comercial Internațional din Canada, 2006, p. 6.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Directiva 2004/17/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.

5.9.1.1 Protecția informațiilor confidențiale comunicate de autoritățile contractante

Articolul 13(1) din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale prevede următoarele: *“În contextul transmiterii de cerințe tehnice operatorilor economici interesați, al calificării și selecției operatorilor economici și al atribuirii contractelor, entitățile contractante pot impune cerințe în vederea protejării naturii confidențiale a informațiilor pe care le transmit.”*

5.9.1.2 Protecția informațiilor sensibile comunicate de operatorii economici în cursul dialogului competitiv

Articolul 29 (3) din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii și articolul 13(2) din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale prevăd următoarele: *„Autoritățile contractante nu pot divulga celorlalți participanți soluțiile propuse sau alte informații confidențiale comunicate de un candidat care participă la dialog fără acordul acestuia.”*

5.9.1.3 Protecția informațiilor sensibile în contextul procedurilor pe bază de acord-cadru

Articolul 35 (4) din Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii prevede următoarele: *„Se poate ca unele informații privind atribuirea contractului sau încheierea acordului-cadru să nu fie publicate, în cazul în care dezvăluirea lor ar împiedica punerea în aplicare a legislației, ar fi contrară interesului public, ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale operatorilor economici publici sau privați sau ar aduce atingere concurenței loiale între aceștia.”*

5.9.2 Jurisprudența UE în materia confidențialității în achizițiile publice

În general, Directivele privind achizițiile publice nu cuprind îndrumări robuste cu privire la gestionarea acțiunilor care au ca obiect confidențialitatea. Prin urmare, jurisprudența instanțelor europene este extrem de importantă. Cea mai importantă cauză a Curții Europene de Justiție („CEJ”) care adresează aspecte legate de confidențialitate în contextul achizițiilor publice este cauza *Varec contra Belgiei*.¹¹⁵

Varec contra Belgiei: faptele cauzei

- A. Statul belgian (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat o procedură pentru atribuirea unui contract referitor la furnizarea de patine de șenile pentru tancuri marca 'Leopard'. Doi ofertanți au depus oferte, respectiv Varec și Diehl. La evaluarea ofertelor, statul belgian a decis să atribuie contractul societății Diehl, deoarece a considerat că oferta societății Varec nu îndeplinea criteriile tehnice.
- B. Societatea Varec a contestat decizia de atribuire a contractului și a solicitat ca dosarul transmis la autoritatea competentă (Consiliul de Stat) să fie completat cu oferta societății Diehl. Statul belgian a adăugat oferta societății Diehl la dosar însă nu a transmis anumite documente care fuseseră restituite societății Diehl conform solicitării acesteia.

Potrivit statului belgian, în cazul în care aceste informații sunt necesare, ele trebuie solicitate direct de la Diehl. Statul belgian a menționat de asemenea că societățile Varec și Diehl se află într-un litigiu referitor la drepturile de proprietate intelectuală asupra planurilor în cauză.

¹¹⁵ Decizia CEJ din data de 14 februarie 2008, *Varec* (C-450/06, ECR 2008 p. I-581).

- C. Societatea Diehl a informat autoritatea competentă cu privire la faptul că versiunea ofertei sale care a fost comunicată statului belgian conținea informații și date confidențiale și a ridicat obiecții cu privire la punerea la dispoziție a acestor informații unor persoane terțe – inclusiv societății Varec – care ar putea să preia respectivele date și informații confidențiale referitoare la secretele comerciale incluse în ofertă. Potrivit societății Diehl, anumite anexe la oferta sa conțineau date specifice referitoare la revizuirii detaliate ale planurilor de fabricație relevante și conțineau și procesul industrial.
- D. Autoritatea competentă a fost de părere că decizia de atribuire trebuie anulată pe motiv că „în absența cooperării pârâtului [statul belgian] în vederea unei administrări robuste a justiției și a unor proceduri echitabile, singura sancțiune posibilă constă din anularea măsurii administrative a cărei legalitate nu este stabilită în cazul în care sunt excluse documente din procedurile dintre părți.”
- E. Statul belgian a contestat această concluzie și i-a solicitat autorității competente să se pronunțe asupra aspectelor de confidențialitate legate de documentele din oferta societății Diehl care conțineau informații referitoare la secretele sale comerciale.
- F. Autoritatea competentă a decis suspendarea procedurilor și a transmis următoarele întrebări la CEJ pentru o hotărâre preliminară: „Articolul 1 (1) din [Directiva 89/665], care trebuie coroborat cu articolul 15 (2) din [Directiva 93/36] și cu articolul 6 din [Directiva 2004/18] trebuie interpretat ca însemnând că autoritatea responsabilă pentru procedurile de apel prevăzută în articolul respectiv trebuie să asigure confidențialitatea și respectarea secretelor comerciale cuprinse în dosarele comunicate acesteia de către părțile în cauză, inclusiv de autoritatea contractantă, având în același timp dreptul de a evalua ea însăși aceste informații și de a le lua în considerare?”

Varec contra Belgiei: analiza CEJ

- A. CEJ a analizat mai întâi aplicabilitatea Directivei privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii în cauză. Cu toate acestea, dat fiind faptul că aceasta nu era în vigoare la data licitației, Curtea a trebuit să aplice prevederile Directivei 89/665. Datorită faptului că această directivă nu reglementa în mod expres protecția informațiilor confidențiale, a fost necesar ca CEJ să se raporteze la prevederile de ordin general ale acestei directive și în special la articolul 1 (1).
- B. CEJ a susținut că principalul obiectiv al reglementărilor comunitare în domeniul achizițiilor publice constă din deschiderea achizițiilor publice spre o concurență nedenaturată în toate statele membre. Pentru realizarea acestui obiectiv, este important ca autoritățile contractante să nu facă publice informații referitoare la procedura pentru atribuirea contractelor care ar putea fi utilizate pentru denaturarea concurenței în cadrul unei proceduri de achiziție aflată în desfășurare sau în cadrul procedurilor subsecvente.
- C. Instanța a menționat faptul că procedurile pentru atribuirea contractelor se bazează pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici participanți. Acești operatori trebuie să poată comunica orice informații relevante către autoritățile contractante în cadrul procesului de achiziție, fără teama că autoritățile vor comunica unor terțe persoane părți din aceste informații a căror divulgare ar putea fi prejudicioasă pentru aceștia. În consecință, articolul 15 (2) din Directiva 93/36 [înlocuită de Directiva privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii] prevede faptul că autoritățile contractante au obligația de a respecta pe deplin natura confidențială a oricăror informații puse la dispoziție de furnizori.
- D. În contextul specific al informării unui candidat sau ofertant eliminat cu privire la motivele care au condus la respingerea candidaturii sau a ofertei sale, Directiva 93/36 le conferă autorităților contractante prerogativa puterii discreționare de a reține anumite informații în cazurile în care publicarea acestora ar prejudicia interesele comerciale legitime ale anumitor operatori economici publici sau privați sau ar putea prejudicia concurența loială dintre furnizori.

- E. Efectul util ar fi grav subminat dacă, în cadrul unui apel împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă cu privire la o procedură pentru atribuirea unui contract, toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire ar trebui puse fără rezerve la dispoziția contestatorului. În astfel de împrejurări, simpla introducere a unei contestații ar oferi acces la informații care ar putea fi folosite pentru denaturarea concurenței sau pentru prejudicierea intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura respectivă pentru atribuirea contractului. O astfel de posibilitate chiar ar avea darul de a încuraja operatorii economici să depună contestații în scopul unic de a obține acces la secretele comerciale ale competitorilor acestora.
- F. În cadrul unei verificări, autoritatea competentă își asumă obligațiile prevăzute de Directiva 93/36 cu privire la respectarea de către autoritatea contractantă a confidențialității informațiilor.

Prin urmare, cerința privind 'procedurile eficiente de soluționare a contestațiilor' impune autorității respective obligația de a lua măsurile necesare pentru a garanta efectul util al prevederilor respective. În consecință, aceasta înseamnă că, în cadrul unei proceduri de soluționare a contestațiilor cu privire la atribuirea contractelor publice, autoritatea responsabilă pentru procedura respectivă de soluționare a contestațiilor trebuie să poată decide ca informațiile din dosar referitoare la o astfel de atribuire să nu fie comunicate părților sau avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protejarea concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici care este impusă prin legislația comunitară.

- G. Curtea Europeană pentru Drepturile Omului a susținut în mod constant faptul că contradictorialitatea procedurilor reprezintă unul dintre factorii care fac posibilă evaluarea caracterului echitabil al acestora, însă aceasta poate fi pusă în balanță cu alte drepturi și interese. Principiul contradictorialității înseamnă că, de regulă, părțile au dreptul la o procedură de consultare și de furnizare de comentarii cu privire la probele și concluziile depuse în instanță. Cu toate acestea, în unele cazuri, ar putea fi necesar ca anumite informații să nu fie puse la dispoziția părților în scopul protejării drepturilor fundamentale ale unei terțe persoane sau pentru protejarea unui interes public important (a se vedea cauza Rowe și Davis contra Marii Britanii [GC] nr. 28901/95, §61, CEDO 2000-II, și cauza V contra Finlandei nr. 40412/98, §75, CEDO 2007).
- H. Menținerea concurenței loiale în contextul procedurii pentru atribuirea contractelor reprezintă un interes public important. Aceasta înseamnă că, în contextul examinării unei decizii luate de o autoritate contractantă cu privire la o procedură pentru atribuirea unui contract, principiul contradictorialității nu înseamnă că părțile au un drept nelimitat și absolut de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire vizată care au fost depuse la autoritatea competentă. Dimpotrivă, respectivul drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul celorlalți operatori economici la protecția propriilor informații confidențiale și secrete comerciale.
- I. Principiul privind protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale trebuie respectat de așa manieră încât acesta să fie în concordanță cu cerințele privind protecția juridică eficace și cu drepturile părților la dispută (a se vedea, prin analogie, cauza C-438/04 Mobistar [2006] ECR I-6675, paragraful 40) și, în cazul unui control judecătoresc sau al unui control efectuat de un alt organism care este o instanță sau un organism jurisdicțional în sensul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure faptul că procedura în ansamblu este în conformitate cu dreptul la un proces echitabil.
- J. Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta dintr-o comunicare necorespunzătoare a anumitor informații unui competitor, autoritatea competentă, înainte de a comunica acele informații către o parte la dispută, trebuie să îi acorde operatorului economic vizat posibilitatea de a argumenta motivul pentru care informațiile sunt confidențiale sau reprezintă un secret comercial (a se vedea, prin analogie, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK contra Comisiei, paragraful 29).
- K. Prin urmare, răspunsul CEJ din hotărârea preliminară a fost acela că "articolul 1 (1) din Directiva 89/665, citit în coroborare cu articolul 15 (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat ca însemnând că autoritatea competentă prevăzută la articolul 1 (1) trebuie să asigure protejarea confidențialității și a secretelor comerciale în ceea ce privește informațiile cuprinse în dosarele comunicate autorității respective de

părțile la acțiune, în special de autoritatea contractantă, deși poate ea însăși să evalueze astfel de informații și să le aibă în vedere. Autoritatea respectivă are libertatea de a decide în ce măsură și prin ce proces este adecvată protejarea confidențialității și a caracterului secret al informațiilor respective, ținând seama de cerințele privind protecția legală efectivă și de dreptul la apărare al părților în litigiu și, în cazul unui control judecătoresc sau al unui control efectuat de un alt organism care este o instanță sau un organism jurisdicțional în sensul articolului 234 EC, astfel încât să se asigure faptul că procedura în ansamblu este în conformitate cu dreptul la un proces echitabil".

Prin urmare, CEJ pare a conferi o valoare mai mare dreptului la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale decât dreptului la divulgare în aceste împrejurări. Decizia asigură un oarecare confort potențialilor candidați pentru contracte publice cu privire la faptul că informațiile confidențiale ale acestora trebuie protejate în cazul în care atribuirea contractului este contestată.¹¹⁶ Din decizia din cauza Varec contra Belgiei rezultă de asemenea următoarele:

- autoritatea competentă trebuie să aibă acces la toate informațiile, inclusiv la informațiile desemnate de ofertanți drept confidențiale și la secretele comerciale;
- persoanelor terțe (inclusiv reclamanților) nu trebuie să li se acorde acces la informații a căror divulgare ar putea împieta asupra concurenței loiale;
- privarea de acces a contestatorului la informațiile confidențiale ale celorlalți ofertanți nu încalcă dreptul la un proces echitabil, deoarece o astfel de excepție este justificată de protejarea concurenței;
- autoritatea competentă, înainte de a comunica acele informații către o parte la dispută, trebuie să îi acorde operatorului economic vizat posibilitatea de a argumenta de ce informațiile sunt confidențiale sau reprezintă un secret comercial;
- autoritatea competentă trebuie să se asigure de respectarea confidențialității și a secretelor comerciale în special de către autoritatea contractantă;
- autoritatea competentă trebuie să decidă în ce măsură și prin ce proces este adecvată protejarea confidențialității și a caracterului secret al informațiilor respective și, în cazul unei contestații, să se asigure de faptul că procedura în ansamblu este în conformitate cu dreptul la un proces echitabil.

5.10 Studii de caz¹¹⁷

Următoarele studii de caz evaluează aplicarea testului confidențialității la situații în care ofertantul sau autoritatea contractantă a desemnat unele dintre informațiile sale comerciale drept confidențiale. La aplicarea testului confidențialității, toate cele patru criterii trebuie îndeplinite, pentru a stabili dacă astfel de informații comerciale vor fi considerate confidențiale.

Criteriul 1: informațiile ce urmează a fi protejate trebuie identificate în mod specific;

Criteriul 2: informațiile trebuie să fie sensibile din perspectivă comercială și nu cunoscute în general sau verificabile;

Criteriul 3: divulgarea ar cauza un prejudiciu nejustificat proprietarului informațiilor sau altei părți;

Criteriul 4: informațiile au fost furnizate în baza unei înțelegeri conform căreia acestea vor rămâne confidențiale.

¹¹⁶ Confidentiality or disclosure—who is a better mate for competition and fair play? (Confidențialitate sau divulgare – care este cel mai bun aliat al concurenței și fair play-ului?), McDermott Will & Emery, 31 martie 2008, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?q=469b2c4c-5093-4047-9112-387866f131f3>.

¹¹⁷ Toate studiile de caz sunt preluate din Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007. Drept de autor al Commonwealth of Australia reprodus pe bază de permisiune.

Studiu de caz 1

Metodologia comercială/de livrare

În cererea sa, ofertantul a desemnat drept confidențiale specificațiile referitoare la modalitatea de furnizare a serviciilor de către acesta. Ofertantul susține că metodologia a fost dezvoltată prin utilizarea propriei soluții inteligente (originală sau inovatoare) iar divulgarea acesteia ar conduce la adoptarea metodologiei de către competitori. Acest lucru va reduce valoarea sa comercială și va afecta negativ poziția competitivă a ofertantului pe piață. Numai ofertantul și un număr restrâns de angajați ai acestuia cunosc metodologia. În abordarea pentru piață, ofertanții au fost invitați să menționeze, dacă este cazul, informațiile pe care aceștia doresc să le protejeze cu titlu de informații confidențiale.

Criteriul unu - îndeplinit

Prin cerere s-au identificat în mod specific informațiile referitoare la metodologia pentru furnizarea serviciilor.

Criteriul doi - îndeplinit

Informațiile au calitatea de informații confidențiale deoarece sunt cunoscute doar de un număr restrâns de angajați iar nedivulgarea în continuare a metodologiei inteligente conferă ofertantului un avantaj competitiv.

Criteriul trei - îndeplinit

Divulgarea informațiilor ar putea afecta negativ interesele comerciale ale ofertantului, deoarece competitorii săi ar avea posibilitatea de a concura pentru lucrări pe baza utilizării sau adoptării metodologiei. Acest lucru ar elimina avantajul competitiv pentru ofertant în acest domeniu.

Criteriul patru - îndeplinit

Dat fiind faptul că autoritatea contractantă a invitat ofertanții să specifice informațiile care trebuie menținute confidențiale, iar metodologia de furnizare a serviciilor a fost menționată, se pare că informațiile cu privire la metodologie au fost furnizate în baza unei înțelegeri conform căreia acestea vor fi păstrate confidențiale.¹¹⁸

Studiu de caz 2

Măsuri adoptate cu privire la nivelul serviciilor

Contractele de servicii conțin adesea măsuri pentru recompensarea furnizării serviciilor la un nivel înalt de calitate și de diminuare a plăților pentru furnizarea serviciilor la un nivel scăzut al calității. Măsurile stabilesc nivelurile pentru recompensare și pentru reducere.

Ofertantul solicită tratarea măsurilor aferente nivelului serviciilor drept confidențiale pe baza faptului că divulgarea acestora ar da posibilitatea competitorilor de a estima structura sa de costuri și, prin urmare, i-ar prejudicia interesele comerciale. Măsurile referitoare la nivelul serviciilor au fost elaborate special pentru contractul propus și nu sunt cunoscute nimănui în afară de ofertant și de autoritatea contractantă. Autoritatea contractantă nu a făcut niciun fel de declarații, nici în cadrul documentației licitației și nici verbal, în sensul că măsurile privind nivelul serviciilor urmează a fi tratate în regim de confidențialitate.

Criteriul unu - îndeplinit

¹¹⁸ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 31. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune.

Informațiile confidențiale sunt identificate în mod specific în măsura în care acestea includ măsurile privind nivelul serviciilor din contract.

Criteriul doi - neîndeplinit

Chiar dacă informațiile nu sunt cunoscute pe larg, structura ofertantului de stabilire a prețului nu ar putea fi estimată numai pe baza acestor măsuri. Clauza respectivă stabilește doar obiectivele ofertantului.

Criteriul trei - neîndeplinit

Ținând seama de concluziile de la punctul precedent, e puțin probabil ca divulgarea măsurilor privind nivelul serviciilor să aducă un prejudiciu nejustificat ofertantului.

Criteriul patru - neîndeplinit

Nu există în momentul de față un acord comun de confidențialitate privind măsurile legate de nivelul serviciilor.

Chiar dacă măsurile privind nivelul serviciilor din acest model simplificat nu ar fi confidențiale pe baza evaluării de mai sus, organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere faptul că cuantumul penalităților sau recompenselor financiare ridică aspecte similare celor aplicabile informațiilor referitoare la stabilirea prețurilor.¹¹⁹ Problema confidențialității poate apărea numai dacă nivelul serviciilor și penalitățile nu sunt definite în cadrul documentelor licitației.

Studiu de caz 3

Informații referitoare la stabilirea prețurilor

Fiecare solicitare privind respectarea confidențialității informațiilor referitoare la stabilirea prețurilor trebuie analizată pe fond.

În general, faptul că divulgarea informațiilor referitoare la stabilirea prețurilor ar crea dificultăți furnizorului nu este un motiv suficient. De exemplu, ofertantul poate invoca confidențialitatea pe baza faptului că acesta nu dorește ca competitorii săi să-i afle prețurile. Cu toate acestea, transparența unor astfel de informații ar putea conduce la o concurență crescută și la un raport calitate-preț mai bun pentru autoritatea contractantă. Pe de altă parte, acest lucru ar putea denatura concurența, deoarece ar da posibilitatea competitorilor săi să își adapteze prețurile în conformitate cu prețurile declarate.

Următoarele exemple se axează pe evaluarea faptului dacă anumite elemente individuale ale metodologiei de stabilire a prețurilor ar trebui să fie confidențiale. Organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere faptul că, chiar dacă un element individual poate fi apreciat ca neîndeplinind criteriile de confidențialitate, metodologia completă ar putea totuși garanta protecție dacă acesta trece testul confidențialității. Aceasta datorită faptului că furnizează suficiente informații pentru a se face o estimare rezonabilă a marjei de profit a ofertantului.

Studiu de caz 3.1

Prețul total

¹¹⁹ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 31. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune.

În cadrul negocierii contractului, un ofertant de servicii de resurse umane a solicitat autorității contractante să mențină confidențial prețul total al unui contract propus pe baza faptului că facerea publică a unor astfel de informații le-ar da posibilitatea competitorilor săi să estimeze viitoarele oferte ale organizației sale.

În discuțiile precedente avute cu ofertantul, autoritatea contractantă a menționat faptul că, în conformitate cu legea în vigoare, autoritatea contractantă este obligată să raporteze prețul contractului. Solicitarea de oferte sublinia de asemenea această cerință. Această problemă nu poate apărea într-o procedură deschisă, în care prețurile sunt citite la deschiderea ofertelor.

Evaluarea informațiilor pe baza criteriilor de confidențialitate:

Criteriul unu - îndeplinit

Informațiile identificate drept confidențiale sunt specifice, constând din prețul total al contractului.

Criteriul doi - neîndeplinit

Prețul total nu este supus unui regim de confidențialitate după ce contractul este semnat. În pofida afirmațiilor ofertantului, informațiile nu sunt sensibile din punct de vedere comercial într-un contract, deoarece acestea nu furnizează suficiente detalii pentru a le da posibilitatea competitorilor de pe piață să stabilească structura de cost și marja de profit a ofertantului.

Criteriul trei - neîndeplinit

Divulgarea prețului total nu ar prejudicia interesele comerciale ale ofertantului, din motivele prezentate la punctul precedent. Cu privire la argumentele ofertantului, ofertele viitoare depuse de organizație ar trebui să se conformeze cu caietul de sarcini, care ar putea implica furnizarea unor servicii sau niveluri ale serviciilor diferite și, posibil, utilizarea unei metode diferite de furnizare a serviciilor. Prin urmare, este puțin probabil că divulgarea prețului total în acest caz ar furniza suficiente informații competitorilor ofertantului pentru ca aceștia să poată stabili prețul probabil al viitoarelor oferte ale acestuia.

Criteriul patru - neîndeplinit

În acest moment, nu există un acord de confidențialitate între autoritatea contractantă și ofertant.¹²⁰

Pe baza acestei evaluări, în cazul în care aceste informații ar fi cuprinse în documentația din cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor, organismul jurisdicțional nu ar fi obligat să le trateze ca fiind sensibile din punct de vedere comercial și să le mențină confidențiale.

Studiu de caz 3.2

Prețul diferitelor componente sau al unui grup de componente

Chiar dacă prețurile unor componente individuale sau ale unor grupuri de componente ale bunurilor sau serviciilor nu sunt în general confidențiale, pot exista anumite excepții. Confidențialitatea nu ar fi adecvată în cazul în care informațiile referitoare la stabilirea prețurilor sunt cunoscute la nivel general. Cu toate acestea, dacă prețurile individuale ale componentelor care fac parte din cerințele contractuale prevăd costurile care stau la baza acestora și profitul aferent acestor componente sau alte informații comerciale sensibile, cum ar fi discount-urile speciale (a se vedea mai jos), ofertantul poate în mod legitim susține faptul că informațiile sunt confidențiale.

¹²⁰ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 32-33. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune.

Un exemplu simplu dintr-un caz în care prețului unitar nu ar fi confidențial este acela în care ofertantul a făcut public prețul care va fi perceput în cadrul unui catalog.

Criteriul unu - îndeplinit

Informațiile identificate drept confidențiale sunt informații specifice.

Criteriul doi - neîndeplinit

Informațiile cu privire la prețul componentei sunt făcute publice iar nedivulgarea nu i-ar conferi ofertantului niciun beneficiu permanent.

Criteriul trei – neîndeplinit

Este puțin probabil că divulgarea informațiilor va afecta negativ interesele comerciale ale ofertantului atâta timp cât prețul este deja făcut public.

Criteriul patru – neîndeplinit

În absența unui acord explicit cu privire la faptul că prețul va fi menținut confidențial, nu există un acord comun de confidențialitate.¹²¹

Pe baza acestei analize, în cazul în care aceste informații ar fi cuprinse în documentația din cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor, organismul jurisdicțional nu ar fi obligat să le trateze ca fiind sensibile din punct de vedere comercial și să le mențină confidențiale.

Studiu de caz 3.3

Discount-uri

Ofertantul poate solicita păstrarea confidențialității informațiilor referitoare la stabilirea prețurilor din alte considerente decât cele discutate anterior. De exemplu, ofertantul ar putea oferi autorității contractante un discount considerabil.

Ofertantul poate în mod legitim să dorească respectarea confidențialității informațiilor referitoare la discount dacă acesta poate demonstra că ar suferi prejudicii nejustificate în cazul în care nivelul discount-ului oferit ar fi făcut public. De exemplu, ofertantul este capabil să demonstreze că interesele sale financiare ar fi prejudiciate în cazul în care alți clienți ai săi ar avea cunoștință de discount și ar dori un nivel similar de discount ca cel oferit autorității contractante sau că divulgarea informațiilor cu privire la discount ar putea da posibilitatea competitorilor săi să stabilească costul real al bunurilor sau serviciilor. Chiar dacă discount-urile pot fi confidențiale sau nu – în funcție de împrejurări - membrii organismelor jurisdicționale ar trebui să aibă în vedere solicitările de menținere a confidențialității unor astfel de informații de la caz la caz.¹²²

Studiu de caz 4

Secrete tehnice

¹²¹ Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 33-34. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune.

¹²² Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 (Ghid asupra confidențialității în achiziții, Ghid privind managementul financiar nr. 3), Commonwealth of Australia, 2007, p. 34. Drept de autor al Commonwealth of Australia, reprodus pe bază de permisiune.

Nedivulgarea informațiilor pe care se bazează decizia organismului jurisdicțional poate să contravină principiului privind dreptul la un proces echitabil. Pentru a ilustra această situație, se va aplica testul de confidențialitate la faptele din cauza CEJ 'Varec contra Belgiei'¹²³ prezentată, discutată și analizată anterior.

Criteriul unu - îndeplinit

Informațiile confidențiale sunt identificate separat de ofertant.

Criteriul doi - îndeplinit

Informațiile sunt sensibile, deoarece constau din planuri de construire și descrieri ale metodelor de fabricație dezvoltate și utilizate numai de un singur producător. Aceste planuri de construire și descrieri ale metodelor de fabricație sunt creația exclusivă a ofertantului și sunt utilizate numai de acesta. Prin urmare, ofertantul deține drepturile de proprietate intelectuală asupra planurilor de construire și a metodelor de fabricație.

Criteriul trei - îndeplinit

E posibil ca divulgarea informațiilor să afecteze nu numai poziția în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor ci ar putea influența disputa cu privire la drepturile de proprietate intelectuală asupra planurilor respective.

Criteriul patru - îndeplinit

S-a făcut mențiunea cu privire la confidențialitate iar ofertantul Diehl a solicitat să-i fie restituite planurile.

Criteriile de confidențialitate sunt îndeplinite. Informațiile sunt confidențiale. Cu toate acestea, continuă să existe un conflict între dreptul la protejarea informațiilor confidențiale și dreptul la un proces echitabil.

5.11 Studiu de caz din Republica Moldova

Circumstanțele de fapt

La etapa de deschidere a ofertelor, unul din ofertanți E SA a solicitat de la autoritatea contractantă să divulge modelul și parametrii tehnici ai autoturnului propus de ofertantul OLS SRL. Autoritatea contractantă a refuzat divulgarea acestuia pe motiv că este informație confidențială.

Soluția ANSC

ANSC a reținut că modelul și parametrii tehnici ai autoturnului propus de ofertantul OLS SRL reprezintă elemente esențiale ale ofertei. Totodată, principiul transparenței, prevăzut de art. 7 din Legea privind achizițiile publice 131/15, trebuie asigurat la toate etapele procedurii de achiziție publică. Mai mult, nedivulgarea acestei informații ar priva contestatorul de dreptul de a se apăra în mod efectiv. Din aceste considerente ANSC a conchis că modelul și parametrii tehnici ai autoturnului propus de ofertantul OLS SRL nu reprezintă informații confidențiale și a obligat autoritatea contractantă să le prezinte.¹²⁴

5.12 Rezumat

Orice autoritate contractantă și organism jurisdicțional de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice are obligația de a trata în regim de confidențialitate anumite informații, în special informațiile comunicate de ofertanți și informațiile desemnate ca fiind confidențiale.

¹²³ Decizia CEJ din data de 14 februarie 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008 p. I-581).

¹²⁴ Decizia ANSC nr. 03D-72-17 din 27.11.2017.

Directivile UE privind achizițiile publice restricționează divulgarea de informații în cazul în care diseminarea acestora ar prejudicia interesele comerciale legitime ale operatorilor economici publici sau privați sau ar prejudicia concurența loială între furnizori.

Acestea includ în mod specific secrete tehnice sau comerciale și aspecte confidențiale legate de întreprinderile ofertanților.¹²⁵ Referitor la siguranța națională, fără a ține seama de faptul că Directiva UE privind apărarea prevede un cadru pentru tratamentul informațiilor clasificate, fiecărui stat membru îi revine responsabilitatea de a decide care sunt informațiile clasificate pe considerente de siguranță națională.

Prin extrapolare, chiar dacă organismele jurisdicționale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice au obligația de a pune informațiile și probele la dispoziția părților la procedură, rolul organismului jurisdicțional de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice nu este acela de a transmite informații celorlalți ofertanți sau persoanelor terțe care nu au dreptul de a le examina în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor în cadrul unei achiziții publice. Acordarea altor părți a unei posibilități de a examina ofertele competitorilor ar putea determina pe anumiți ofertanți – cu șanse reduse de a câștiga contractul – să formuleze contestații pe rolul organismului jurisdicțional pentru a obține informații confidențiale din ofertele competitorilor acestora.

Prin urmare, protecția informațiilor - inclusiv a informațiilor considerate confidențiale – constituie o parte importantă a procesului de licitație în general și a procedurii de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice în special.

O obligație suplimentară a unui organism jurisdicțional de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice este aceea de a pune în aplicare drepturile operatorilor economici angajați în procesul de achiziții publice care derivă din legislația din domeniul achizițiilor publice. Organismele jurisdicționale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice îndeplinesc această obligație prin implementarea remediilor juridice – care constituie subiectul capitolului următor.

¹²⁵ Articolul 6 din 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, OJ L154 al 50.4.2004, p. 114.

Capitolul 6

Abordare privind remediile juridice

6.1 Prezentare generală

Începând cu cererea înaintată organismului jurisdicțional de către un operator economic care solicită protecție juridică, remediile juridice sunt menite să pună în aplicare drepturile individuale ale operatorilor economici care derivă din legislația din domeniul achizițiilor publice, urmărind în primul rând modificarea deciziei autorității contractante care încalcă legislația din domeniul achizițiilor publice în vederea finalizării procedurii de achiziție într-un mod legal.

Legislația europeană consacră dreptul la proceduri eficiente de soluționarea a contestațiilor, ceea ce înseamnă că decizia luată de autoritățile contractante supusă contestației trebuie soluționată în mod eficient și în special, cât mai rapid posibil în cazul încălcării legislației UE privind achizițiile publice sau normelor juridice naționale de transpunere a legislației respective.¹²⁶ În acest sens, în conformitate cu art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și cu art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, pentru ca soluționarea contestațiilor privind deciziile adoptate de autoritățile contractante să fie considerată eficientă, procedurile de soluționare a contestațiilor trebuie să fie disponibile, cel puțin oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract de achiziții publice și care a fost sau riscă să fie prejudiciată de o presupusă încălcare.¹²⁷ În acest context, în sensul articolului 2a alineatul (2) din Directiva 89/665 există conceptul de „ofertant interesat”.¹²⁸ În funcție de diferitele circumstanțe, organismul jurisdicțional trebuie să decidă dacă există un „ofertant interesat”. De exemplu, ofertantul care a decis să nu participe la o procedură de licitație, din motiv că legislația aplicabilă acestei proceduri a făcut câștigarea contractului foarte puțin probabilă¹²⁹ sau ofertantul a cărui ofertă a fost exclusă definitiv de către autoritatea contractantă și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a alineatul (2), poate fi lipsit de dreptul de a contesta decizia de atribuire.¹³⁰ Cu toate acestea, CEJ a examinat situațiile în care decizia de atribuire este contestată de ofertantul nedreptățit și, în cadrul aceleiași proceduri, ofertantul căruia i-a fost atribuit contractul prezintă o cerere reconvențională. În speță, ofertantul nedreptățit a susținut că oferta câștigătoare nu este conformă cu documentația de atribuire. La rândul său, ofertantul câștigător a invocat în cererea sa reconvențională aceeași motivare în ceea ce privește lipsa conformității documentației de atribuire a ofertantul nedreptățit. Întrebarea cheie este dacă corespunde legislației UE admiterea unei cereri reconvenționale și respingerea cererii de bază din motive de lipsă de locus standi. În acest context, **CEJ a concluzionat că abordarea în lanț este greșită**. CEJ a decis că articolul 1 alin. (3) din Directiva 89/665, care definește criteriul de referință pentru locus standi, obligă organismul jurisdicțional să examineze atât cererea de bază (contestația), cât și cererea reconvențională, indiferent de rezultatul acestora. Justificarea acestui *modus operandi* este că fiecare concurent poate invoca că are un interes legitim în excluderea ofertei depuse de cealaltă parte, totodată, cadrul juridic privind achizițiile publice ar trebui să garanteze că numai ofertanților care corespund cerințelor li se atribuie contracte de achiziții publice.¹³¹ Dreptul la un remediu efectiv se referă, de asemenea, **la obiectul contestației**.

¹²⁶ Articolul 1, alin. (1) Directiva Consiliului 89/665/CEE 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.

¹²⁷ Decizia CEJ din data de 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebadebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988), paragraf 28.

¹²⁸ Decizia CEJ din data de 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebadebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988), paragraf 58.

¹²⁹ Decizia CEJ din data de 28 noiembrie 2018, *AMT Azienda Trasporti e Mobilità și alții* (C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958), paragraf 20.

¹³⁰ Decizia CEJ din 21 Decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebadebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988) paragraf 35.

¹³¹ Decizia CEJ din data de 04 iulie 2013, *Fastweb* (C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448), paragraf 34.

În acest scop, trebuie remarcat faptul că orice act al unei autorități contractante adoptat în legătură cu o licitație publică care intră în obiectul de reglementare al Directivei 2014/24 și este capabil să producă efecte juridice constituie o decizie supusă controlului în sensul art. 1 alin. (1) din Directiva 89/665. În acest sens, în cazul în care autoritatea contractantă decide să nu inițieze o procedură de atribuire pe motiv că respectivul contract nu intră, în opinia sa, în obiectul de reglementare al normelor UE relevante, această decizie trebuie totuși supusă controlului organismului juridicțional.¹³² În plus, CEJ a stabilit că legislația națională, în temeiul căreia o decizie care permite unui ofertant să participe la o procedură de achiziții publice nu face obiectul unui control judiciar independent, contravine art. 1 alin. (1) și art. 2 alin. (1) lit. (a) și (b) din Directiva 89/665.¹³³

De asemenea, trebuie menționat faptul că este compatibilă cu principiul dreptului la proceduri eficiente de soluționare a contestațiilor, legislația națională care stabilește că admisibilitatea oricărei acțiuni împotriva unui act al autorității contractante este sub rezerva obligației contestatarului de a prezenta o garanție de bună conduită pe care o oferă autorității contractante, în cazul în care garanția respectivă este rambursată solicitantului, indiferent de rezultatul acțiunii¹³⁴ și, de asemenea, legislația care prevede plata taxelor judiciare atunci când o acțiune referitoare la achizițiile publice este introdusă în fața unei instanțe administrative.¹³⁵

În continuare, acest capitol se concentrează asupra tipurilor de remedii juridice pe care le au la dispoziție organismele jurisdicționale și asupra remediilor juridice care stau la dispoziția autorităților competente din statele membre UE în particular. Descrierea scopului remediilor juridice individuale și a situațiilor în care se utilizează anumite remedii juridice este prezentată în detaliu. Capitolul începe cu o enumerare și explicare a tipurilor de remedii juridice disponibile organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice, cu exemple utilizate pe parcurs pentru a ilustra aspectele și observațiile principale.

6.2 Tipuri de remedii juridice

La nivel european, cerințele minime aplicabile remediilor juridice pot fi găsite în cadrul AAG¹³⁶ și al directivelor UE privind remediile. Directivele europene privind remediile conțin conceptul conform căruia un candidat sau ofertant poate acționa împotriva oricărei decizii a autorității contractante în cazul în care într-o astfel de decizie există orice prevedere prin care autoritatea contractantă câștigă un nivel minim de publicitate. Pentru punerea în aplicare a unor drepturi subiective, ofertanții pot utiliza diferite tipuri de remedii juridice. Articolul 20 paragraful 7 din AAG și articolul 2(1) din Directiva europeană privind remediile prevăd măsuri interimare care urmăresc remedierea încălcărilor pretinse sau prevenirea prejudicierii în continuare a intereselor vizate. Articolul 20 paragraful 7 din AAG cuprinde o evaluare și posibilitatea emiterii unei decizii cu privire la justificarea contestației și la remedierea încălcării AAG sau la repararea prejudiciului suferit. Mai mult decât atât, articolul 2 (1) din Directiva europeană privind remediile prevede anularea deciziilor adoptate nelegal și acordarea de daune. Prin urmare, AAG și Directiva europeană privind remediile au în comun trei tipuri de remedii juridice: măsurile interimare, soluționarea și acordarea de daune. După încheierea contractului, Directiva privind remediile prevede lipsirea de efecte a contractului și penalități alternative pentru acele situații în care contractul nu este declarat în totalitate ca fiind lipsit de efecte. Dat fiind faptul că directivele europene privind remediile au urmărit implementarea AAG în cadrul UE și că aceste tipuri de remedii sunt mai extinse, acestea sunt prezentate mai detaliat. Printre remediile prevăzute de directivele UE se numără următoarele:

- măsurile interimare;
- anularea deciziilor autorității contractante;

¹³² Decizia CEJ din data de 25 octombrie 2018, Anodiki Services EPE (C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864), paragraf 44-45.

¹³³ Decizia CEJ din data de 05 aprilie 2017, Marina del Mediterraneo (C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), paragraf 37

¹³⁴ Decizia CEJ din data de 15 septembrie 2016, Star Storage și alții (C-439/14, C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688), paragraf 63.

¹³⁵ Decizia CEJ din data de 06 octombrie 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655), paragraf 79.

¹³⁶ Acordul privind achizițiile guvernamentale al Organizației Mondiale a Comerțului la care Republica Moldova este parte .

- lipsirea de efecte a contractului;
- penalități alternative;
- daune.¹³⁷

Remediile juridice din domeniul achizițiilor publice dau posibilitatea organismelor juridictionale să remedieze deficiențele din conduita autorităților contractante. Chiar dacă un organism juridictional nu se poate substitui autorității contractante și nu poate decide cine câștigă licitația sau selecta procedura relevantă pentru atribuirea unui contract, acesta are dreptul de a respinge orice act al autorității contractante care încalcă legislația privind achizițiile publice și, prin urmare, influențează în mod indirect derularea procedurii de achiziție.

Pentru îndeplinirea corespunzătoare a mandatului încredințat, membrii trebuie să fie conștienți de poziția specifică pe care o au în raport cu factorii decizionali de prim nivel și cu autoritățile contractante, poziție care afectează modalitatea în care trebuie să abordeze remediile juridice. Prin anularea deciziilor, organismul juridictional poate obliga autoritatea contractantă să adopte noile decizii într-un mod legal și să remedieze procedura de achiziție. Cu toate acestea, problema cu privire la cel mai adecvat tip de remedii pentru corectarea unei încălcări depinde de procedura de achiziție.

Exemple

- *Atunci când documentele contractului sunt contestate, va fi necesar să se dispună măsuri interimare pentru a evita depunerea ofertelor de către ofertanți în baza unor documente ale contractului care sunt într-o oarecare măsură ilegale. Prin urmare, documentele contractului trebuie anulate parțial sau integral.*
- *Atunci când este contestată decizia cu privire la respingerea ofertei, e posibil să fie necesar ca achiziția să fie menținută în cadrul unui stat care îi va permite ofertantului să participe în continuare la procedura de achiziție. Dacă se constată că decizia privind respingerea ofertei este ilegală, aceasta va fi anulată.*
- *Dacă este contestată decizia privind atribuirea contractului, autoritatea contractantă va trebui să fie oprită să atribuie contractul, astfel încât să devină posibilă anularea deciziei.*
- *Dacă un operator economic descoperă că autoritatea contractantă a încheiat un contract fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organismul juridictional va trebui să declare contractul lipsit de efecte, deoarece nu există o decizie pe care acesta ar putea-o anula.*

Analizând legislația națională în domeniu, constatăm că, în general, avem aceleași remedii juridice însă există anumite deosebiri de concept, procedură, aplicare etc.

6.3 Măsuri interimare

Necesitatea de a dispune măsuri interimare depinde de sistemul național de soluționare a contestațiilor. În cazul în care o cerere privind anularea unei decizii are un efect suspensiv automat asupra procedurii de achiziție, nu sunt necesare măsuri interimare, deoarece procedura de achiziție este menținută la un stadiu la care nu pot exista niciun fel de prejudicii până în momentul în care autoritatea competentă decide asupra situației respective. În acest caz, un astfel de sistem prezintă dezavantajul că autoritatea contractantă nu poate remedia ea însăși încălcările. Acest lucru poate scurta procedura de soluționare în cazurile în care există erori evidente.

6.3.1 Ce sunt măsurile interimare?

¹³⁷ Articolele 2(1), 2d și 2f din Directiva privind remediile; articolele 2(1), 2d și 2f din Directiva privind remediile; articolele 2(1), 2d și 2f din Directiva privind remediile aplicabile în cadrul contractelor sectoriale; articolele 56(1), 60 și 62 din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării.

Măsurile interimare au mai multe scopuri și includ:

- prevenirea producerii de prejudicii până la soluționarea contestației de către autoritatea competentă;
- împiedicarea autorităților contractante de a genera fapte care nu mai pot fi schimbate;¹³⁸
- asigurarea eficacității procedurii de soluționare a contestației.

Totuși, măsurile interimare nu sunt remedii. De fapt, măsurile interimare pun în aplicare drepturile solicitantului însă servesc la menținerea eficacității procedurii de soluționare a contestației. Articolul 2 (1) din Directiva privind remediile¹³⁹ caracterizează procedura dispunerii de măsuri interimare ca fiind o procedură provizorie. Prin urmare, măsurile interimare nu au scopul de a ține locul unei decizii finale.¹⁴⁰ Măsurile interimare sunt măsuri provizorii utilizate de autoritatea competentă pentru a remedia o pretinsă încălcare a legislației privind achizițiile publice sau pentru a preveni prejudicierea în continuare a interesului vizat - de exemplu, interesul contestatorului.

În conformitate cu Directiva privind remediile, autoritatea competentă dispune măsuri interimare înainte de a emite o decizie finală cu privire la fondul cauzei. O autoritate competentă dispune măsuri interimare dacă acestea sunt necesare pentru protejarea imediată a intereselor solicitantului.

Exemplu

O autoritate contractantă intenționează să treacă la cea de a doua etapă a procedurii de atribuire. Cu toate acestea, nu a evaluat în mod corespunzător ofertele depuse pentru calificare în etapa a doua, iar contestația care a rezultat din aceasta nu atrage în mod automat suspendarea procedurii. Autoritatea contractantă a notificat contestatorul cu privire la faptul că aceasta nu îl va invita să depună o ofertă. În plus, autoritatea contractantă nu a invitat alți ofertanți să depună oferte pentru cea de a doua etapă a licitației. Autoritatea competentă trebuie să interzică autorității contractante să invite alți ofertanți să depună oferte. Dacă autoritatea contractantă a invitat deja alți ofertanți să depună oferte pentru a doua etapă a licitației, autoritatea competentă trebuie să dispună măsuri interimare prin care să interzică autorității contractante să deschidă ofertele și să suspende perioada de depunere a ofertelor. În caz contrar, începerea celei de a doua etape ar fi ireversibilă iar singurul remediu la o etapă ulterioară ar consta din anularea licitației.

Este totuși posibil să se aibă în vedere perspectivele de succes ale cererii de fond. Drept urmare, autoritatea competentă ar putea respinge cererea cu privire la măsuri interimare dacă solicitantul a introdus deja o acțiune pe fond și este clar că acțiunea sa nu are șanse de reușită.¹⁴¹ Cu toate acestea, în momentul în care decid asupra măsurilor interimare, membrii organismelor jurisdicționale trebuie să-și pună următoarele întrebări:

- care este ilegalitatea reclamată?
- care este decizia contestată?
- care este prejudiciul care amenință să afecteze solicitantul sau dacă o astfel de amenințare a apărut deja?
- care sunt șansele de succes ale acțiunii pe fond?
- care sunt interesele solicitantului legate de dispunerea de măsuri interimare?
- care sunt interesele autorității contractante de a continua procedura de achiziție?
- care sunt interesele celorlalți candidați sau ofertanți legate de nedispunerea de măsuri interimare?
- care sunt interesele publice? Ar fi prejudiciat interesul public dacă s-ar dispune măsuri interimare?

¹³⁸ De exemplu, atribuirea contractului înainte ca autoritatea competentă să fi decis cu privire la legalitatea deciziei contestate și, ca urmare, face imposibilă anularea deciziei.

¹³⁹ Directiva 2007/66CE 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.

¹⁴⁰ Decizia CEJ din data de 9 decembrie 2010, din cauza Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie și alții (C-568/08, ECR 2010 p. I-12655) paragraf 61.

¹⁴¹ Decizia CEJ din data de 9 decembrie 2010, cauza Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie și alții (C-568/08, ECR 2010 p. I-12655) paragraf 61.

- ce s-ar întâmpla dacă organismul jurisdicțional ar dispune măsuri interimare?
- ce impact ar avea măsurile interimare asupra autorității contractante, a celorlalți ofertanți și a contestatorului?
- rezultatul acțiunii autorității contractante care face obiectul contestației este ireversibil?
- va suferi cineva vreun prejudiciu dacă sunt dispuse măsuri interimare sau dacă se continuă procedura de achiziție? Dacă da, care este întinderea probabilă a unor astfel de prejudicii?

Este util să se solicite astfel de informații de la solicitant. Fiecare parte trebuie să declare cel puțin propriile interese și prejudiciile iminente sau care au apărut deja. În cazul în care părțile nu stabilesc o limită de timp, autoritatea competentă trebuie să le solicite acest lucru.

O astfel de analiză nu poate fi întotdeauna simplă sau chiar posibilă pe baza informațiilor ce se află la dispoziția organismului jurisdicțional. Chiar dacă organismul jurisdicțional nu este obligat să decidă cu privire la măsura interimară de 'continuare a procedurii', acesta poate face uz de puterea sa discreționară pentru a stabili dacă este recomandabilă o astfel de analiză pentru evitarea impactului economic negativ al suspendării și întâzierii procedurii asupra autorității contractante și a ofertanților.

Atunci când face uz de puterea sa discreționară, organismul jurisdicțional trebuie să-și bazeze decizia pe principiile fundamentale privind achizițiile și pe principiile referitoare la remedii imediate și efective. Cu toate acestea, organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere faptul că interesele autorității contractante și interesele publice ar putea fi diferite, dat fiind faptul că atribuirea contractului celei mai bune oferte este de asemenea un interes public. Mai mult decât atât, solicitantul deține drepturi subiective derivate din legislația din domeniul achizițiilor publice care pot fi puse în aplicare doar prin intermediul unei contestații împotriva deciziei atacate. Prin urmare, organismul jurisdicțional trebuie să pună în balanță toate interesele pentru a decide dacă dispune măsuri interimare sau nu.

6.3.2 Ce măsuri interimare pot fi dispuse?

Potrivit articolului 2 (1) din Directiva privind remediile, se pot dispune următoarele măsuri interimare:

- orice măsură adecvată pentru remedierea încălcării reclamate sau pentru evitarea prejudiciilor iminente. De exemplu, suspendarea implementării oricărei decizii adoptate de autoritatea contractantă sau suspendarea întregii proceduri pentru atribuirea unui contract.¹⁴²
- dispunerea unei măsuri interimare nu va face obiectul unei cereri prealabile din partea reclamantilor privind anularea deciziei autorității contractante. Aplicarea măsurii interimare trebuie să fie posibilă înainte de introducerea unei acțiuni cu privire la anularea deciziei.¹⁴³
- măsura interimară însăși trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare pentru remedierea încălcării reclamate sau pentru evitarea prejudiciilor iminente. Măsura interimară trebuie să fie cea mai puțin împovărătoare măsură pentru autoritatea contractantă. Autoritatea contractantă trebuie să fie capabilă să acționeze în cadrul procedurii de achiziție cât mai mult posibil și să fie restricționată cât mai puțin posibil. Măsura interimară necesară va depinde de stadiul procedurii de achiziție.

Următoarele exemple ilustrează impactul măsurilor interimare.

Exemple

- *În cazul în care un candidat acționează împotriva documentelor contractului și dorește ca organismul jurisdicțional să anuleze aceste documente, va trebui să i se permită candidatului să depună o ofertă pe baza*

¹⁴² Articolul 2(1)a din Directiva privind remediile; articolul 2(1)a din Directiva privind remediile sectoriale; articolul 56(1)a din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării; Curs de formare în domeniul achizițiilor pentru beneficiarii IPA, Modul F, Sigma, 2010, p. 11.

¹⁴³ Deciziile CEJ din data de 19 iunie 1996, Comisia/Grecia (C-236/95, ECR 1996, p. I-4459) paragraf 11, și din data de 15 mai 2003, Comisia/Spania (C-214/00, ECR 2003, p. I-4667) paragraf 98.

documentelor rectificate ale licitație. Prin urmare, autoritatea contractantă nu trebuie să deschidă ofertele primite iar termenul de depunere a ofertelor trebuie suspendat.

- Dacă autoritatea contractantă a notificat candidatul că acesta nu va fi invitat să depună o ofertă în cadrul unei proceduri în două etape, în care numărul ofertanților în cea de a doua etapă este restricționat, va trebui să i se interzică autorității contractante să invite orice candidat să depună o ofertă.*
- Dacă oferta candidatului a fost respinsă și nu a fost publicat niciun anunț privind atribuirea contractului, nu sunt necesare măsuri interimare, deoarece ofertantul poate încă participa la procedura de achiziție. Dacă decizia privind respingerea ofertei candidatului este anulată, candidatul poate acționa împotriva deciziei privind atribuirea contractului dacă aceasta este emisă înainte de finalizarea procedurii de soluționare.*
- Dacă autoritatea contractantă a publicat un anunț privind atribuirea contractului și următoarea măsură a autorității contractante ar fi aceea de atribuire a contractului, este necesar să i se interzică acesteia atribuirea contractului.*

Legislația moldovenească nu reglementează noțiunea de măsuri interimare, însă analogul acesteia reprezintă prerogativele care sunt acordate ANSC pentru a suspenda procedura de achiziții publice în conformitate cu art.85, alin. (14) al Legii privind achizițiile publice.

Pentru dispunerea acestei măsuri, este necesar de respectat anumite cerințe legale:

- se dispune după depunerea unei contestații;
- se dispune în cazuri temeinic justificate pentru prevenirea unei pagube iminente;
- se dispune la cererea persoanei interesate sau din oficiu de către ANSC.

Exemplu din jurisprudența ANSC

Suspendarea termenului limită de depunere a ofertelor

Circumstanțele de fapt

Un operator economic interesat a contestat documentația de atribuire din motiv că specificațiile tehnice pentru echipamentele IT erau prea restrictive și în mod artificial și nejustificat reduceau concurența. Contestatorul a solicitat, printre altele, suspendarea procedurii de achiziție.

Decizia ANSC

ANSC a reținut că suspendarea poate avea loc în temeiul art. 85 (14) din Legea privind achizițiile publice nr. 131/15 în cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente. În speță, soluția ANSC depinde de explicațiile autorității contractante. Ceea ce înseamnă că decizia ANSC de admitere a contestației va fi pronunțată după termenul limită de depunere a ofertelor, ceea ce ar fi lipsită de eficiență, deoarece va atrage în mod inevitabil anularea întregii proceduri. ANSC a subliniat că adoptarea unei decizii care nu poate fi executată constituie o încălcare a drepturilor, tuturor subiecților procedurii de atribuire litigante. Prin urmare ANSC a decis suspendarea procedurii doar în partea ce ține de termenul limită de depunere a ofertelor. ANSC a punctat că prin această măsură interimară, se protejează atât interesele autorității contractante prin asigurarea satisfacerii, în condițiile Legii privind achizițiile publice nr. 131/2015 a necesității sale, inclusiv prin promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea acestora și asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, cât și interesul contestatorului de a participa în cadrul procedurii de atribuire și de a dispune de șanse egale față de toți participanții de a deveni, în condițiile legii, contractant.

¹⁴⁴ Decizie ANSC nr. 03DS-8-21 din 11.02.2021.

6.3.3 Care este procedura aplicabilă măsurilor interimare în țările membre UE?

Procedura aplicabilă măsurilor interimare nu este reglementată prin Directiva privind remediile, deoarece scopul directivei este acela de a stabili cerințele minime aplicabile remediilor juridice. Cu toate acestea, este necesar să existe o perioadă de așteptare, pentru a-i acorda ofertantului timp pentru aplicarea măsurilor interimare.¹⁴⁵ Dat fiind faptul că scopul măsurilor interimare este acela de a asigura o soluție provizorie rapidă în cadrul unei dispute,¹⁴⁶ termenele sunt de obicei scurte. Din același motiv, regulile procedurale - de exemplu, cele referitoare la probele ce trebuie comunicate de contestator sau obținute de autoritatea competentă cu privire la caracterul ireversibil al acțiunii autorității contractante – trebuie să fie simple.¹⁴⁷

Printre condițiile pentru acordarea unor măsuri interimare se numără următoarele:

- trebuie să existe un caz prima facie, care indică faptul că există o încălcare;
- trebuie să se demonstreze că prejudiciul potențial este ireparabil sau cel puțin grav pentru ofertant în cazul în care nu se dispune măsura interimară;
- nu trebuie să existe alte interese care prevalează asupra interesului privat al candidatului de a obține măsura.¹⁴⁸

În general, nu este timp pentru organizarea unei audieri orale înainte de dispunerea măsurilor interimare. Articolul 6 din CEDO nu impune o audiere orală deoarece procedura nu decide asupra fondului cauzei. Același lucru este valabil și pentru alte garanții procedurale. Prin urmare, nu este necesar un schimb de opinii, utilizarea de către organismul jurisdicțional a altor probe în afara celor scrise și aplicabilitatea reglementărilor referitoare la probe.¹⁴⁹ Cu toate acestea, este posibil ca decizia preliminară să difere de cea finală.

6.4 Anularea

6.4.1 Ce este un remediu prin anulare?

Un remediu prin anulare suprimă sau lipsește de efecte decizia autorității contractante adoptată nelegal sau remediază în alt mod o decizie nelegală.

În conformitate cu legislația comunitară, contestatorul trebuie să solicite un remediu prin anulare. În cazul în care organismul jurisdicțional constată că autoritatea contractantă a încălcat regulile privind achizițiile, acesta dispune de puterea discreționară de a alege măsura de anulare dintre cele disponibile. Cu toate acestea, contestatorul nu poate solicita un remediu prin anulare după încheierea contractului atribuit de autoritatea contractantă.

O decizie reprezintă orice poziție a autorității contractante care beneficiază de publicitate minimă, ceea ce înseamnă că aceasta este publicată sau a părăsit în alt mod domeniul autorității contractante.¹⁵⁰ Toate deciziile supuse legislației din domeniul achizițiilor publice pot fi contestate.¹⁵¹

¹⁴⁵ Decizia din data de 3 aprilie 2004, Comisia/Spania (C-444/06, ECR 2008, p. I-2045) paragraf 39.

¹⁴⁶ Decizia CEJ din data de 9 decembrie 2010, Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie și alții (C-568/08, ECR 2010, p. I-12.655) paragraf 61.

¹⁴⁷ Cursul de formare în domeniul achizițiilor publice pentru beneficiarii IPA, Module F, Sigma, 2010, p. 10.

¹⁴⁸ The Effectiveness of Bidder Remedies for Enforcing the EC Public Procurement Rules: a Case Study of the Public Works Sector in the United Kingdom and Greece (Efectul util al remediilor disponibile ofertanților pentru punerea în aplicare a reglementărilor CE din domeniul achizițiilor publice: Studiu de caz privind sectorul lucrărilor publice din Marea Britanie și Grecia), Despina Pachnou, teză de doctorat, 2003, p. 72.

¹⁴⁹ Decizia CEJ din data de 9 decembrie 2010, Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie și alții (C-568/08, ECR 2010, p. I-12.655) paragraf 59.

¹⁵⁰ Decizia CEJ din data de 11 ianuarie 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, p. I-1) paragraf 39.

¹⁵¹ Decizia CEJ din data de 19 iunie 2003, GAT (C-315/01, ECR 2003 p. I-6351) paragraf 52.

Într-un caz, CEJ a decis că sunt contrare legislației UE dispozițiile naționale în temeiul cărora o decizie care permite unui ofertant să participe la o procedură de achiziții să nu poată fi supusă unui control judiciar independent.¹⁵² În alte cazuri, CEJ a decis că operatorii economici pot contesta decizia indiferent dacă se publică sau nu un anunț de participare sau dacă aceasta conduce la o procedură formală de achiziție.¹⁵³

6.4.2 Care sunt măsurile de anulare care pot fi dispuse?

În conformitate cu legislația comunitară, organismul jurisdicțional poate dispune următoarele măsuri de anulare:

- eliminarea specificațiilor tehnice, economice și financiare discriminatorii din anunțul de participare, din documentele licitației sau din orice alte documente aferente procedurii pentru atribuirea unui contract;
- anularea unei decizii nelegale a autorității contractante sau anularea procedurii pentru atribuirea unui contract;
- remedierea pozitivă a oricărui document nelegal sau a deciziei autorității contractante.^{154,155}

Măsuri asemănătoare avem și în legislația națională. În conformitate cu art.86. alin. (3) al Legii privind achizițiile publice, ANSC examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte, 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 ANSC dispune modificarea/eliminarea oricărui specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a anula procedura de atribuire în condițiile art. 71 al Legii privind achizițiile publice. Art. 86 alin. (5) prevede că, în funcție de soluția pronunțată, ANSC va decide asupra continuării sau anulării procedurii de achiziție publică, inclusiv asupra anulării contractului de achiziții publice încheiat.

Remediile juridice de anulare trebuie să-i dea posibilitatea organismului jurisdicțional să exercite controlul – chiar dacă unul limitat – asupra utilizării puterii discreționare de către autoritatea contractantă. De exemplu, dacă autoritatea contractantă a făcut abuz de puterea sa discreționară la selectarea procedurii de licitație, la descalificarea ofertantului sau la stabilirea caietului de sarcini aferent contractului. Acest rol este în concordanță cu scopul Directivei privind remediile, care este acela de a permite autorităților competente să stabilească dacă deciziile autorității contractante sunt întemeiate și susținute de dovezi. Cu toate acestea, rolul său nu este acela de a 're-decide' cu privire la decizia autorităților contractante, care intră sub incidența puterii discreționare a acestora din urmă.

Controlul rezonabilității este deosebit de important în contextul procedurilor. Rezonabilitatea există acolo unde contractul este atribuit ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic. În acest caz, puterea discreționară a autorității contractante este una extinsă, deoarece aceasta decide și aplică criteriile pentru cea mai avantajoasă ofertă și, prin urmare, probabilitatea de a face abuz de puterea sa discreționară crește. Totuși, un astfel de control trebuie să se limiteze la testul de 'rezonabilitate' deoarece, în caz contrar, controlul ar putea conduce la litigii speculative menite să convingă autoritatea competentă să revizuiască decizia autorității contractante.¹⁵⁶ Înainte de alegerea unuia dintre remediile juridice de anulare, membrii organismelor jurisdicționale trebuie să răspundă la următoarele întrebări:

- autoritatea contractantă a încălcat legislația privind achizițiile publice?

¹⁵² Decizia CEJ din data de 5 aprilie 2017, Marina del Mediterraneo și alții (C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), paragraf 37.

¹⁵³ Decizia CEJ din data de 11 ianuarie 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, p. I-1) paragraf 33.

¹⁵⁴ De exemplu, un ordin de anulare a întregii licitații în cazul în care aceasta încalcă regulile procedurii, de modificare sau eliminare a clauzei nelegale cuprinsă în documentele licitației sau de reincludere a ofertantului care a fost exclus din procedură în mod nelegal.

¹⁵⁵ Articolul 2(1)b din Directiva privind remediile; articolul 2(1)b din Directiva privind remediile sectoriale; articolul 56(1)b din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării; Curs de formare în domeniul achizițiilor pentru beneficiarii IPA, Modul F, Sigma, 2010, p. 13

¹⁵⁶ Cursul de formare în domeniul achizițiilor publice pentru beneficiarii IPA, Modul F, Sigma, 2010, p. 14.

- cât de gravă este încălcarea? Încălcarea afectează în mod considerabil principiile fundamentale ale legislației privind achizițiile publice și/sau reduce posibilitatea ofertanților de a participa cu succes la procedura pentru atribuirea unui contract?
- încălcarea are o influență esențială asupra rezultatelor procedurii de achiziție? Este posibil ca contractul să fie atribuit unui alt ofertant?
- cum poate fi remediată o astfel de încălcare pentru a le asigura ofertanților posibilitatea de a participa cu succes la procedura pentru atribuirea unui contract? Ce decizie trebuie adoptată de organismul jurisdicțional pentru eliminarea încălcării?

În plus, organismul jurisdicțional trebuie să țină seama de tipul încălcării și de etapa achiziției la care a apărut încălcarea. O încălcare descoperită în cadrul etapelor de început ale achiziției poate fi remediată. De exemplu, anularea deciziei autorității contractante și/sau emiterea de instrucțiuni pentru autoritatea contractantă de a modifica documentația licitației sau de a reevalua ori reconsidera decizia anterioară a acesteia în conformitate cu constatările organismului jurisdicțional. În mod frecvent, încălcările care sunt descoperite mai târziu în cadrul procedurii de achiziție nu pot fi remediate prin 'revenirea' la o etapă anterioară a achiziției. Aceste încălcări pot fi remediate doar prin anularea întregii proceduri pentru atribuirea contractului.

6.4.3 Care este procedura?

Procedura pentru aplicarea măsurilor de anulare depinde de legislația națională. Aceasta este cea care stabilește regulile privind depunerea ofertelor, termenele și notificările autorității contractante și ale celorlalți candidați sau ofertanți.

Conform Legii privind achizițiile publice și Regulamentului ANSC, operatorul economic vătămat poate sesiza ANSC în vederea anulării actului și/sau a recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim prin depunerea unei contestații. Potrivit art. 83 alin. (1) al legii nominalizate, în funcție de valoarea contractului, contestatorul va depune contestația în termen de 10 sau 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință a unui act al autorității contractante considerat ilegal. ANSC va examina și soluționa contestațiile potrivit Regulamentului de organizare și funcționare a acesteia (Regulamentul ANSC) și Legii privind achizițiile publice, art. 84-86. Procedura de examinare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare. La aceste principii se adaugă și cele reglementate în Codul administrativ: cercetarea din oficiu, egalitatea de tratament, buna-credință, imparțialitatea, eficiența, proporționalitatea, securitatea raporturilor juridice, motivarea, comprehensibilitatea și transparența acțiunilor autorităților publice, comunicarea, cooperarea, răspunderea (art.21-35 Cod administrativ).

6.4.4 Când trebuie utilizat remediul prin anulare?

În ceea ce privește legalitatea procedurii de atribuire, anularea este un remediu util deoarece aceasta poate remedia o încălcare, cu condiția că organismul jurisdicțional face uz de prerogativele sale în mod rezonabil.¹⁵⁷ Remediile juridice de anulare protejează drepturile reclamantilor dacă aceștia sunt capabili să demonstreze încălcarea regulilor privind achizițiile publice de către autoritatea contractantă. Remediile juridice de anulare reprezintă cel mai puternic remediu deoarece acestea intervin în procedura de achiziție și fac posibilă remedierea. Prin urmare, remediile juridice de anulare contribuie la identificarea celei mai bune oferte potrivit caietului de sarcini, care este în interes public. Prin adoptarea acestui curs al acțiunii, autoritatea contractantă evită plata de daune la o data ulterioară.

6.4.4.1 Anularea procedurii pentru atribuirea unui contract

Un organism jurisdicțional trebuie să decidă cu privire la anularea procedurii pentru atribuirea unui contract atunci când alte măsuri mai moderate nu sunt capabile să remedieze încălcarea legislației privind achizițiile publice și când aceasta este singura opțiune rezonabilă pentru remedierea neregulilor din cadrul licitației.

¹⁵⁷ Cursul de formare în domeniul achizițiilor publice pentru beneficiarii IPA, Module F, Sigma, 2010, p. 14.

Aceasta se aplică în primul rând situației în care procedura pentru atribuirea unui contract este afectată de la început de încălcarea legislației privind achizițiile publice

Exemple

- Selectarea unei proceduri eronate
- Selectarea unei metode de achiziție inadecvată
- Selectarea unor criterii nerezonabile de calificare
- Imposibilitatea readucerii procedurii la etapa sa anterioară, de exemplu, o întoarcere de la etapa atribuirii la cea a calificării.
- După depunerea ofertelor se constată că documentele contractului încalcă regulile privind achizițiile publice sau sunt neclare. De exemplu, există o descriere neclară a obiectului licitației, a modalității de stabilire a prețului și a criteriilor pentru atribuirea licitației. Ca o consecință, ofertanții nu pot depune oferte adecvate.
- Nu este posibilă evaluarea ofertelor în conformitate cu principiile aplicabile achizițiilor publice și, prin urmare, atribuirea contractului conform legii.
- În cadrul unei așa-numite proceduri negociate, autoritatea contractantă dorește ca toți ofertanții să negocieze modalitatea în care va fi împărțit contractul între aceștia.

6.4.4.2 Instrucțiuni transmise autorității contractante

Instrucțiunile pentru remedierea unei încălcări a legislației privind achizițiile publice trebuie să se aplice într-o situație în care organismul jurisdicțional a dovedit cu succes faptul că autoritatea contractantă a încălcat legea. Încălcarea legii nu este atât de gravă încât să necesite anularea deciziei autorității contractante sau a procedurii pentru atribuirea unui contract și numai autoritatea contractantă este cea care poate oferi un remediu adecvat.

Exemple

- Organismul jurisdicțional dă instrucțiuni autorității contractante să prelungească termenul pentru depunerea ofertelor. Aceasta se datorează punerii la dispoziție cu întârziere a caietului de sarcini referitor la contract, fapt care nu le-a lăsat ofertanților suficient timp pentru întocmirea unor oferte adecvate. Prelungirea poate fi necesară dacă timpul real pentru întocmirea ofertelor este mai scurt decât cel prevăzut de legislația privind achizițiile publice sau decât o perioadă care ar putea fi rezonabilă pentru întocmirea ofertelor.
- Autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului deoarece aceasta nu a ținut seama de toate documentele depuse odată cu oferta pentru a demonstra eligibilitatea ofertei. Organismul jurisdicțional trebuie doar să anuleze decizia de respingere, iar contestatorul va putea să participe la procedura de achiziție.
- Organismul jurisdicțional dă instrucțiuni autorității contractante să reevalueze ofertele, deoarece autoritatea contractantă nu a verificat prețurile mici depuse în cadrul unei proceduri corespunzătoare. În cazul în care autoritatea contractantă a emis deja decizia privind atribuirea contractului, organismul jurisdicțional trebuie să anuleze această decizie privind atribuirea contractului deoarece, în caz contrar, autoritatea contractantă ar putea atribui contractul.

În practică, 'instrucțiunile' sunt rareori folosite ca remediu unic și sunt adesea însoțite de un alt remediu de anulare. Acesta constă în principal din anularea deciziei autorității contractante care, în cele mai multe cazuri, este necesară înainte ca autoritatea contractantă să poată emite din nou decizia în baza instrucțiunilor. În caz contrar, autoritatea contractantă ar trebui să retragă decizia.

6.4.4.3 Anularea deciziei autorității contractante

În cazul unei încălcări a legislației privind achizițiile publice, remediul cel mai tipic constă din decizia organismului jurisdicțional de a anula decizia autorității contractante sau de a elimina caietul de sarcini al licitației. O astfel de decizie este în general legată de remediul 'instrucțiunii' – privind modificarea documentației licitației într-un anumit mod. Cu toate acestea, autoritatea competentă nu este autoritatea contractantă. Prin urmare, modificarea documentației licitației se poate face numai de către autoritatea contractantă.

Mai multe remedii juridice pot fi aplicate de organismul jurisdicțional odată cu anularea deciziei autorității contractante sau cu eliminarea caietului de sarcini al licitației. Printre acestea se numără:

- stabilirea de noi criterii și reluarea acelei părți din achiziție în momentul anunțării noilor criterii;
- publicarea unui nou anunț;
- reevaluarea cererilor de participare la procedura de achiziție, în cazul în care au existat anumite erori;¹⁵⁸
- evaluarea ofertei contestatorului – dacă prin neevaluarea acesteia autoritatea contractantă a încălcat legislația privind achizițiile publice;
- oferirea unei posibilități tuturor ofertanților de a depune noi oferte în vederea remedierii încălcării anterioare a legislației privind achizițiile publice;
- oferirea unei posibilități tuturor ofertanților care au depus deja oferte să își modifice ofertele într-un termen suplimentar stabilit de autoritatea contractantă;
- definirea corespunzătoare a obiectului licitației și reluarea procedurii pentru atribuirea contractului de la etapa respectivă;
- întoarcerea procedurii pentru atribuirea contractului la o etapă anterioară depunerii ofertelor și acordarea unei posibilități ofertanților de a întocmi noi oferte pe baza documentației modificate a licitației, care este un 'produs neutru';¹⁵⁹
- reevaluarea ofertelor depuse cu respectarea îndrumărilor legale ale organismului jurisdicțional cu privire la evaluarea acestora în cadrul unei anumite proceduri pentru atribuirea unui contract;
- reluarea evaluării ofertelor în cazul în care evaluarea este defectuoasă și documentația licitației este nerezonabilă;¹⁶⁰
- oferirea unei posibilități contestatorului – a cărei ofertă a fost respinsă în mod legal – de a contesta evaluarea ofertelor celorlalți participanți care ar fi trebuit de asemenea respinse și, prin urmare, împiedicarea celorlalte oferte de a avea dreptul de a li se atribui contractul,¹⁶¹ indiferent de numărul de ofertanți care au participat la procedura de achiziție publică sau numărul celor care au introdus acțiuni pentru controlul judiciar.¹⁶²

Autoritatea competentă trebuie întotdeauna să țină seama de faptul că obiectul contractului sau criteriile de calificare pot atrage diferiți operatori economici, ceea ce face necesară reluarea procedurii de achiziție de la început și, prin urmare, că procedura trebuie anulată.¹⁶³

¹⁵⁸ De exemplu, certificatele cu privire la lucrările executate în vederea calificării pentru depunerea de oferte în cadrul unei proceduri restrânse.

¹⁵⁹ Respectiv nediscriminatoriu în ceea ce privește tipul sau condițiile aplicabile bunurilor sau serviciilor care vor face obiectul achiziției.

¹⁶⁰ Explicații neclare, insuficiente sau cărora le lipsesc temeiurile cu privire la decizia autorității contractante.

¹⁶¹ Însă a se vedea Decizia CEJ din data de 19 iunie 2003, Hackermuller (C-249/01, ECR 2003, p. I-6319). Organismul jurisdicțional poate respinge plângerea dacă oferta contestatorului a fost respinsă legal și nu poate exista niciun prejudiciu adus intereselor acestuia.

¹⁶² Decizia CEJ din data de 5 septembrie 2019, Lombardi (C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675), paragraf 34.

¹⁶³ Decizia CEJ din data de 19 iunie 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, ECR 2008, I-4401) paragraf 34.

Cu privire la criteriile pentru atribuirea contractului, orice modificare care conduce la anularea procedurii de achiziție.¹⁶⁴

6.5 Termenul de așteptare prevăzut de directivele UE

Potrivit directivelor privind remediile, o contestație nu întrerupe procedura de achiziție. Prin urmare, dacă nu ar exista un termen de așteptare, autoritatea contractantă ar putea încheia contractul cu ofertantul câștigător înainte de introducerea contestației. Scopul acestui termen de așteptare este acela de a acorda ofertanților timp pentru a verifica legalitatea deciziei și a depune contestații.¹⁶⁵ Prin urmare, termenul de așteptare constituie un rezultat al principiului privind remediile eficiente.

Pentru a le asigura ofertanților un remediu eficient de a contesta deciziile de atribuire ale autorităților contractante, Directiva privind remediile a introdus un termen de așteptare între decizia privind atribuirea contractului și încheierea contractului cu ofertantul câștigător.¹⁶⁶ Autoritatea contractantă nu trebuie să încheie contractul în cadrul termenului de așteptare. În conformitate cu Directiva privind remediile, statele membre UE se pot abține de la acordarea unui termen de așteptare în anumite condiții, cum ar fi:

- în cazul în care directivele privind achizițiile publice¹⁶⁷ nu impun publicarea prealabilă a unui anunț de participare;
- în cazul în care există un singur ofertant rămas în licitație la etapa atribuirii;
- în cazul unui contract bazat pe un acord-cadru sau al unui contract specific bazat pe un sistem dinamic de achiziții;
- în cazul în care termenul de așteptare va fi de cel puțin zece zile¹⁶⁸ de la adoptarea deciziei de atribuire a contractului.

La nivel național, termenele de așteptare sunt prevăzute de art. 32 din Legea privind achizițiile publice.

6.6 Lipsirea de efecte a contractului

Scopul declarării unui contract ca fiind lipsit de efecte este acela de a sancționa încălcările grave ale regulilor fundamentale privind achizițiile publice. Declararea contractului ca lipsit de efecte va împiedica autoritatea contractantă și contractantul să beneficieze de conduita ilegală și să readucă contractul pe piață. Cu toate acestea, împrejurările se pot schimba în perioada dintre încheierea nelegală a contractului și anularea acestuia. Prin urmare, va fi neclar faptul dacă autoritatea contractantă încă dispune de bugetul necesar pentru a nouă procedură de achiziție sau dacă aceasta mai are nevoie de rezultatul achiziției ori dacă planurile sale s-au schimbat. Prin urmare, nu există nicio garanție că contractul va fi reintrodus pe piață pe termen scurt.

6.6.1 Ce este lipsirea de efecte a contractului?

În statele membre UE, lipsirea de efecte a unui contract este încredințată instanțelor sau autorităților competente. În funcție de legislația națională, instanța sau autoritatea competentă poate dispune:

- anularea retroactivă a tuturor obligațiilor contractuale;
- anularea viitoare a tuturor obligațiilor contractuale și limitarea obiectului anulării acelor obligații care urmează să fie îndeplinite.

¹⁶⁴ Decizia CEJ din data de 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom (C-448/01, ECR 2003, I-14.527) paragraf 94.

¹⁶⁵ Decizia CEJ din data de 28 octombrie 1999, Alcatel Austria și alții (C-81/98, ECR 1999, I-7.671) paragraf 40.

¹⁶⁶ Articolul 2a din Directiva privind remediile; articolul 2a din Directiva privind remediile sectoriale; articolul 60 din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării.

¹⁶⁷ Directivele 2004/17/CE, 2004/18/CE și 2009/81/CE stabilesc regulile materiale privind achizițiile pentru autoritățile publice contractante, contractele din domeniul utilităților și contractele privind apărarea și securitatea.

¹⁶⁸ Termenul limită de zece zile a fost stabilit inițial prin articolul XX (5) din AAG.

În cazul unei anulări viitoare, autoritatea competentă va fi obligată să aplice amenzi autorității contractante.¹⁶⁹

În Republica Moldova, potrivit art. 87 al Legii privind achizițiile publice, procesele și cererile privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziții publice se soluționează de către instanța judecătorească competentă. Cu toate acestea, din unele prevederi ale legii reiese că, în anumite cazuri și ANSC poate decide asupra anulării contractului. În conformitate cu art. 86, alin. (6) al Legii privind achizițiile publice, în funcție de soluția pronunțată, ANSC va decide asupra continuării sau anulării procedurii de achiziție publică, **inclusiv asupra anulării contractului de achiziții publice încheiat.**

6.6.2 Cine poate solicita lipsirea de efecte a contractului?

Orice persoană care ar putea avea un interes de a obține un anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată de o încălcare poate solicita lipsirea de efecte a acestuia. Este suficient ca persoana care dorește acest lucru să fi fost privată de șansa de a participa la o procedură de achiziție cu respectarea regulilor privind achizițiile publice. Nu este necesar să se stabilească dacă persoana respectivă ar fi câștigat contractul.

6.6.3 Când va declara organismul jurisdicțional un contract ca fiind lipsit de efecte?

6.6.3.1 Regula generală

Directivele europene privind remediile juridice prevăd trei situații în care un contract va fi declarat ca fiind lipsit de efecte. Acestea sunt:

1. Nepublicarea anunțului de participare. Contractul a fost atribuit în mod direct, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, acolo unde regulile privind achizițiile publice prevăd notificarea licitației. Cu toate acestea, CEJ a decis că, în cazul în care un contract de achiziții publice este atribuit fără publicarea prealabilă a anunțului de participare, iar acest lucru nu este permis în temeiul Directivei 2004/18/CE, contractul poate să nu fie declarat ineficient în cazul în care condițiile prevăzute la art. 2d alin. (4) din Directiva 89/665, care stabilesc o excepție de la această regulă în ceea ce privește ineficiența contractului, sunt, de fapt, îndeplinite.¹⁷⁰
2. Nerespectarea termenelor de așteptare. Contractul a fost atribuit cu încălcarea termenului de așteptare dacă o astfel de încălcare:
 - a privat ofertantul de posibilitatea de a solicita un control în legătură cu posibilitatea de a pretinde remedii juridice pre-contractuale, respectiv măsuri interimare sau anularea deciziei autorității contractante după controlul efectuat la autoritatea contractantă;
 - în cazul unei încălcări a regulilor materiale privind remediile și nu a regulilor privind achizițiile publice de către autoritatea contractantă prin atribuirea contractului înainte ca autoritatea competentă să decidă cu privire la o solicitare de măsuri interimare și, prin urmare, împiedicarea autorității competente să dispună măsuri interimare;
 - a afectat șansele ofertantului de a solicita controlul în vederea obținerii contractului prin atribuirea contractului în cadrul termenului de așteptare;
3. Nerespectarea regulilor procedurale. Contractul a fost atribuit cu încălcarea regulilor aplicabile unui contract-cadru sau unui sistem dinamic de achiziții iar valoarea acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții este mai mare decât plafonul aplicabil prevăzut prin regulile procedurii de achiziție.

¹⁶⁹ Articolul 2d din Directiva privind remediile; articolul 2d din Directiva privind remediile aplicabile contractelor sectoriale; articolul 60 din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării.

¹⁷⁰ Decizia CEJ din data de 11 septembrie 2014, Fastweb (C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194), paragrafele 39, 54.

Lipsirea de efecte a contractelor se va aplica numai în cazurile în care autoritatea contractantă încalcă principiile fundamentale ale procedurii de achiziție. Este clar că o procedură de achiziție fără transparența necesară sau cu încheierea unui contract în cadrul termenului de așteptare constituie o încălcare a principiilor fundamentale.

Atribuirea unui contract pe baza unui acord-cadru sau a unui sistem dinamic de achiziții prin încălcarea regulilor privind achizițiile publice constituie o încălcare a principiilor fundamentale privind achizițiile publice, deoarece ar conduce la o cumulare eronată de puncte utilizate la evaluarea ofertelor.

Potrivit art. 88, alin. (2) din Legea privind achizițiile publice, instanța judecătorească constată nulitatea contractului de achiziții publice în următoarele cazuri:

- autoritatea contractantă a atribuit contractul fără respectarea obligațiilor referitoare la publicarea unui anunț sau a unei invitații de participare, conform prevederilor prezentei legi;
- au fost încălcate prevederile art. 32 (prevederi ce țin de termenele de așteptare pentru încheierea contractelor de achiziții publice), dacă această încălcare a privat operatorul economic interesat de posibilitatea de a formula o cale de atac înainte de încheierea contractului, în cazul în care această încălcare este combinată cu încălcarea altor dispoziții privind achizițiile publice, dacă această din urmă încălcare a afectat șansele operatorului economic interesat de a obține contractul;
- autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 61 alin. (19) sau ale art. 62 alin. (13)–(17) ale Legii privind achizițiile publice.

De asemenea potrivit art.88 alin.(11) al Legii privind achizițiile publice, autoritățile competente au dreptul de a solicita instanței judecătorești constatarea nulității absolute a contractului de achiziții publice pentru următoarele motive:

- autoritatea contractantă a atribuit contractul fără să respecte obligațiile referitoare la publicarea unui anunț/a unei invitații de participare conform prevederilor prezentei legi;
- au fost încălcate prevederile art.32 alin.(1) și ale art.31 alin.(3) Legii privind achizițiile publice cu referire la perioada de așteptare;
- autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art.61 alin.(19) sau ale art.62 alin.(13)–(17) Legii privind achizițiile publice în ceea ce privește nerespectarea normelor procedurale referitoare la atribuirea contractelor prin acord-cadru sau prin sistem dinamic de achiziții;
- contractul de achiziții publice a fost încheiat cu nerespectarea cerințelor minime prevăzute de autoritatea contractantă în caietul de sarcini sau, deși sînt respectate cerințele respective, contractul a fost încheiat în condiții mai puțin favorabile decît cele prevăzute în propunerile tehnică și/sau financiară care au constituit oferta declarată câștigătoare;
- atunci cînd, deși urmărește dobîndirea furnizării unui bun, a execuției unei lucrări sau a prestării unui serviciu, fapt care ar încadra contractul respectiv în categoria contractelor de achiziții publice, autoritatea contractantă încheie un alt tip de contract sau nu încheie niciun contract, nerespectînd procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege;
- contractul de achiziții publice a fost încheiat cu nerespectarea prevederilor art.79 alin.(6) Legii privind achizițiile publice, adică cu încălcarea regulilor privind conflictul de interese;
- nu au fost respectate criteriile de calificare și selecție prevăzute și/sau factorii de evaluare prevăzuți în anunțul/invitația de participare;
- modificarea contractului a condus la diminuarea avantajelor și, după caz, a factorilor de evaluare care au stat la baza declarării ofertei câștigătoare.

În legătură cu temeiurile de declarare a nulității unui contract de achiziții publice, Legea privind achizițiile publice depășește cerințele Directivei cu privire la remedii. Temeiurile nulității prezente la literele c)-h), art.88 alin. (11) Legea privind achizițiile publice reprezintă adaptări locale.

Temeiurile nulității de la literele d)-g) din art.88 alin. (11) Legea privind achizițiile publice permit declararea nulității contractului pentru neconformitatea ofertei câștigătoare cu cerințele licitației. Aceasta înseamnă că grupul de lucru nu a evaluat în mod corespunzător ofertantul câștigător. Aceasta situație dă dreptul autorității contractante să beneficieze de propria eroare și poate reprezenta o portiță pentru un comportament arbitrar din partea ultimei. De aceea, aceste temeuri de nulitate pot intra în conflict cu principiul certitudinii raporturilor juridice, care ar trebui să prevaleze.

Temeiul nulității prezent în lit. e), art. 88 alin.(11) Legea privind achizițiile publice reprezintă o derivare a temeiului prezent la lit. a) din aceeași normă. Atunci când o autoritate contractantă încheie un alt contract cu scopul de a ascunde o achiziție publică *de facto* are loc o încălcare a obligațiilor privind publicarea unui anunț de participare. De aceea, acesta este mai degrabă o explicație a primului temei de nulitate.

Șde nulitateimul rând, motivul nulității prezent la lit. h), art. 88 alineatul (11) Legea privind achizițiile publice creează linii de tensiune cu normele privind modificările contractului de achiziții publice. Astfel, art. 76 Legea privind achizițiile publice prevede cazurile în care contractul de achiziții publice poate fi modificat. Încălcarea acestor reguli dă un drept de a cere anularea modificărilor în baza lit. a), art. 88 alin. (11) Legea privind achizițiile publice. În astfel de circumstanțe, temeiul nulității prezent la lit. h), art. 88 alin. (11) Legea privind achizițiile publice supune furnizorul unui alt test de conformitate inutil care, având în vedere formularea vagă a acestuia, satisface cu greu cerințele de claritate și previzibilitate pe care trebuie să le întrunească o normă legală.

6.6.3.2 Excepție

O autoritate competentă nu are dreptul de a declara un contract lipsit de efecte dacă există considerente de interes public prevalente ce impun ca contractul să rămână în vigoare.

În context menționăm că în conformitate cu art. 88, alin. (3) din Legea privind achizițiile publice, instanța de judecată, după analiza tuturor aspectelor relevante, poate decide că motive imperative de interes general impun menținerea efectelor contractului de achiziții publice.

Cu toate acestea, o astfel de putere discreționară poate fi folosită doar în circumstanțe excepționale.¹⁷¹ De exemplu, trebuie să se facă o distincție între interesele autorității contractante și considerentele de interes general. Considerente strict financiare pot fi avute în vedere doar dacă acestea ar conduce la consecințe disproporționate. În cadrul achizițiilor din domeniul apărării sau al securității, interesele de siguranță națională pot justifica nedeclararea unui contract ca lipsit de efecte. Prin urmare, o autoritate competentă trebuie să efectueze o evaluare de la caz la caz. În context, menționăm că, potrivit art. 88, alin. (5) al Legii privind achizițiile publice, interesele economice legate de capacitatea contractului de achiziții publice de a produce efecte se vor avea în vedere ca motiv imperativ numai dacă, în circumstanțe excepționale, absența efectelor ar conduce la consecințe disproporționate. Interesele economice în legătură directă cu contractul respectiv, cum ar fi costurile generate de întârzieri la 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 nu constituie motive imperative de interes general.

De asemenea, în aliniatele (8) și (9) ale art.88 sunt prevăzute cazurile când temeiurile de nulitate prevăzute la art.88, alin.(2), lit.a), c) nu vor fi aplicabile.

6.6.4 Impactul lipirii de efecte

Ca principiu general, autoritatea competentă trebuie să anuleze retroactiv un contract.

¹⁷¹ Articolul 2d(3) din Directiva privind remediile; articolul 2d(3) din Directiva privind remediile aplicabile contractelor sectoriale; articolul 60(3) din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării.

Autoritatea contractantă și contractantul se vor readuce în poziția în care s-ar fi aflat dacă nu ar fi încheiat nicidecum contractul. În anumite situații, acest lucru poate avea un efect negativ deoarece lucrările, bunurile sau serviciile nu pot fi restituite.

Exemple

- Autoritatea contractantă a încheiat un contract pentru servicii de curățenie în cadrul unei proceduri de achiziție fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. Serviciile sunt furnizate pe o anumită perioadă de timp înainte de anularea retroactivă a contractului. Problemele apar în momentul plății pentru serviciile furnizate deja, deoarece nu există un preț stabilit.
- Autoritatea contractantă atribuie un contract pentru construirea unui imobil în cadrul unei proceduri de achiziție fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. După finalizarea subsolului, contractul este anulat retroactiv. Autoritatea contractantă trebuie să continue lucrările și inițiază o nouă procedură de achiziție. Prin urmare, nu există un contract și nici obligații cu privire la subsol și nici prețuri stabilite pentru aceasta. Pentru continuarea lucrărilor, un alt operator economic va trebui să construiască în continuare peste subsolul respectiv partea pe care operatorul economic nu a construit-o, parte pentru care acesta nu va fi răspunzător și în legătură cu care operatorul economic nu poate invoca nicio altă obligație. Acest lucru poate îngreuna găsirea unui operator economic care să finalizeze contractul în general și fără o majorare a prețului.
- În urma unui accident care i-a avariat încărcătorul pe pneuri, o autoritate contractantă a achiziționat un nou încărcător pe pneuri care era special adaptat să funcționeze cu zgură provenită de la o facilitate de ardere a deșeurilor comunitare. Încărcătorul pe pneuri este necesar pentru menținerea funcționării serviciului comunitar. Autoritatea contractantă a consumat atât de mult timp pentru achiziționarea acestuia, încât ar fi putut efectua o procedură de achiziție accelerată. În cazul în care contractul ar fi fost anulat retroactiv, serviciul comunitar nu ar fi putut fi furnizat.¹⁷²
- Principala asociație din domeniul asigurărilor sociale a lansat un acord-cadru pentru aplicații software pentru colectarea datelor privind utilizarea medicamentelor. Asociația a selectat trei societăți producătoare de software pentru medici fără procedură de achiziție. Dacă contractul era anulat retroactiv, serviciile deja furnizate trebuiau restituite, lucru care în acest caz era greu de realizat. Prin urmare, contractul a fost anulat în măsura în care acesta nu fusese încă îndeplinit. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a continuat atribuirea contractelor în baza acordului-cadru care în prezent nu mai există.¹⁷³

Prin urmare, ar putea fi util ca anularea viitoare a contractului să fie definită fie de volumul care nu a fost îndeplinit din acesta fie de un anumit termen. În aceste cazuri, autoritatea contractantă și contractantul au beneficiat deja de acest comportament ilegal și, ca atare, acestea vor primi sancțiuni.

6.6.5 Penalități alternative

Dacă un contract nu este anulat retroactiv, se vor aplica penalități alternative autorității contractante.^{130,174} Penalitățile alternative trebuie să fie 'efective, proporționate și să aibă un efect descurajator'. Penalitățile alternative sunt oarecum similare cu penalitățile din domeniul legislației privind înțelegerile de tip cartel, deoarece acestea nu sunt menite să implice o acuzație de vinovăție în sensul legii penale ci sunt dispuse în baza unei încălcări grave a principiilor privind achizițiile publice.

¹⁷² Decizia Vergabekontrollsenat Wien din data de 26 mai 2011, VKS-2573/11.

¹⁷³ Deciziile Bundesvergabeamt F/0002, F/0007, F/0008, F/0009-BVA/13/2011-69 din data de 13 mai 2011 și F/0011-BVA/13/2011-37 din data de 29 decembrie 2011.

¹⁷⁴ Articolul 2e din Directiva privind remediile; articolul 2e din Directiva privind remediile aplicabile în contractele sectoriale; articolul 61 din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării.

Penalitățile alternative includ obligarea autorității contractante de a plăti o amendă, în funcție de aspectele cazului respectiv. De exemplu, având în vedere gravitatea încălcării regulilor privind achizițiile publice și beneficiile obținute pe durata încălcării. Legea RM privind achizițiile publice prevede că în toate cazurile în care sancțiunea nulității nu poate avea efect retroactiv, întrucât desființarea obligațiilor contractuale deja executate este imposibilă, instanța judecătorească va aplica, în plus, o amendă autorității contractante, cuprinsă între 2% și 15% din valoarea contractului (art. 88, alin. (3), lit.b), (6)). În lege nu se menționează expres în ce conturi se va achita amenda. Astfel, reiese că, conform prevederile naționale, această amendă va fi achitată în bugetul de stat prin sistemul de trezorerie al Ministerului Finanțelor. Însă, conform recomandărilor internaționale, amenda nu trebuie plătită aceluiași organism de care aparține autoritatea contractantă, deoarece acest lucru constituie doar un transfer de la o poziție bugetară la alta și nu are un efect descurajator. Prin urmare, plata trebuie efectuată către un alt organism, independent de autoritatea contractantă. În practica austriacă, plata se efectuează către fonduri cu scopuri sociale sau pentru dezvoltarea afacerilor.

6.7 Daune

Potrivit Directivei privind remediile, legislația locală poate prevedea daune pentru nelegalitatea deciziei autorității contractante.¹⁷⁵ În cadrul UE, rămâne la latitudinea statelor membre să stabilească organismul care are dreptul de a acorda daune unui operator economic prejudiciat de o încălcare a regulilor privind achizițiile publice.

În general, rolul autorității competente este limitat la constatarea încălcării legislației privind achizițiile publice de către autoritatea contractantă. Autoritatea competentă doar constată nelegalitatea acțiunilor autorității contractante. Aceasta nu decide asupra cuantumului pentru repararea prejudiciului și nu este obligată să stabilească prejudiciile suferite de contestator. Instanței îi revine rolul de a decide în cele din urmă asupra cuantumului daunelor. Pentru a putea pretinde daune, contestatorul trebuie să dovedească instanței că a avut loc o încălcare a legislației privind achizițiile publice, că acesta a suferit prejudicii și că există o legătură causală între încălcare și prejudiciul suferit. Încălcarea trebuie stabilită pe baza unei decizii a autorității competente. Prin urmare, contestatorul nu trebuie 'doar' să dovedească faptul că acesta a suferit un prejudiciu datorită acestei încălcări.

Suma pretinsă poate consta din costurile aferente pregătirii ofertei sau participării la procedura de atribuire ori din câștigurile pierdute ca urmare a neatribuirii contractului către acesta. Contestatorul trebuie să aleagă cu privire la care dintre acestea va depune plângere.

Directiva privind remediile sectoriale prevede că, în ceea ce privește o acțiune vizând costurile aferente întocmirii ofertei sau participării la o procedură de achiziție, este suficient să se dovedească încălcarea și faptul că contestatorul a avut o șansă reală de a câștiga contractul.¹⁷⁶ În cazul în care prin acțiune se pretind pierderi de câștiguri, contestatorul trebuie să demonstreze că acesta ar fi câștigat contractul dacă autoritatea contractantă ar fi derulat procedura de achiziție în mod legal. Este dificil de dovedit că contestatorul ar fi câștigat contractul, deoarece contestatorul întotdeauna va dispune de informații incomplete cu privire la procedura completă de achiziție.

Acest remediu nu este utilizat foarte des deoarece repararea prejudiciului este foarte dificil de stabilit.¹⁷⁷ În schimb, soluționarea cu succes a cererilor de daune poate servi ca un factor eficace de descurajare a încălcării legislației privind achizițiile publice de către entitățile contractante. În unele cazuri, chiar și acei operatori economici care au câștigat numeroase proceduri în fața diferitelor instanțe ezită să introducă cereri de daune.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Articolul 2(1)(c) din Directiva privind remediile; articolul 2(1)(d) din Directiva privind remediile aplicabile contractelor sectoriale; articolul 56(1) din Directiva privind achizițiile publice în domeniul apărării.

¹⁷⁶ Articolul 2(7) din Directiva privind remediile aplicabile contractelor sectoriale.

¹⁷⁷ Cursul de formare în domeniul achizițiilor publice pentru beneficiarii IPA, Modul F, Sigma, 2010, p. 19.

¹⁷⁸ A se vedea, de exemplu, procedurile care fac obiectul Deciziei CEJ din data de 28 octombrie 1999, Alcatel Austria și alții (C-81/98, ECR 1999, I-7.671).

Legea privind achizițiile publice nu prevede expres posibilitatea solicitării de daune. Însă posibilitatea solicitării prejudiciului pentru activitate administrativă ilegală este prevăzută expres în Codul Administrativ al Republicii Moldova. Potrivit art.10, alin.(2) CA, decizia autorității publice privind acordarea despăgubirilor pentru prejudiciile cauzate prin activitatea administrativă ilegală este un act administrativ individual. Prevederile Codului Civil în materie de răspundere delictuală se vor aplica în mod corespunzător (art. 2006 Cod Civil).

În conformitate cu jurisprudența CEJ, perioada de introducere a unei acțiuni pentru obținerea de despăgubiri trebuie să înceapă să curgă de la data la care reclamantul a știut sau ar fi trebuit să știe despre presupusa încălcare. Într-un caz, referindu-se la termene, CEJ a declarat că legislația UE nu se opune unei o dispoziții de drept intern în temeiul căreia o cerere de despăgubire este admisibilă numai dacă a existat o constatare prealabilă a unei încălcări a legislației privind achizițiile. Cu toate acestea, dreptul UE și, în special, principiul eficienței se opune unei reglementări naționale care condiționează introducerea unei acțiuni pentru obținerea unor daune interese pentru încălcarea unei norme din legislația privind contractele de achiziții publice de constatarea prealabilă a nelegalității procedurii de atribuire a respectivului contract de achiziții, ca urmare a nepublicării prealabile a unui anunț de participare, în cazul în care această acțiune în constatarea nelegalității este supusă unui termen de decădere de șase luni care începe să curgă din ziua următoare atribuirii contractului de achiziții publice în cauză, independent de aspectul dacă solicitantul acțiunii era sau nu era în măsură să cunoască existența nelegalității care afectează această decizie a autorității contractante.¹⁷⁹

6.8 Rezumat

Scopul unic al remediilor juridice este acela de a pune în aplicare drepturile individuale ale operatorilor economici care derivă din legislația din domeniul achizițiilor publice. Remediile juridice încep cu o cerere înaintată de operatorul economic care solicită protecție legală. Cu toate acestea, datorită caracterului procedurilor de achiziție, operatorii economici trebuie să solicite rapid implementarea unor remedii juridice de către organismul jurisdicțional. Scopul primordial al remediilor juridice este acela de a schimba decizia unei autorități contractante care încalcă legislația din domeniul achizițiilor publice în vederea derulării procedurii de achiziție în mod legal.

Printre tipurile de remedii juridice UE se numără următoarele: măsurile interimare - hotărârile preliminare care urmăresc remedierea încălcărilor reclamate sau prevenirea prejudicierii în continuare a intereselor vizate; anularea deciziilor – care urmărește remedierea procedurii de achiziție prin anularea deciziei autorității contractante; lipsirea de efecte a contractului - anularea retroactivă a contractului acolo unde sunt identificate încălcări grave ale regulilor privind achizițiile publice; penalitățile alternative – dispuse în baza unor încălcări grave ale principiilor privind achizițiile publice; și daunele – obținute după încheierea contractului în cazul în care autoritatea contractantă a încălcat grav regulile privind achizițiile publice.

Cu toate acestea, dacă un stat dorește să instituie un control obiectiv asupra procedurilor sale de achiziții publice, trebuie utilizate alte mijloace. De exemplu, o entitate ar putea avea dreptul de a verifica procedurile de achiziție din oficiu sau de a examina contestația unei părți interesate de contract și de a implementa remedii juridice de natură penală în cazul în care identifică nereguli. În plus, poate exista un control ex-post efectuat de curtea de conturi.¹⁸⁰

Mai mult decât atât, statele pot da dreptul asociațiilor profesionale de a introduce remedii juridice împotriva documentelor contractului care favorizează pe membrii acestora. Decizia organismului jurisdicțional de a dispune remedii juridice constituie un rezultat solid al organismului jurisdicțional de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice. Prin urmare, înainte de a analiza opțiunile pe care le are la dispoziție, organismul jurisdicțional trebuie să-și folosească prerogativele de aplicare a puterii sale discreționare și drepturile sale de a decide și de a acționa înainte de a dispune remedii juridice – aplicarea puterii discreționare beneficiază de un tratament detaliat în următorul capitol.

¹⁷⁹ Decizia CEJ din data de 26 noiembrie 2015, MedEval (C-166/14, ECLI:EU:C:2014:2435), paragraf 36, 46.

¹⁸⁰ Control ex-post de o curte de conturi în toate statele membre.

Capitolul 7

Puterea discreționară

7.1 Prezentare generală

Puterea discreționară a fost acordată organismelor jurisdicționale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice pentru ca membrii acestora să poată dispune de un grad de libertate atunci când aleg dintre mai multe decizii admisibile din punct de vedere legal pe cea mai potrivită pentru situația dată. Membrii organismelor jurisdicționale dețin prerogative de a decide și a acționa în conformitate cu deciziile luate sau de a face alegeri, deoarece aplicarea legii la faptele cauzei nu a oferit întotdeauna răspunsul corect. Acest capitol analizează situațiile în care membrii organismelor jurisdicționale pot aplica puterea discreționară și examinează factorii și măsurile de bază care trebuie avute în vedere la exercitarea puterii discreționare. La nivel teoretic general, capitolul ilustrează principiile și regulile fundamentale cu privire la modalitatea de aplicare și utilizare a puterii discreționare în conformitate cu Recomandările Consiliului Europei (CoE).¹⁸¹ Atât principiile cât și recomandările reflectă în detaliu liniile directoare privind cele mai bune practici elaborate în statele de drept anglo-saxon. Pentru evidențierea principiilor și recomandărilor, sunt prezentate numeroase exemple practice în cadrul acestui capitol.

7.2 Ce este puterea discreționară?

Puterea discreționară este prerogativa sau dreptul de a decide sau acționa în conformitate cu propria decizie sau alegere.¹⁸² În cadrul Recomandării nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative ("Recomandarea"), CoE definește 'puterea discreționară' ca fiind o prerogativă ce lasă un anumit grad de libertate organismului jurisdicțional în ceea ce privește decizia ce urmează a fi adoptată, dându-i acestuia posibilitatea de a alege dintre mai multe decizii admisibile din punct de vedere juridic pe cea pe care o consideră cea mai adecvată. La implementarea acestor principii, trebuie avute în vedere cerințele referitoare la administrarea corespunzătoare și eficientă, precum și interesele persoanelor terțe și interesele publice majore.¹⁸³

O caracteristică esențială a unui mecanism eficient de contestare este că acesta asigură echilibrul adecvat între, pe de o parte, necesitatea de a proteja interesele furnizorilor și ale contractanților și integritatea procesului de achiziție și, pe de altă parte, necesitatea de a limita perturbarea procesului de achiziții publice. Legea model UNCITRAL oferă o marjă de apreciere organismului jurisdicțional de a decide, în anumite circumstanțe, cum să realizeze un astfel de echilibru, de exemplu, dacă să suspende procedura de achiziții sau dacă să ridice interdicția de a semna contractul de achiziții, deoarece interesele publice urgente pot prevala asupra altor considerații.

În legislația Republicii Moldova, expres, conceptul de drept discreționar al autorității publice a fost introdus prin Codul Administrativ, intrat în vigoare la data de 01.04.2019. Astfel, în conformitate cu art.16 Cod Administrativ dreptul discreționar al autorității publice reprezintă posibilitatea acesteia de a opta între mai multe soluții posibile corespunzătoare scopului legii atunci când aplică o dispoziție legală. Exercițarea dreptului discreționar nu permite desfășurarea unei activități administrative arbitrară. De asemenea, art.137 Cod Administrativ dezvoltă conceptul de putere discreționară, stipulând că în exercitarea dreptului discreționar atribuit, autoritățile publice trebuie să acționeze cu bună-credință în limitele legal stabilite și cu respectarea scopului pentru care le-a fost atribuit dreptul.

¹⁸¹ Republica Moldova a devenit membru al Consiliului Europei la data de 13 iulie 1995.

¹⁸² <http://dictionary.reference.com/browse/discretion>.

¹⁸³ Recomandarea nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative, adoptată de Comitetul de Miniștri la data de 11 martie 1980, Consiliul Europei <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009056&SecMode=1&DocId=667512&Usage=2>.

Daca autoritatea publică poate decide discreționar și doar una din mai multe consecințe juridice este legală, atunci dreptul discreționar al autorității publice se reduce la alegerea consecinței juridice/soluției legale. Stările de fapt identice în esență se tratează identic. O tratare neidentică a două stări de fapt identice se admite numai dacă există un motiv obiectiv. Dacă într-un caz autoritatea publică și-a exercitat dreptul discreționar într-un anumit mod, atunci în cazuri similare ea este obligată să își exercite dreptul discreționar în același mod. Această regulă nu se aplică dacă autoritatea publică intenționează să își schimbe în viitor practica de exercitare a dreptului discreționar în cazuri similare.

Art.225 Cod Administrativ prevede limitele de implicare a instanței în dreptul discreționar dacă actul organului administrativ-jurisdicțional ar fi contestat. Verificarea exercitării de către autoritatea publică a dreptului discreționar se limitează la faptul dacă autoritatea publică:

- și-a exercitat dreptul discreționar;
- a luat în considerare toate faptele relevante;
- a respectat limitele legale ale dreptului discreționar;
- și-a exercitat dreptul discreționar conform scopului acordat prin lege.

Trebuie menționat faptul că legislația UE nu conține norme specifice în acest domeniu, prin urmare, dispozițiile detaliate trebuie să fie stabilite de normele naționale, sub rezerva respectării principiilor echivalenței și eficacității. În conformitate cu Directiva 89/665¹⁸⁴ remediile au ca obiect verificarea legalității unui act și nu a oportunității acestuia. În același timp, testul de legalitate nu poate fi limitat la o examinare a caracterului arbitrar al deciziilor autorității contractante. Pe de altă parte, legiuitorul național poate acorda instanțelor naționale competente o putere mai mare cu scopul de a verifica dacă o măsură a fost sau nu oportună.¹⁸⁵ De exemplu, CEJ a decis că este o chestiune de drept intern să se stabilească dacă, și în ce măsură, organul administrativ și de control judiciar competent trebuie să țină seama de faptul că posibila atitudine părtinitoare din partea experților a avut un efect asupra deciziei de atribuire a contractului.¹⁸⁶

7.3 Modalitatea de aplicare a puterii discreționare

În cazul în care unui membru al organismului jurisdicțional i se acordă putere discreționară, adesea, simpla aplicare a legii la fapte nu va oferi răspunsul corect. E posibil de asemenea să fie necesar a se stabili care dintre multiplele aplicări posibile ale legii este cea mai echitabilă și rezonabilă în împrejurările particulare ale cazului.¹⁸⁷ Puterea discreționară trebuie exercitată în mod rezonabil, cu bună credință și pe baze adecvate. Puterea discreționară nu trebuie exercitată în scopuri necorespunzătoare și nici nu trebuie să se bazeze pe considerente irelevante, cum ar fi convingerea sau valorile personale.¹⁸⁸

De exemplu, atunci când își exercită puterea discreționară în ceea ce privește suspendarea, organismul jurisdicțional ar trebui să țină seama de faptul că o suspendare s-ar putea dovedi în cele din urmă mai puțin perturbatoare în procesul de achiziții publice, deoarece ar putea evita necesitatea de a anula măsurile luate în cadrul procesului de achiziții publice în cazul în care se ia o decizie de a anula sau de a corecta o decizie a autorității contractante. În plus, ar trebui să se asigure stimulentele suficiente pentru ca furnizorii sau contractanții să depună contestații, unde posibilitatea suspendării este un aspect important.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ Decizia CEJ din data de 11 decembrie 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435), paragraf 41-46.

¹⁸⁶ Decizia CEJ din data de 12 martie 2015, Evigilo (C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166), paragraf 41-46.

¹⁸⁷ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 53.

¹⁸⁸ B. McLachlin, Rules and Discretion in the Governance of Canada (Reguli și putere discreționară în cadrul administrației din Canada), 56 Sask L. Rev., 1992, p. 174.

Organismul jurisdicțional ar trebui de asemenea, să țină cont că, modul în care și-a exercitat discreția cu privire la aspectele permise de lege va fi contestată în instanța de judecată. În acest caz miza reprezintă reputația, imaginea și încrederea publică în organismului jurisdicțional în cadrul sistemului de control al achizițiilor publice.

7.3.1 Recomandarea CoE

Recomandarea CoE stabilește principiile fundamentale care vor trebui respectate de organismul jurisdicțional la exercitarea puterii discreționare. Unele dintre acestea sunt expres prevăzute și în Legea privind achizițiile publice. Astfel, în conformitate cu art. 81 al legii menționate, consilierul este obligat să-și îndeplinească atribuțiile cu obiectivitate, respectând principiile legalității, imparțialității, independenței, tratamentului egal și nediscriminării în privința tuturor operatorilor economici și autorităților contractante. Principalele principii ale Recomandării prevăd ca organismul jurisdicțional:

7.3.1.1 Să nu urmărească alt scop în afara celui cu privire la care i-a fost acordată această prerogativă (scopul prerogativei de a dispune de puterea discreționară)

Acest principiu subliniază faptul că organismul jurisdicțional căruia i-a fost conferită putere discreționară trebuie să respecte cu prioritate unicul scop sau unul dintre scopurile pentru care această putere a fost instituită. Cu toate acestea, dacă o decizie este de așa natură încât produce efecte secundare care nu sunt în conformitate cu scopurile pentru care a fost conferită puterea discreționară, aceste efecte secundare nu trebuie avute în vedere la evaluarea legalității deciziei.¹⁸⁹

7.3.1.2 Să respecte obiectivitatea și imparțialitatea, ținând seama doar de factorii relevanți pentru cazul supus analizei (obiectivitate și imparțialitate)

Obiectivitatea și imparțialitatea la exercitarea puterii discreționare includ obligația atribuită organismului jurisdicțional de a analiza toți factorii relevanți pentru cazul supus analizei și numai acelor 'factori' să le acorde ponderea cuvenită. Niciun factor nu trebuie avut în vedere sau trecut cu vederea în mod necorespunzător și trebuie evitat orice considerent inadecvat care are legătură cu decizia ce urmează a fi adoptată.

Termenul 'factori' va include atât faptele cât și baza legală a deciziei. 'Factorii relevanți' includ faptele, considerentele și baza legală de care trebuie să țină seama organismul jurisdicțional în fiecare caz în parte.

Organismul jurisdicțional trebuie să depună toate diligențele pentru a cunoaște, din proprie inițiativă, factorii pe care îi consideră relevanți într-un caz dat. De exemplu, cu ajutorul unor documente pertinente, informații de la părțile implicate sau persoane terțe și opinii ale experților.¹⁹⁰

7.3.1.3 Să respecte principiul egalității în fața legii prin evitarea discriminării inechitabile (egalitatea în fața legii)

Scopul acestui principiu este acela de a preveni discriminarea inechitabilă prin asigurarea faptului că persoanele care se află în aceleași situații de fapt sau de drept beneficiază de un tratament similar în ceea ce privește exercitarea puterii discreționare.

Dacă o diferență de tratament este bazată pe temeuri rezonabile, prin care aceasta poate fi justificată în mod obiectiv având în vedere scopul urmărit, nu avem de-a face cu o încălcare a principiului egalității în fața legii. Avem de-a face cu o discriminare inechitabilă numai în situațiile în care tratamentul diferit nu are o justificare rezonabilă în raport cu scopul urmărit și consecințele măsurii preconizate.

¹⁸⁹ Recomandarea nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative, adoptată de Comitetul de Miniștri la data de 11 martie 1980, Consiliul European, paragraf 17.

¹⁹⁰ Recomandarea nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative, adoptată de Comitetul de Miniștri la data de 11 martie 1980, Consiliul European, paragrafele 19-21.

Acest principiu nu exclude posibilitatea ca organismul jurisdicțional să-și modifice conduita din considerente de interes general sau pentru că practica anterioară a fost declarată ilegală sau inadecvată.¹⁹¹

7.3.1.4 Să mențină un echilibru adecvat între orice efecte negative pe care decizia sa le-ar putea avea asupra drepturilor, libertăților sau intereselor persoanelor și scopul urmărit de aceasta (proporționalitate)

Acest principiu se aplică în mod specific acolo unde o decizie adoptată prin exercitarea puterii discreționare afectează negativ drepturile, libertățile sau interesele unei persoane. Scopul acestuia este de a asigura un echilibru rezonabil între interese concurente. De exemplu, interesul public și interesele private ale persoanelor. Acest principiu subliniază faptul că organismul jurisdicțional căruia îi este conferită putere discreționară nu trebuie să împovăreze persoana în niciun fel care ar fi excesiv în raport cu scopul urmărit.¹⁹²

7.3.1.5 Să adopte deciziile într-un termen rezonabil raportat la problema vizată (termenul rezonabil)

Scopul acestui principiu este acela de a proteja părțile împotriva arbitrarității organismului jurisdicțional în ceea ce privește termenul.

Unul dintre principiile privind controlul achizițiilor publice este acela conform căruia controalele trebuie efectuate fără întârziere. Dat fiind faptul că controlul achizițiilor abordează decizii pre-contractuale, este necesar ca acesta să decidă rapid, în caz contrar procedura de achiziție neputând fi continuată în mod rezonabil după încheierea acestuia.

7.3.1.6 Să aplice orice linii directoare administrative generale într-o manieră consecventă, ținând seama în același timp de împrejurările particulare ale fiecărui caz (consecvență)

Acest principiu subliniază importanța consecvenței în practica administrativă. Acesta se regăsește în cadrul principiului general al egalității și este menit să promoveze previzibilitatea și securitatea raporturilor juridice. Cu toate acestea, acest principiu subliniază și necesitatea unei examinări individuale a circumstanțelor particulare ale fiecărui caz.¹⁹³

7.3.2 Recomandări generale adresate organismelor jurisdicționale

Se recomandă o serie de reguli pentru utilizarea curentă a puterii discreționare. Printre acestea se numără:

- respectarea scopului legii;
- luarea în considerare numai a factorilor relevanți;
- furnizarea de argumente logice pentru utilizarea puterii discreționare;
- consecvența;
- ignorarea ideilor personale preconcepute;
- alegerea uneia dintre opțiuni;
- analizarea oricărei opțiuni;
- prevalența legalității asupra consecvenței;
- consultări cu colegii.

Următoarele două secțiuni dezbate și explică fiecare dintre aceste reguli în ordinea de mai sus.

¹⁹¹ Recomandarea nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative, adoptată de Comitetul de Miniștri la data de 11 martie 1980, Consiliul European, paragrafele 22-23.

¹⁹² Recomandarea nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative, adoptată de Comitetul de Miniștri la data de 11 martie 1980, Consiliul European, paragraful 24.

¹⁹³ Recomandarea nr. R (80) 2 cu privire la exercitarea puterilor discreționare de către autoritățile administrative, adoptată de Comitetul de Miniștri la data de 11 martie 1980, Consiliul European, paragraful 30.

7.3.2.1 Respectarea scopului legii

Puterea discreționară trebuie exercitată în limitele legii. Deciziile trebuie să fie în concordanță atât cu textul de lege cât și cu scopul și intenția acesteia.¹⁹⁴ La aplicarea puterii discreționare în baza legislației privind achizițiile publice, deciziile organismului jurisdicțional trebuie să respecte principiile fundamentale privind achizițiile. Aceste principii privind achizițiile publice includ:

7.3.2.1.1 Egalitatea de tratament

Situațiile identice trebuie să fie tratate în același mod iar situațiile diferite trebuie tratate în mod diferit.

Exemplu

Dacă doi ofertanții depun documente identice pentru calificarea în cea de a doua etapă a unei proceduri restrânse, ambele documente trebuie acceptate dacă sunt îndeplinite criteriile licitației sau ambele documente trebuie respinse dacă criteriile licitației nu sunt îndeplinite. În cazul în care organismul jurisdicțional conchide că ambii ofertanți trebuie excluși datorită faptului că aceștia nu au furnizat documente adecvate, organismul jurisdicțional trebuie să anuleze decizia autorității contractante referitoare la evaluarea în vederea calificării ofertei și să dispună o nouă evaluare.

În cazul în care autoritatea contractantă nu a evaluat în mod corespunzător documentele contestatorului și, drept urmare, ofertantul nu a promovat în cea de a doua etapă a procedurii restrânse, organismul jurisdicțional trebuie să îi solicite autorității contractante să includă ofertantul în cea de a doua etapă a procedurii restrânse sau, dacă autoritatea contractantă a stabilit un număr restrâns de ofertanți pentru cea de a doua etapă, să reia selecția ofertanților.

7.3.2.1.2 Nediscriminare

În general, egalitatea de tratament reprezintă principiul de bază al nediscriminării. În contextul comunitar, ofertanții nu trebuie discriminați pe considerente de naționalitate.¹⁹⁵ Discriminarea poate fi directă, prin excluderea explicită a ofertanților de alte naționalități, sau indirectă, prin stabilirea unor condiții pe care numai cetățenii naționali le pot îndeplini sau prin declararea faptului că nu se manifestă interes pentru ofertanți de alte naționalități pentru încheierea contractului.¹⁹⁶ Chiar și o discriminare potențială a ofertanților de alte naționalități este relevantă.¹⁹⁷ În afara UE, se poate observa că, în cazul în care țara face parte dintr-o uniune vamală sau politică, egalitatea de tratament poate include o cerință de a trata furnizorii din țările participante în mod egal.

Exemplu

Autoritatea contractantă nu trebuie să limiteze ofertele la ofertanții dintr-o anumită localitate sau regiune. Dacă așa stau lucrurile, organismul jurisdicțional trebuie să anuleze ofertele discriminatorii, condițiile contractuale discriminatorii sau întreaga licitație dacă nu este posibilă anularea condițiilor discriminatorii. Autoritatea contractantă solicită utilizarea într-o măsură cât mai mare posibilă a materialelor, bunurilor de consum, forței de muncă și echipamentelor de proveniență națională.

¹⁹⁴ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 53.

¹⁹⁵ Decizia CEJ din data de 21 iulie 2005, Co.Na.Me. (C-231/03, ECR 2005, p. I-7.287) paragraf 19.

¹⁹⁶ Decizia CEJ din data de 13 noiembrie 2007, Comisia/Irlanda (C-507/03, ECR 2007, p. I-9.777) paragraf 31.

¹⁹⁷ Decizia CEJ din data de 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, ECR 2005, p. I-8.585) paragraf 55.

Autoritatea competentă va trebui să anuleze această prevedere sau să anuleze procedura de achiziție în cazul în care anularea condiției discriminatorii nu este posibilă.¹⁹⁸

7.3.2.1.3 Transparența

Asigurarea în beneficiul oricărui potențial ofertant a unui nivel de publicitate suficient pentru a da posibilitatea deschiderii pieței serviciilor pentru concurență și controlul imparțialității procedurilor de achiziție.¹⁹⁹

Transparența este un principiu secundar derivat din principiile primare. De exemplu, egalitatea de tratament,²⁰⁰ nediscriminarea²⁰¹ sau principiile TFUE²⁰² care au scopul de a oferi ofertanților posibilitatea de a verifica dacă aceste principii sunt respectate.²⁰³ Scopul transparenței este acela de a proteja ofertanții împotriva arbitrarității autorității contractante.²⁰⁴

În contextul UE, principiul transparenței nu include numai obligația publicării prealabile a anunțului de participare²⁰⁵ ci și pe aceea de publicare prealabilă a criteriilor de selecție²⁰⁶ și a criteriilor de atribuire.²⁰⁷ *"Principiul transparenței implică faptul că toate condițiile și regulile detaliate ale procedurii de atribuire trebuie redactate într-o manieră clară, precisă și neechivocă în cadrul anunțului sau al documentelor contractului, astfel încât, în primul rând, toți ofertanții informați într-o manieră rezonabilă care dau dovadă de diligență să înțeleagă semnificația exactă a acestora și să le interpreteze în același fel și, în al doilea rând, autoritatea contractantă să poată stabili dacă ofertele depuse îndeplinesc criteriile aplicabile contractului respectiv".*²⁰⁸ Autoritatea contractantă trebuie de asemenea să-și motiveze deciziile.²⁰⁹

Exemple

Informațiile cu privire la licitațiile anunțate trebuie să fie accesibile tuturor ofertanților, în funcție de procedura de achiziție, și trebuie să cuprindă toate cerințele relevante. Dacă autoritatea contractantă încalcă această obligație, organismul jurisdicțional trebuie să anuleze întreaga licitație.

Autoritatea contractantă solicită ca produsele ce urmează a fi furnizate să poarte marcajul CE, pentru a demonstra conformitatea cu Directiva privind dispozitivele medicale. O ofertă este respinsă deoarece medicii afirmă că aceasta este insuficientă, chiar dacă poartă marcajul CE. Organismul jurisdicțional trebuie să anuleze decizia cu privire la respingerea ofertei respective deoarece produsul îndeplinește cerințele prevăzute în caietul de sarcini.²¹⁰

¹⁹⁸ Decizia CEJ din data de 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca (C-243/89, ECR 1993 p. I-3.353).

¹⁹⁹ Decizia CEJ din data de 7 decembrie 2000, Telaustria (C-324/98, ECR 2000, p. I-10.745), paragraf 62.

²⁰⁰ Decizia CEJ din data de 29 martie 2012, SAG Slowensko (C-599/10, încă nepublicată în ECR) paragraf 25.

²⁰¹ Decizia CEJ din data de 22 aprilie 2010, Comisia/Spania (C-423/07, ECR 2010, p. I-3.429) paragraf 75.

²⁰² Decizia CEJ din data de 9 septembrie 2010, Engelmann (C-64/08, ECR 2010 p. I-8.219) paragraf 49.

²⁰³ Decizia CEJ din data de 18 noiembrie 1999, Unitron Scandinavia și 3-S (C-275/98, ECR 1999, p. I-8.291) paragraf 31;

²⁰⁴ Decizia CEJ din data de 10 februarie 1982, Transporoute (76/81, ECR 1982, p. 417).

²⁰⁵ Decizia CEJ din data de 6 aprilie 2006, ANAV (C-410/04, ECR 2006, p. I- 3.303) paragraf 22.

²⁰⁶ Decizia CEJ din data de 18 octombrie 2001, SIAC Construction (C-19/00, ECR 2001, p. I-7.725) paragrafele 21 și 43.

²⁰⁷ Deciziile CEJ din data de 20 septembrie 1988, Beentjes (31/87, ECR 1988, p. 4.635) paragrafele 31 și 36; din data de 26 septembrie 2000, Comisia/Franța (C- 225/98, ECR 2000, p. I-7.445) paragraf 51 și din data de 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, ECR 2002, p. I-7.213) paragraf 62.

²⁰⁸ Decizia CEJ din data de 10 mai 2012, Comisia/Olanda (C-368/10, încă nepublicată în ECR) paragraf 109.

²⁰⁹ Deciziile CEJ din data de 18 iunie 2002, HI (C-92/00, ECR 2002, p. I-5.553) paragraf 45, și din data de 11 ianuarie 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, p. I-1) paragraf 39.

²¹⁰ Decizia CEJ din data de 14 iunie 2007, Medipac – Kazantzidis (C-6/05, ECR 2007, p. I-4.557)

7.3.2.1.4 Proportionalitate

Din perspectiva UE, cerințele selectate pentru calificarea în cadrul licitației trebuie să fie adecvate pentru obiectul licitației. La evaluarea proporționalității criteriilor de calificare ale licitației, organismul jurisdicțional trebuie să analizeze dacă acestea sunt adecvate pentru licitația respectivă și nu dacă sunt adecvate în general.

Exemplu

E posibil ca o licitație pentru furnizarea de servicii de curățenie să nu necesite drept criteriu de calificare o referință cu o valoare care depășește în mod considerabil valoarea licitației. În cazul în care organismul jurisdicțional constată că criteriul de calificare încalcă principiul proporționalității, acesta trebuie să anuleze acest criteriu sau să anuleze întreaga licitație dacă existența acestui criteriu ar putea afecta în mod semnificativ numărul participanților la licitație.

În momentul aplicării principiilor fundamentale, organismul jurisdicțional va avea în vedere tipul procedurii pentru atribuirea unui contract, modalitatea de publicare a anunțului de participare la procedura de atribuire, criteriile de calificare și selecție, tipul lucrărilor, serviciilor sau bunurilor ce urmează a fi furnizate în baza procedurii pentru atribuirea contractului și caracterul material al legislației privind achizițiile publice care se pretinde a fi încălcată.

7.3.2.2 Luarea în considerare doar a factorilor relevanți

Atunci când fac alegeri, membrii organismelor jurisdicționale trebuie să aibă în vedere numai factorii relevanți. Cu alte cuvinte, acei factori care sunt în concordanță cu scopul și textul legii. Membrii organismelor jurisdicționale nu trebuie să țină seama de factori inadecvați sau irevanți.²¹¹ La examinarea contestațiilor, organismul jurisdicțional trebuie să abordeze faptele aferente procedurii respective de achiziție. Acesta nu trebuie să țină seama de niciun fel de informații legate de tranzacțiile anterioare cu autoritatea contractantă sau cu contestatorul. Acesta trebuie să aibă în vedere părțile la procedura de soluționare care încearcă să adauge factori irevanți pentru a distrage atenția de la factorii relevanți.

7.3.2.3 Furnizarea de argumente logice pentru utilizarea puterii discreționare

Organismul jurisdicțional trebuie de asemenea să-și bazeze deciziile pe materiale care pot fi demonstrate logic și care oferă motive pentru deciziile sale.^{212, 213, 214} În situația în care organismul jurisdicțional trebuie să decidă între anularea întregii licitații și anularea uneia sau a două cerințe ale licitației, probe și/sau argumente care conduc la decizia sa trebuie prezentate. Aceste motive trebuie să fie clare și rezonabile și să fie furnizate într-o manieră transparentă.

7.3.2.4 Consecvență

Cazurile similare trebuie tratate în același mod. Nu trebuie să existe discriminare între persoane bazate pe considerente irelevante.²¹⁵ Organismul jurisdicțional trebuie să urmeze propria practică dacă au fost emise decizii anterioare conform legii.

²¹¹ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 53.

²¹² B. McLachlin, Rules and Discretion in the Governance of Canada (Reguli și putere discreționară în administrația din Canada), 56 Sask L. Rev., 1992, p. 173.

²¹³ Exercising discretion, Guiding Development - Practice Notes (Exercitarea puterii discreționare, elaborarea ghidului – note de ordin practic), New South Wales, 2001, p. 3.

²¹⁴ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 53.

²¹⁵ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 53.

Exemplu

Dacă organismul jurisdicțional decide reincluderea unui ofertant exclus în procedura de licitație, motivele pentru reincluderea ofertantului trebuie să se aplice tuturor ofertanților care au depus contestații bazate pe motive similare împotriva deciziei de excludere a ofertantului din procedura de licitație datorită 'preinsei' neîndepliniri de către acesta a criteriilor de calificare.

7.3.2.5 Ignorarea ideilor personale preconcepute

Puterea discreționară trebuie exercitată cu bună credință. Reprezintă rea credință situația în care un membru al organismului jurisdicțional face abstracție de limitele prevăzute mai sus în scopuri inadecvate. De exemplu, dacă un membru al care își exercită puterea discreționară este influențat de presiuni externe sau de sentimente personale față de o parte, alegerea sa se va face nu doar pe baza unui factor irelevant ci și cu rea credință.²¹⁶ La examinarea contestațiilor, organismul jurisdicțional trebuie să analizeze faptele procedurii respective de achiziție.

7.3.2.6 Alegerea uneia dintre opțiuni

Posibilitatea de a face uz de puterea discreționară nu trebuie pierdută din vedere. Membrul organismului jurisdicțional trebuie să selecteze una dintre opțiunile pe care le are la dispoziție.²¹⁷

7.3.2.7 Analizarea fiecărei opțiuni

Un membru al organismului jurisdicțional trebuie să analizeze toți factorii care sunt relevanți în momentul în care decide asupra opțiunii care trebuie aleasă în baza puterii discreționare. Membrul nu trebuie să-și restrângă propria putere discreționară. Atâta vreme cât legislația conferă organismului jurisdicțional o opțiune, acesta nu trebuie niciodată să refuze să analizeze fiecare dintre aceste opțiuni.²¹⁸

7.3.2.8 Prevalența legalității asupra consecvenței

Alte opțiuni trebuie de asemenea avute în vedere, chiar dacă acest lucru conduce la o situație în care organismul jurisdicțional nu este consecvent la luarea propriilor decizii. De exemplu, datorită faptului că în trecut organismul jurisdicțional s-a axat mai mult pe una dintre opțiuni și nu a analizat în mod real celelalte opțiuni pe care le avea la dispoziție.

Mai mult decât atât, organismul jurisdicțional trebuie să fie consecvent în abordarea relației sale cu o autoritate contractantă care nu furnizează documentația licitației pentru soluționare în timp util. Cu toate acestea, în cazul în care apar factori specifici - de exemplu, autoritatea contractantă a refuzat în mod expres să pună documentația la dispoziția organismului jurisdicțional – acesta ar putea alege o altă opțiune dacă aceasta este prevăzută de lege.

7.3.2.9 Consultări cu colegii

Chiar dacă fiecare caz este repartizat unui membru individual al organismului jurisdicțional, procesul decizional intern trebuie să includă discuții cu toți membrii înainte de adoptarea unei decizii finale pe fond. Se recomandă membrilor să se consulte între ei cu privire la opțiuni pentru a evalua diferitele opțiuni în conformitate cu scopul legii și cu scopul secțiunii specifice care trebuie abordată.

²¹⁶ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 54.

²¹⁷ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p 54.

²¹⁸ Adaptat în scopul prezentului manual pe baza lucrării Exercise of Discretion in Administrative Decision-Making (Exercitarea puterii discreționare în procesul decizional administrativ), Avocatul poporului pentru Australia de Vest, 2009, p. 4.

7.4 Măsuri ce trebuie avute în vedere la exercitarea puterii discreționare²¹⁹

1. **Stabilirea faptului dacă organismul jurisdicțional deține o asemenea putere.** Verificați legislația relevantă pentru a vă asigura de faptul că membrul organismului jurisdicțional deține prerogative de a acționa sau de a adopta decizia.

2. **Respectarea procedurilor statutare și administrative.** Este important ca membrii organismelor jurisdicționale care sunt responsabili de exercitarea puterii discreționare să respecte procedurile statutare și administrative. De exemplu, e posibil să existe pre-condiții pentru exercitarea puterii discreționare, cum ar fi solicitarea de probe legate de contestație sau consultări între membri în cadrul ședinței consiliului de administrație.

3. **Colectarea informațiilor și stabilirea faptelor.** Înainte de exercitarea puterii discreționare, este necesară colectarea de informații și stabilirea faptelor. Unele fapte pot fi prezentate odată cu contestația, în timp ce altele ar putea fi obținute prin solicitări de informații și investigații.

4. **Evaluarea probelor.** Este important să se evalueze și aprecieze ponderea probelor pentru a se determina considerentele relevante și faptele principale. Un factor principal este acela a cărui prezență sau absență poate afecta decizia. Probele trebuie să fie relevante pentru aspectele aduse în fața organismului jurisdicțional, precum și exacte, astfel încât să se poate stabili orice fapte materiale. La evaluarea probelor, membrul trebuie să facă abstracție de considerentele irelevante.

5. **Analiza standardului de probă care trebuie aplicat.** Organismul jurisdicțional trebuie să țină seama de faptul că părțile la procedura de soluționare trebuie să dovedească faptele care constituie baza plângerilor acestora.

6. **Îndeplinirea atribuțiilor în mod rezonabil, echitabil și fără conflicte de interese.** Membrii organismelor jurisdicționale trebuie să acționeze în mod rezonabil în cadrul proceselor de activitate sau decizionale. Aceștia trebuie să acționeze cu imparțialitate și nu trebuie să se ocupe de aspecte care constituie un conflict real sau aparent de interese.

7. **Respectarea regulilor de echitate procedurală.** Înainte de a acționa sau decide, membrilor organismului jurisdicțional li se poate cere să asigure echitate procedurală oricărei persoane care ar putea fi afectată în mod negativ de rezultat.

8. **Analizarea fondului cauzei și adoptarea deciziei.** Chiar dacă pot exista politici, decizii și hotărâri judecătorești anterioare care să ofere îndrumare membrilor organismului jurisdicțional, este totuși important să se analizeze fondul contestației și să se adopte o hotărâre cu privire la problema supusă analizei.

9. **Motivarea deciziilor.** Membrii organismelor jurisdicționale trebuie să își motiveze deciziile.

10. **Crearea și menținerea evidențelor.** Este esențial să fie create și menținute evidențe cu privire la aspectele care au fost avute în vedere în cadrul procesului, la ponderea acordată probelor și la motivele care au stat la baza deciziilor.

7.5 Exercițarea puterii discreționare în situații practice

Unui organism jurisdicțional i se acordă de obicei putere discreționară într-o serie de situații principale precum:

- cu privire la **dispozițiile interimare**;

²¹⁹ De exemplu, anularea procedurii de atribuire a contractului, evaluarea ofertelor, condițiile contractuale sau criteriile de calificare.

- stabilirea **problemelor** ridicate în cadrul contestațiilor;
- deciziile cu privire la organizarea de **audieri orale**;
- deciziile cu privire la solicitarea de **probe** din partea unui expert sau a unei autorități locale sau de stat;
- cu privire la **remediile** pentru încălcarea legislației privind achizițiile publice.²²⁰

7.5.1.1 Punerea în balanță a intereselor

7.5.1.1.1 Prejudicii sau daune iminente

Care dintre prejudiciile sau daunele contestatorului sunt iminente și necesită o dispoziție interimară pentru suspendarea acestora până în momentul în care organismul jurisdicțional decide asupra cazului?

Exemple

- *Autoritatea contractantă a emis o decizie privind atribuirea contractului. După expirarea termenului de așteptare, autoritatea contractantă poate atribui contractul. Contestația nu are un efect suspensiv asupra procedurii de achiziție. Contestatorul se confruntă cu prejudiciul de a pierde contractul. Prin urmare, este necesar ca autoritatea contractantă să fie împiedicată să atribuie contractul. În caz contrar, procedura de soluționare ar putea deveni ineficientă, deoarece organismul jurisdicțional nu are competența de a anula decizia privind atribuirea contractului după emiterea acesteia. Prin urmare, acesta va interzice autorității contractante, cel puțin, să încheie contractul.*
- *Autoritatea contractantă a emis o decizie cu privire la respingerea ofertei unui candidat. Până în prezent, nu a existat nicio decizie referitoare la atribuirea contractului. Contestatorul nu se confruntă cu prejudiciul de a pierde contractul, deoarece autoritatea contractantă trebuie să emită decizia privind atribuirea contractului, pe care va trebui să o comunice contestatorului și împotriva căreia contestatorul va avea posibilitatea de a acționa. Prin urmare, emiterea unor măsuri interimare la această etapă a procedurii de achiziție nu este necesară.*

7.5.1.1.2 Șansele de succes ale contestației

În cazul în care este evident că contestatorul nu va avea câștig de cauză cu privire la contestație, organismul jurisdicțional trebuie să facă o evaluare prealabilă a contestației, pentru a vedea dacă contestatorul poate avea câștig de cauză pe fond. Dacă nu există nicio șansă ca contestația să fie câștigată, organismul jurisdicțional nu trebuie să emită o dispoziție interimară.

Exemplu

Autoritatea contractantă a dorit să achiziționeze echipament pentru spitale. Candidatul a oferit produse folosite în loc de produse noi. Autoritatea contractantă a respins oferta sa. Candidatul a solicitat măsuri interimare. Dacă există o clauză în documentele contractului care prevede produse noi în loc de produse folosite – care au fost cele oferite de candidat – și nu sunt permise variantele fără licitație care îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini, contestația nu are nicio șansă de câștig. Organismul jurisdicțional poate ține seama de această împrejurare în momentul în care decide cu privire la măsurile interimare.

7.5.1.1.3 Interesele părților

Organismul jurisdicțional va stabili interesele părților. De exemplu:

- care sunt interesele contestatorului legate de dispunerea unor măsuri interimare?
- care sunt interesele autorității contractante legate de continuarea procedurii de achiziție?
- care sunt interesele celorlalte părți legate de dispunerea sau nedispunerea unor măsuri interimare?

²²⁰ De exemplu, pentru a anula procedura de atribuire a contractului, evaluarea ofertelor, condițiile contractului sau criteriile de calificare.

- există interese publice vizate și sunt acestea diferite de cele ale autorității contractante?

Organismul jurisdicțional va cântări aceste interese și șansele de câștig ale contestației pentru a decide dacă va dispune măsuri interimare. Dacă organismul jurisdicțional decide că nu va dispune măsuri interimare, acesta poate omite etapele 2 și 3 la exercitarea puterii sale discreționare.

Exemple

- *Autoritatea contractantă a emis o decizie privind atribuirea contractului în favoarea lui B. Contestatorul A are un interes de a câștiga contractul. Contestatorul depune o contestație și o combină cu o solicitare de măsuri interimare. Contestația acestuia pare să fie fondată. Nu există interese publice speciale care ar impune încheierea rapidă a contractului însă există un interes public de a identifica cea mai bună ofertă în conformitate cu caietul de sarcini al contractului și cu legea. Prin urmare, interesele contestatorului legate de dispunerea unor măsuri interimare prevalează asupra intereselor autorității contractante de atribuire a contractului. Organismul jurisdicțional trebuie să interzică autorității contractante să atribuie contractul.*
- *Autoritatea contractantă demarează o procedură de achiziție prin transmiterea documentelor contractului către candidați. Un candidat constată că documentele contractului conțin prevederi discriminatorii. Prin urmare, candidatul depune o plângere la autoritatea competentă și solicită măsuri interimare. Interesul său constă din participarea la o procedură de achiziție legală. Candidatul dorește să depună o ofertă în baza documentelor legale ale contractului. Cu toate acestea, termenul pentru depunerea ofertelor curge și va expira înainte ca organismul jurisdicțional să poată decide. Candidatul are fără îndoială un interes ca măsurile interimare să fie dispuse, deoarece acestea îi oferă posibilitatea de a depune o ofertă în baza documentelor legale ale contractului. Dat fiind faptul că contestația candidatului pare întemeiată, organismul jurisdicțional trebuie să dispună măsuri interimare, deoarece interesul candidatului de a participa la o procedură de achiziție legală prevalează asupra interesului autorității contractante de a continua procedura de achiziție. Măsurile constau din interdicția impusă autorității contractante de a deschide ofertele și din suspendarea termenului pentru depunerea ofertelor. Această soluție nu impune contestatorului să depună o ofertă pe baza documentelor contractului pe care contestatorul le consideră discriminatorii. După încheierea procedurii de soluționare, contestatorul va avea timp să depună o ofertă.*
- *Autoritatea contractantă achiziționează vaccinuri deoarece aceasta anticipează o pandemie. Un ofertant consideră documentele contractului discriminatorii și acționează împotriva acestora. Autoritatea contractantă răspunde la solicitarea ofertantului de măsuri interimare în regim de urgență pentru a demara vaccinarea în vederea protejării populației împotriva pericolului epidemic. În cazul în care pericolul epidemic este întemeiat, organismul jurisdicțional nu trebuie să dispună măsuri interimare, datorită existenței interesului public de a proteja viața și sănătatea populației, iar acest interes prevalează asupra interesului contestatorului.*

7.5.1.2 Măsuri necesare și adecvate

Organismul jurisdicțional trebuie să identifice acele măsuri care sunt necesare pentru evitarea producerii de prejudicii sau daune.. Organismul jurisdicțional poate dispune orice măsură care poate contribui la atingerea acestui obiectiv. Totuși, aceste măsuri trebuie să fie adecvate pentru fiecare situație în parte și depind de stadiul procedurii de achiziție și de poziția ofertantului. Măsurile trebuie să fie cel mai puțin împovărătoare pentru autoritatea contractantă.

Exemple

- *Contestatorul depune o plângere împotriva deciziei privind atribuirea contractului. Următoarea etapă de urmat de către autoritatea contractantă ar fi cea de încheiere a contractului. Măsura adecvată este aceea de a i se interzice autorității contractante să încheie contractul.*

- *Candidatul dorește o verificare a documentelor licitației. Termenul pentru depunerea ofertelor va expira înainte ca organismul jurisdicțional să fi decis. Măsura necesară este aceea de a interzice autorității contractante să deschidă ofertele și de a suspenda termenul pentru depunerea ofertelor astfel încât aceasta să continue după finalizarea procedurii de soluționare.*
- *Candidatul acționează împotriva deciziei autorității contractante de a nu-l invita să depună o ofertă pentru cea de a doua etapă a procedurii negociate. Pentru menținerea șanselor sale de participare deschise și pentru a acorda tuturor ofertanților același termen pentru întocmirea ofertelor, organismul jurisdicțional trebuie să interzică autorității contractante să invite ofertanții să depună oferte. Măsura necesară este aceea de a interzice autorității contractante să invite candidații să depună oferte. Aceasta va fi cea mai puțin împovărătoare măsură, deoarece este singura măsură care asigură atingerea obiectivului și care îi dă în același timp posibilitatea autorității contractante de a-și revizui și revoca decizia.*

7.5.1.3 Termenul pentru dispunerea măsurilor interimare

Termenul pentru care organismul jurisdicțional dispune măsuri interimare trebuie stabilit prin ordinul relevant. Termenul trebuie să fie suficient pentru a acoperi procedura de soluționare. Prin urmare, termenul trebuie stabilit fie pe perioada în care organismul jurisdicțional va trebui să decidă asupra cazului fie pur și simplu până la încheierea procedurii de soluționare.

7.5.2 Stabilirea problemelor cuprinse în contestație

Stabilirea problemelor este cea mai importantă parte a procesului decizional, deoarece stabilește factorii care vor fi cruciali pentru organismul jurisdicțional în scopul soluționării contestației. Cu alte cuvinte, 'problemele' reprezintă substanța reală a disputei dintre contestator și autoritatea contractantă. Organismul jurisdicțional va trebui să identifice obiectul disputei. Chiar dacă organismul jurisdicțional nu-și exercită puterea discreționară în baza definiției din Recomandare, dat fiind faptul că organismul jurisdicțional nu alege dintre mai multe opțiuni pe care le are la dispoziție atunci când stabilește problemele ridicate de contestație, organismul jurisdicțional trebuie să aplice unele principii aplicabile ca atare puterii discreționare.

În contestație și în răspunsul către contestator, părțile vor declara aspectele pe care le consideră problematice în cadrul procedurii de soluționare a contestației. Stabilirea problemelor ridicate în contestație este un drept al organismului jurisdicțional, iar controlul efectuat de acesta nu va fi restrâns doar la problemele ridicate prin contestație. În acest sens, menționăm că în conformitate cu Codul Administrativ procedura administrativă este guvernată de principiul cercetării din oficiu stipulat la art.22, care presupune că autoritățile publice cercetează starea de fapt din oficiu. Acestea stabilesc felul și volumul cercetărilor și nu sînt legate nici de expunerile participanților, nici de cererile lor de reclamare a probelor.

De asemenea art.85 Cod Administrativ prevede că în cadrul investigării stării de fapt participanții la procedura administrativă sînt obligați să colaboreze cu autoritatea publică și să indice asupra probelor și faptelor care le sînt cunoscute, să prezinte documentele pe care le dețin. Autoritatea publică trebuie să stabilească din oficiu aspectele de fapt ale cazului care fac obiectul procedurii, fără a se limita la dovezile și afirmațiile participanților. Pentru aceasta, autoritatea publică stabilește scopul investigațiilor necesare și felul acestora.

Cu toate acestea, organismul jurisdicțional este limitat de împrejurările fiecărei proceduri pentru atribuirea unui contract și de legislația din domeniul achizițiilor publice. Acesta va trebui să aprecieze ce este relevant pentru a decide cu privire la contestație. Organismul jurisdicțional va trebui să evalueze cu atenție dacă acțiunile și deciziile autorității contractante atacate prin contestație încalcă legislația din domeniul achizițiilor publice sau dacă procedura de achiziție a încălcat legislația din domeniul achizițiilor publice într-un mod care nu este menționat prin contestație. În orice caz, organismul jurisdicțional trebuie să își justifice în mod clar concluzia. O asemenea evaluare nu trebuie să fie arbitrară și trebuie aplicată în mod consecvent în cadrul tuturor procedurilor de soluționare a contestațiilor.

7.5.3 Decizia cu privire la audierile orale

Potrivit articolului 6 din CEDO, organismul jurisdicțional trebuie să organizeze audieri orale (vezi și Capitolul 2).²²¹ Cu toate acestea, audierile orale nu sunt întotdeauna necesare și pot fi omise în anumite cazuri. În momentul în care stabilește dacă organizează sau nu o audiere orală, organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere următoarele:

- principiul privind dreptul la un **proces echitabil**. De obicei, acesta impune o audiere orală.
- **complexitatea** cazului. Dacă informațiile oferite în dosarul cauzei sunt suficiente pentru a decide asupra acesteia, organismul jurisdicțional poate decide că audierea orală poate fi omisă.
- **tipul** deciziei. Dacă decizia este una care se referă numai la aspecte procedurale, cum ar fi desemnarea unui expert extern, nu este necesară o audiere orală.
- confirmarea faptului că audierea orală este necesară pentru a **audia** părțile.
- ce poate **obține** organismul jurisdicțional din audierea orală a părților? Audierile orale trebuie comparate cu probele depuse în mod tradițional în scris.
- este necesară audierea **martorilor**?
- expertul și-a depus **raportul de expertiză** și trebuie să-l susțină în fața părților?
- există un impact asupra **termenelor procedurale** care trebuie respectate de organismul jurisdicțional? Sau pare mai importantă protecția principiului privind dreptul la un proces echitabil decât efectuarea unei proceduri rapide?

Motivele pentru neorganizarea unei audieri orale într-un anumit caz trebuie formulate în mod clar și trebuie să țină seama de toate aspectele relevante.

7.5.4 Decizia cu privire la solicitarea de probe

Organismul jurisdicțional trebuie întotdeauna să aibă în vedere dacă standardul probei a fost îndeplinit și dacă se poate emite o decizie motivată corespunzător și echitabilă în baza faptelor care stau la dispoziția organismului jurisdicțional. Legislației naționale îi revine rolul de a prevedea standardele de probă. Cu toate acestea, organismul jurisdicțional se poate baza pe doctrina generală utilizată în cele mai multe state de drept continental și de drept anglo-saxon care stabilește două standarde ale probei:

Dovezi clare și convingătoare. Probele care indică faptul că aspectul care trebuie dovedit este foarte probabil sau "probabil cert". Aceasta este o sarcină cu o forță mai mare decât preponderența probelor, standardul aplicat în cele mai multe proceduri civile, însă cu o forță mai mică decât cea a dovedirii dincolo de orice îndoială rezonabilă – standardul normal aplicat în procedurile penale.

Astfel cum rezultă din cele de mai sus, organismul jurisdicțional poate solicita orice probe, inclusiv declarația unui expert, sau orice informații ori documente de la autorități sau de la părțile la procedura de soluționare. Cu toate acestea, organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere relevanța probelor, precum și timpul și costurile legate de obținerea acestora în momentul în care decide dacă și ce probe trebuie solicitate.

Dacă organismul jurisdicțional trebuie să răspundă la întrebări care necesită cunoștințe specializate, pe care membrii nu le dețin, acesta va trebui să consulte un expert. Organismul jurisdicțional va trebui să adreseze întrebări persoanelor implicate în procedura de achiziție în calitate de martori în cazul în care apar întrebări la care poate răspunde doar un expert. Dacă ofertanții au avut obligația de a depune eșantioane și calitatea acestor eșantioane este adusă în discuție, organismul acesta va trebui să verifice aceste eșantioane.

Chiar dacă colectarea de probe suplimentare va conduce la un interval de timp și costuri suplimentare în legătură cu procedura, organismul jurisdicțional trebuie să le solicite în măsura în care acestea vor contribui la îmbunătățirea calității deciziei și, adesea, aceasta este singura modalitate de a afla faptele necesare pentru

²²¹ Legea națională prevede expres că părțile pot solicita depunerea de concluzii orale în fața Agenției Naționale pentru Soluționarea Contestațiilor (art.85, alin.(6) din Legea privind achizițiile publice).

luarea deciziei.

Înainte de a desemna un expert, organismul jurisdicțional trebuie să audieze părțile. Acestea trebuie să aibă posibilitatea de a da o declarație cu privire la expert și la întrebările adresate de organismul jurisdicțional. Cu toate acestea, rămâne la latitudinea organismului jurisdicțional de a decide dacă are nevoie de un expert.

Exemplu

- *Autoritatea contractantă dorește să găsească un operator economic care se ocupă de dragarea râurilor. Sunt depuse numai două oferte. O ofertă este din partea unui grup de ofertanți care controlează peste 90% din piața relevantă. Pentru a vedea dacă aceștia sunt capabili să execute contractul singuri sau în grupuri mai mici, autoritatea contractantă are nevoie de opinia unui expert care cunoaște și înțelege activitatea și piața relevantă.*
- *Contestatorul susține că oferta care a fost propusă pentru câștigarea contractului prevede prețuri anormal de mici. Cum niciunul dintre membrii organismelor jurisdicționale nu dispune de cunoștințele necesare cu privire la piață, va trebui consultat un expert în vederea verificării prețurilor oferite.*
- *Contestatorul susține că referințele desemnate în cadrul celei mai bune oferte nu pot fi corecte și că persoana nu a îndeplinit toate sarcinile prevăzute. Cea mai simplă modalitate de a afla constă din audierea persoanei respective în calitate de martor.*

Exemplu din Republica Moldova

Autoritatea contractantă a stabilit specificații restrictive față de unitatea de alimentare a calculatorului (max. 150W). ANSC a solicitat de la autoritatea contractantă să prezinte o listă de producători care ar produce calculatoare cu asemenea unitate de alimentare și conforme cu specificațiile tehnice solicitate. Autoritatea contractantă a prezentat o listă de producători, care însă aveau produse care corespundeau cerinței unității de alimentare nu și celorlalte specificații tehnice. ANSC a concluzionat că cerința față de unitatea de alimentare a calculatorului (max. 150W) artificial restrânge concurența.²²²

7.5.5 Deciziile cu privire la remedii

Organismul jurisdicțional dispune de puterea discreționară de a interpreta documentele contractului. Cu toate acestea, organismul jurisdicțional deține anumite puteri discreționare de a decide cu privire la tipul de remediu aplicabil. Organismul jurisdicțional trebuie să țină seama de mai multe elemente atunci când decide cu privire la un anumit remediu ce urmează a fi aplicat. Elementele principale constau din deciziile autorității contractante care au fost contestate, stadiul procedurii de achiziție afectat de pretinsa încălcare a legislației din domeniul achizițiilor publice și gravitatea încălcării. Pe lângă problema legalității, organismul jurisdicțional va trebui să adreseze întrebări referitoare la relevanța încălcării legii pentru rezultatul procedurii de achiziție.

Exemplu

Contestatorul s-a clasat pe locul al treilea în cadrul procedurii de achiziție. Contestatorul a susținut că ofertele care s-au clasat pe locurile întâi și al doilea ar fi trebuit respinse. Autoritatea contractantă a comis o eroare la evaluarea ofertelor. Oferta care s-a clasat pe locul al doilea ar fi trebuit respinsă însă oferta care s-a clasat pe locul întâi îndeplinea cerințele stabilite de documentele licitației.

Chiar dacă autoritatea contractantă a încălcat legislația din domeniul achizițiilor publice prin nerespingerea ofertei care s-a clasat pe locul al doilea, această ilegalitate nu are niciun efect asupra rezultatelor procedurii de

²²² Decizia ANSC nr. 03D-108-21 din 25.02.2021.

achiziție deoarece oferta căreia îi va fi atribuit contractul va rămâne în continuare, iar autoritatea contractantă va încheia contractul cu ofertantul propus.

7.6 Rezumat

Membrii organismelor juridictionale dețin prerogativa de a decide și a acționa în conformitate cu propriile decizii sau cu opțiunea aleasă cu privire la un anumit caz. Această putere discreționară este acordată datorită faptului că, așa cum s-a dovedit în practică, aplicarea legii la faptele cauzei nu a oferit în toate cazurile răspunsul corect. Prin urmare, puterea discreționară este acordată organismelor juridictionale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor publice pentru ca acestea să beneficieze de un grad de libertate care le dă posibilitatea membrilor organismelor juridictionale să aleagă dintre mai multe decizii admisibile din punct de vedere legal pe cea mai potrivită. În plus, la implementarea acestor principii, e posibil să fie necesar a se stabili care dintre posibilele aplicări ale legii este cea mai echitabilă și mai rezonabilă în raport cu circumstanțele particulare ale cazului în discuție.

Atunci când un organism juridictional își exercită prerogativele de putere discreționară în considerarea uneia dintre recomandări, acesta trebuie să țină seama de/să respecte o serie de principii înainte de a trage concluzii și de a face o recomandare. Setul de principii este oferit pentru a garanta faptul că organismul juridictional: nu urmărește alt scop decât cel pentru care i-a fost conferită puterea; respectă obiectivitatea și imparțialitatea – ținând seama doar de factorii relevanți ai unui anumit caz; respectă principiul egalității în fața legii prin evitarea discriminării inechitabile; menține un echilibru corespunzător între orice efecte negative pe care decizia sa le-ar putea avea asupra drepturilor, libertăților sau intereselor persoanelor și scopul urmărit de aceasta; adoptă deciziile într-un termen rezonabil raportat la problema care se află în discuție; și aplică orice linie directoare administrative generale într-o manieră consecventă, ținând seama în același timp de circumstanțele particulare ale cazului.

În plus, mai multe recomandări de ordin general au fost sugerate organismului juridictional pentru consultare și utilizare curentă la îndeplinirea atribuțiilor sale. Membrii organismelor juridictionale de soluționare a contestațiilor din domeniul achizițiilor li se recomandă: să respecte scopul statutar; să țină seama doar de factorii relevanți atunci când fac alegeri; să furnizeze argumente logice pentru folosirea puterii discreționare; să fie consecvenți în ceea ce privește cazurile similare care trebuie tratate în același mod; să facă abstracție de ideile personale preconcepționate; să analizeze fiecare opțiune disponibilă și să selecteze o opțiune; precum și să se consulte cu colegii înainte de a ajunge la o decizie finală.

Mai mult decât atât, organismul juridictional trebuie să aibă în vedere mai multe măsuri logice la exercitarea puterii discreționare. Scopul acestor măsuri este acela de a oferi o listă de verificare după care trebuie să se călăuzească membrii organismelor juridictionale la exercitarea puterii discreționare. Aceste măsuri încep cu încurajarea organismului juridictional de a verifica legislația relevantă, pentru a se asigura că deține prerogative de a acționa și de a lua decizia în cauză și că respectă procedurile statutare și administrative publicate. Organismul juridictional trebuie de asemenea să colecteze informațiile relevante, să stabilească faptele cauzei și să analizeze și să evalueze probele colectate și faptele principale identificate.

Organismul juridictional trebuie de asemenea să țină seama de standardul probei care trebuie aplicat și să acționeze într-o manieră rezonabilă și echitabilă și fără conflicte de interese, respectând în același timp regulile de echitate procedurală. În plus, organismul juridictional trebuie să țină seama de fondul cauzei și să adopte decizia pe baza unei motivări a acesteia. Crearea și menținerea evidențelor referitoare la aspectele avute în vedere în cadrul procesului și ponderea acordată probelor, precum și motivele care au stat la baza deciziei sunt elemente esențiale în cadrul procesului.

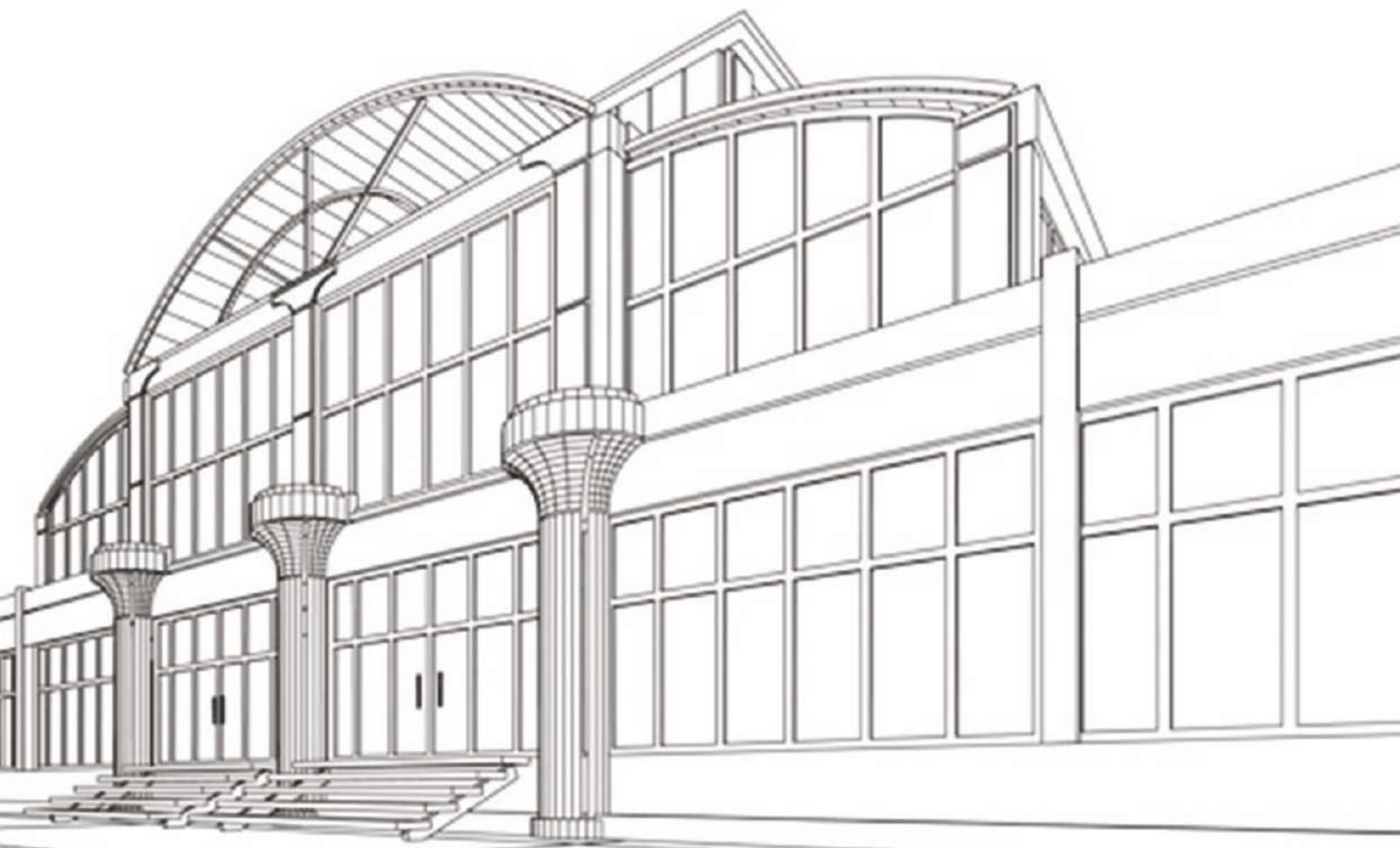
Mai mult decât atât, fiecărui organism juridictional îi este acordată putere discreționară într-o serie de situații principale. Printre acestea se numără: decizia cu privire la emiterea unei dispoziții interimare; stabilirea problemelor ridicate de contestații; decizia cu privire la organizarea unei audieri orale; decizia privind solicitarea de probe din partea unui expert sau a unei autorități locale sau de stat; și, cu privire la remediile

pentru încălcarea legislației privind achizițiile publice - de exemplu, anularea procedurii pentru atribuirea unui contract, evaluarea ofertelor, a condițiilor contractuale sau criteriilor de calificare.

Mai multe aspecte trebuie avute în vedere înainte de a decide asupra emiterii unei dispoziții interimare. Printre acestea se numără punerea în balanță a intereselor părților la procedură, stabilirea măsurilor care sunt necesare și adecvate pentru evitarea producerii oricărui prejudiciu sau oricărei daune și stabilirea perioadei de timp pentru care organismul jurisdicțional va dispune măsurile interimare și va publica dispoziția interimară. Stabilirea problemelor ridicate de o contestație reprezintă cea mai importantă parte a procesului decizional, deoarece prin aceasta se stabilesc factorii care vor fi cruciali pentru organismul jurisdicțional în scopul soluționării contestației. Cu alte cuvinte, 'problemele' respective reprezintă substanța reală a disputei dintre contestator și autoritatea contractantă.

La stabilirea organizării sau neorganizării unei audieri orale, organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere principiul privind dreptul la un proces echitabil, complexitatea cazului și dacă este într-adevăr necesar să audieze părțile. Atunci când decide cu privire la solicitarea de probe din partea unui expert sau a unei autorități locale sau de stat, organismul jurisdicțional trebuie să țină seama de faptul dacă standardul probei a fost îndeplinit și dacă se poate emite o decizie temeinic motivată și echitabilă pe baza faptelor aflate la dispoziție.

După analiza măsurilor necesare, organismul jurisdicțional trebuie să aibă în vedere momentul demarării procesului pentru adoptarea unei hotărâri, iar următoarea dificultate pentru membrii organismului jurisdicțional va fi aceea de a redacta decizia. Aceasta trebuie redactată într-un format care să dea posibilitatea prezentării și publicării sale pentru publicul larg pentru comentarii. Problema importantă a redactării deciziilor reprezintă subiectul capitolului următor.



Capitolul 8

Redactarea deciziilor

8.1 Prezentare generală

Motivarea hotărârilor are trei scopuri generale: 1) a explica cum și de ce a fost luată decizia; 2) a îmbunătăți calitatea procesului decizional în sine; și 3) a explica decizia adoptată, permițând unei instanțe ierarhic superioare să înțeleagă în mod clar motivarea. De asemenea, trebuie menționat faptul că un scop intern suplimentar este că procesul de scriere în sine ne ajută să ajungem la decizia corectă. Mai mult ca atât, în procesul de scriere toți autorii trebuie să ia în considerare cine sunt potențialii cititori.

Întocmirea și redactarea deciziilor este, fără îndoială, cea mai importantă sarcină a organismului jurisdicțional. Publicarea deciziilor evidențiază în fața publicului larg robustețea organismului jurisdicțional și competențele analitice ale membrilor săi care au condus la o concluzie echitabilă extrasă din probele prezentate și din faptele principale cu ajutorul rațiunii și logicii. Acest capitol prezintă mai multe abordări diferite ale pregătirii și redactării deciziilor. În afara unei structuri de bază a deciziei, membrii responsabili de redactarea și publicarea deciziilor trebuie să fie conștienți de necesitatea adoptării unei structuri recunoscute, să aibă cunoștință de incorporarea anumitor secțiuni alternative și diferite stiluri de scriere, precum și de metodele de revizuire a proiectelor de decizii. Aceste domenii individuale sunt analizate în detaliu în cadrul acestui capitol, cu exemple oferite pentru ilustrarea principalelor aspecte. Capitolul începe cu o prezentare generală a modalității de abordare a redactării deciziilor și continuă prin oferirea mai multor tipuri de structuri recunoscute pentru decizii.

8.2 Cum abordăm redactarea deciziilor?

Redactarea unei decizii trebuie să se realizeze sub îndrumarea și orientarea unui membru responsabil pentru aceasta al organismului jurisdicțional.

Organismului jurisdicțional este acela care va decide dacă este necesar personal suplimentar pentru această activitate. Nivelul participării personalului suplimentar poate varia de la faza de documentare și analiză juridică preliminară și până la cea a întocmirii primului proiect al deciziei. Nivelul de implicare poate depinde de complexitatea cazului și de volumul de activitate al membrilor și personalului.

Înainte de a începe redactarea deciziei, autorul/autorii trebuie să se gândească la ceea ce dorește/doresc să transmită prin decizie și la modalitatea în care trebuie comunicate aspectele. Mai mult decât atât, trebuie avută în vedere extinderea deciziei, precum și publicul căruia îi este adresată aceasta. Mai întâi, trebuie analizate și sintetizate contestația și toate declarațiile date pe parcursul procedurii de soluționare a contestației, inclusiv rezultatele audierii orale.

În al doilea rând, faptele relevante trebuie așezate în ordine iar problemele care trebuie soluționate trebuie identificate, împreună cu legislația în vigoare. În sfârșit, trebuie trasă o concluzie. Totuși, aceasta nu înseamnă că membrii organismelor jurisdicționale nu se pot răzgândi cu privire la aspectele legate de remediul aplicabil. Important este faptul că pregătirea pentru redactare este necesară pentru a oferi o bază care va servi drept schiță sau prim proiect al deciziei.

Pentru a-și organiza ideile, autorul/autorii trebuie să pregătească un rezumat al faptelor, problemelor și aspectelor importante. Cel mai potrivit moment pentru pregătirea acestui rezumat este acela la care are loc prima examinare a contestației și a documentației licației primită de la autoritatea contractantă. Acesta/aceștia ar trebui să confere deciziei materiale o ordine logică și să abordeze următoarele aspecte principale:

- problema sau problemele care face/fac obiectul soluționării contestației;
- constatările factice cu privire la problemele identificate pe baza probelor disponibile;
- stabilirea legislației aplicabile faptelor;
- aplicarea legii la fapte pentru a se ajunge la o decizie.²²³

8.3 Cum trebuie structurată decizia?

Organismul jurisdicțional trebuie să prezinte motivele care stau la baza deciziei sale, iar aceste motive trebuie să fie clare și să includă o explicație juridică și faptică a deciziei sale.

În general, o decizie bine scrisă ar trebui: 1) să fie ușor de citit; 2) să intereseze cititorului; 3) să precizeze de la bun început problemele, și nu istoria litigiului; 4) să rezolve problemele cu minim de detalii; și 5) să indică de la început direcția în care se îndreaptă.

Cu toate acestea, dat fiind faptul că scopul acestui manual este acela de a oferi membrilor organismelor jurisdicționale exemple de cele mai bune practici, sunt prezentate și descrise diferite structuri ale deciziilor. Cele trei structuri de decizie recomandate, precum și secțiunile individuale ale acestora constituie exemple de practici de redactare a deciziilor autorităților competente din domeniul achizițiilor publice din alte state. Aceste structuri ale deciziilor sunt considerate clare, concise și un exemplu excelent de structuri pentru a fi analizate de autoritățile competente din domeniul achizițiilor publice.

Exemplul 1

O structură recomandată pentru o decizie completă a autorităților competente din domeniul achizițiilor publice din statele de drept continental

- introducere;²²⁴
- identificarea problemelor ce trebuie soluționate;²²⁵
- descrierea faptelor principale ale cauzei;
- sinteza legislației în vigoare;
- analiză;²²⁶
- instrucțiuni.

Exemplu 2

Structura utilizată de CEJ și de Curtea Europeană Generală (CEG)

- cuvinte-cheie;
- părțile la procedură și alți participanți;
- componența completului;
- introducere;
- legea în vigoare;
- faptele care fac obiectul procedurii;
- întrebări adresate sau plângerea;²²⁷

²²³ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p. 152.

²²⁴ Aceasta ar trebui să includă identificarea părților, a organismului administrativ, a obiectului procedurii, a stadiului procedural al cauzei și a deciziei.

²²⁵ Chiar dacă nu există multe state care au secțiuni specifice cu privire la probleme, incorporarea acestora în decizie le dă posibilitatea părților la procedură și celorlalți ofertanți, precum și autorităților contractante să afle mai rapid care este subiectul cauzei.

²²⁶ Aplicarea legii la faptele cauzei și soluționarea problemelor.

²²⁷ Acestea vor depinde de tipul procedurii.

- admisibilitate;
- analiză;
- verdict.

Exemplul 3

Structura recomandată din partea Bundesvergabeamt, Austria.

- cuvinte-cheie;²²⁸
- organismul decizional;²²⁹
- numele și calitatea părților la procedură;
- obiectul procedurii;
- verdict;
- rezumatul contestației și al tuturor declarațiilor date pe parcursul procedurii de soluționare a contestației;
- rezumatul rezultatului audierii orale;
- faptele care fac obiectul procedurii;²³⁰
- analiză.²³¹

Aceste structuri de decizie au menirea de a oferi membrilor organismelor juridictionale o imagine cu privire la modul în care își pot structura propriile decizii. Toate structurile constau din aceleași elemente, chiar dacă ordinea acestora poate varia. În următoarele sub - secțiuni, toate aceste secțiuni/elemente structurale individuale vor fi prezentate în detaliu.

8.3.1 Introducere

Introducerea are scopul de a oferi îndrumare cititorului. Introducerea ar trebui să constituie o prezentare a cazului pe scurt, procedura de licitație contestată și obiectul juridic. În plus, în introducere ar trebui descrisă decizia care va reține încălcarea determinată de acțiunea autorității contractante, în cazul în care contestația este confirmată, sau absența încălcării pretinse de către contestator, prin indicarea contestațiilor de către organismul juridictional, și, prin urmare, o confirmare a acțiunii autorității contractante.

În plus, introducerea ar trebui să cuprindă situația procedurală și juridictională, precum și componența organismului juridictional, părțile implicate și chestiunile asupra cărora acesta trebuie să se pronunțe, cu excepția situației în care, prin prisma complexității, ar fi mai bine analizate într-o secțiune separată.²³² Introducerea ar trebui să reprezinte un rezumat al cazului sau al contestației.

Autorul deciziei nu se află în poziția de a elabora o introducere până în momentul în care nu cunoaște concluzia. Uneori, autorul nu va cunoaște care sunt aspectele, numărul aspectelor de analizat sau cum ar trebui soluționate aspectele respective până când autorul deciziei nu a făcut analiza din punct de vedere juridic a fiecărui aspect.²³³

²²⁸ Inclusiv titlul atribuit contractului și al deciziei contestate.

²²⁹ Inclusiv numele membrilor săi.

²³⁰ Acestea ar trebui să rezulte din probe, inclusiv din argumente și din motivele și modalitatea în care au rezultat faptele prezentate.

²³¹ Aceasta ar trebui să cuprindă: admisibilitatea; aspectele de ordin juridic ale plângerii – care pot fi structurate pe mai multe puncte dacă trebuie oferite răspunsuri la mai multe întrebări; decizia cu privire la costuri, fiecare structurate într-un rezumat al legislației aplicabile, modul de aplicare a legii la cauză și modalitățile de soluționare a problemelor.

²³² Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges (Redactarea motivărilor. Manual pentru judecători)*, E-M Press, 2007, p. 31.

²³³ C. Raymond, *The Architecture of Argument (Arhitectura argumentului)*, *The Judicial Review: Jurnalul Comisiei Juridice din New South Wales*, p. 49.

Este de preferat ca versiunea finală a introducerii să fie scrisă după finalizarea deciziei, atunci când membrul organismului jurisdicțional a decis cu privire aspectele, concluziile și analiza care stă la baza acestora.²³⁴

O introducere standard

„În conformitate cu secțiunea [...] din Legea nr. [...] privind achizițiile publice, cu modificările ulterioare, organismul jurisdicțional de soluționare a contestațiilor, în cadrul procedurilor demarate la data de [...] 2011, ca urmare a contestației nr. [...], depusă de către [...] în legătură cu achiziția privind „Furnizarea de servicii financiare pentru municipalitatea [...]”, având ca obiect anularea deciziei autorității contractante cu privire la evaluarea licitației ca urmare a nerespectării principiului nediscriminării, a hotărât după cum urmează:

- să admită contestația nr. [...] depusă de [...] în legătură cu achiziția privind „Furnizarea de servicii financiare pentru municipalitatea [...]”;
- să oblige autoritatea contractantă să își anuleze decizia cu privire la evaluarea licitației ca urmare a nerespectării principiului nediscriminării, care interzice aplicarea de criterii selective anumitor ofertanți.”

sau

„În conformitate cu secțiunea [...] din Legea nr. [...] privind achizițiile publice, cu modificările ulterioare, organismul jurisdicțional de soluționare a contestațiilor, în cadrul procedurii demarate la data de [...] 2011, în legătură cu contestația nr. [...], depusă de către [...] în legătură cu achiziția privind „Furnizarea de echipamente laptop, desktop și monitoare pentru agenția de stat [...]”, având ca obiect anularea cerinței din licitație ca urmare a caracterului restrictiv al acesteia, ce încalcă principiul proporționalității în materia achizițiilor publice, a hotărât după cum urmează:

- să admită contestația nr. [...] depusă de către [...] în legătură cu achiziția privind „Furnizarea de echipamente laptop, desktop și monitoare pentru agenția de stat [...]”;
- să oblige autoritatea contractantă să anuleze cerința privind un singur producător de echipamente laptop, desktop și monitoare, deoarece cerința respectivă nu este fundamentată și are un grad prea mare de restricție ca urmare a faptului că autoritatea contractantă nu a demonstrat existența unei baze rezonabile pentru această cerință, și să stabilească noi cerințe tehnice, care să corespundă nevoilor legitime ale autorității contractante.”

sau

„În conformitate cu secțiunea [...] din Legea nr. [...] privind achizițiile publice, cu modificările ulterioare, organismul jurisdicțional de soluționare a contestațiilor, în cadrul procedurii demarate la data de [...] 2011, în legătură cu contestația nr. [...], depusă de către [...] în legătură cu achiziția privind „Servicii de construcții pentru ministerul [...]”, având ca obiect anularea deciziei autorității contractante privind respingerea ofertei contestatorului din cauza pretinsului preț scăzut, a hotărât următoarele:

- să admită contestația nr. [...] depusă de către [...] în legătură cu achiziția de „Servicii de construcții pentru ministerul [...]”;
- să respingă contestația ce susține că autoritatea contractantă nu a evaluat în mod rezonabil prețul fix scăzut al contestatorului ca urmare a faptului că, în conformitate cu documentația licitației, autoritatea contractantă are dreptul de a respinge propunerea unui contestator în situația în care prețul este „nejustificat” de scăzut, ceea ce sugerează că ofertantul nu a înțeles complexitatea și riscurile programului. Iar înregistrările arată că autoritatea contractantă a analizat prețul scăzut al contestatorului și a ridicat această chestiune în discuțiile cu contestatorul.”

sau preluat din dispozițiile Curții Europene de Justiție

²³⁴ Manual de redactare de texte juridice, Centrul Judiciar Federal, 1991, p. 10.

(Achizițiile publice - Directiva 2004/18/CE - Procedură pentru atribuirea contractelor – procedură restrânsă de ofertare – evaluarea ofertei – solicitări de clarificări pentru licitație din partea autorității contractante - condiții)

În cauza C-[...],

CERERE de întrebare preliminară în temeiul articolului [...] din [instanța] ([statul membru]), a emis decizia de [...], primită la instanță în data de [...], în cadrul procedurilor [...],

împotriva
[...],

Intervenient:
[...],

INSTANȚA (Secția IV),

alcătuită din [...] (raportor), președinte de secție, [...], [...], [...] și [...], judecători,

avocat general: [...],

grefier: [...], administrator,

având în vedere procedura scrisă și în urma audierilor ce au avut loc în data de 14 decembrie 2011, după analiza observațiilor depuse în numele:

- [...], [...], prin [...], [...] și [...], avocați,
- [...], prin [...] și [...], avocați,
- [...], prin [...], în calitate de agent,
- [...], prin [...] și [...], avocați,
- Guvernul [...], prin [...], în calitate de agent,
- Comisia Europeană, prin [...] și [...], în calitate de agenți,

au hotărât, după audierea avocatului general să treacă la judecare în absența unei opinii și pronunță următoarea sentință

- Prezenta cerere de întrebare preliminară are ca obiect interpretarea articolelor [...], [...] și [...] din 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 (OJ 2004 L 134, p. 114).
- Cererea a fost formulată în cadrul acțiunii dintre [...] (Biroul de Achiziții Publice; '[...]') și agenții care nu au fost selectați în cadrul procedurii de ofertare în decursul anului 2007, reprezentați de [...] ('[...]'), societate comercială aflată în întregime sub controlul statului [...], în vederea furnizării de servicii în legătură cu colectarea taxei pentru autostrăzi și anumite drumuri."

S-au preluat din dispozițiile Instanței Europene de Drept Comun (Contracte de servicii publice – Procedura de licitație – Furnizarea de servicii de tehnologia informației – Selectarea ofertantului drept al doilea contractant în procedura de tip cascadă – Acțiune în anulare – Temeiuri pentru excluderea din procedura licitației - Conflicttele de interese – Obligația de a prezenta justificările ce au stat la baza deciziei – Eroare evidentă de evaluare – Tratat egal – Răspundere necontractuală)

În Cauza T-[...],

[...], înființată în [...], reprezentată prin [...] și [...], avocați,

în calitate de contestator,

împotriva Comisiei Europene, reprezentată inițial prin [...] și [...], în calitate de agenți, asistată de [...], avocat, și ulterior de [...], asistată de [...] și [...], avocați,

în calitate de pârâtă,

CEREREA de (i) anulare a deciziilor Comisiei din data de 17 octombrie 2008 privind selectarea ofertei contestatoarei drept al doilea contractant în cascadă pentru loturile 2 și 3 în cadrul procedurii de ofertare lansate în domeniul „Tehnologia informației pentru statistică”, privind servicii de consultanță și dezvoltare în legătură cu formatul schimbului de date statistice și meta-date ([...]) (OJ [...]), și a tuturor deciziilor conexe viitoare, inclusiv a deciziilor de atribuire a contractului către alți ofertanți, și (ii) daune-interese,

INSTANȚA DE DREPT COMUN (Secția VIII),

alcătuită din [...], președinte, [...] și [...] (raportor), judecători,

grefier: [...],

având în vedere procedura scrisă și în urma audierii [...], pronunță următoarea sentință

Elaborarea unui rezumat al sesizărilor incluse în contestație poate părea impracticabilă atunci când aspectele sunt prea numeroase sau prea complexe. În aceste situații, este recomandată evitarea formulării unui rezumat al aspectelor în introducere și analizarea acestora în secțiunea dedicată descrierii chestiunilor sau pur și simplu folosirea anumitor cuvinte-cheie privind aspectele și descrierea acestora cu un grad mai mare de detaliu în secțiunea dedicată chestiunilor respective.

La elaborarea introducerii, autorul ar trebui:

- să evite includerea de detalii excesive cu privire la date, repere temporare, spațiale și chestiuni procedurale;
- să evite prezentarea aspectelor prin propoziții lungi;
- să evite folosirea de citate din textul contestației sau alte formulări juridice;
- să facă o introducere scurtă;
- să prezinte decizia cu claritate și cu o structură vizuală ușor de urmărit.

8.3.2 Descrierea aspectelor

Stabilirea aspectelor ce trebuie soluționate reprezintă cea mai importantă parte a procesului decizional.

Modul în care sunt formulate aspectele determină situația de fapt și principiile juridice aplicabile. Membrii organismelor jurisdicționale nu au obligația de a analiza aspecte incluse în contestație în cazul în care unele dintre acestea sau toate nu sunt semnificative pentru rezultatul procedurii sau să mențină încadrarea juridică propusă de contestator.²³⁵ Membrii organismelor jurisdicționale au libertatea de a descrie aspectele după cum sunt acestea analizate, chiar dacă această nouă prezentare diferă de descrierea aspectelor făcută în contestație.

²³⁵ Manual de redactare de texte juridice, Centrul Judiciar Federal, 1991, p. 14.

Responsabilitatea ce revine membrului organismului jurisdicțional este aceea de a stabili care sunt aspectele și de a-și ajusta analiza în consecință. Este important de menționat faptul că organismul jurisdicțional ar trebui să prezinte motivele pentru care consideră ca fiind relevante alte aspecte decât contestatorul.

Prima etapă constă din stabilirea deciziei sau acțiunii contestate de către contestator, temeiurile ce au stat la baza deciziei sau acțiunii respective dar și motivele disputei.²³⁶ Decizia va fi clară și convingătoare numai dacă fiecare aspect contestat este clar separat unul de celălalt. Cu toate acestea, decizia poate cuprinde nu doar aspectele sesizate de către contestator ci și aspecte care, în opinia organismului jurisdicțional, sunt relevante și importante pentru pronunțare.

Aspectele în legătură cu care organismul jurisdicțional consideră că nu este necesară o analiză dar care au fost sesizate în mod stringent de către contestator vor fi discutate numai în măsura în care acest lucru este necesar pentru a dovedi că au fost analizate corespunzător.²³⁷ Următoarele 3 exemple reprezintă situații în care anumite aspecte pot fi omise.

Exemple

- Contestatorul a fost exclus din licitație ca urmare a depășirii termenului de depunere a ofertei. Prin urmare, oferta sa nu a fost analizată de către autoritatea contractantă. Contestatorul depune contestație la organismul jurisdicțional prin care aduce o serie de motive în susținerea luării în considerare a ofertei sale. În măsura în care legea în materia achizițiilor publice nu prevede opțiunea de prelungire a termenului pentru depunerea ofertelor, organismul jurisdicțional va analiza exclusiv chestiunea privind depășirea termenului de depunere a ofertei. Analizarea oricărui alt aspect al face decizia mai puțin convingătoare.
- Contestatorul a fost exclus din licitație ca urmare a neîndeplinirii criteriilor de calificare. Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a evaluat în mod corespunzător documentația depusă de acesta și că criteriile de calificare sunt discriminatorii. Având în vedere că termenul pentru contestarea criteriilor de calificare s-a împlinit deja, organismul jurisdicțional ar trebui să analizeze exclusiv modul în care autoritatea contractantă a evaluat documentele de calificare comunicate de către contestator însă nu și criteriile în sine.
- Contestatorul nu a fost invitat la negocieri la cea de a doua etapă a procedurii de negociere după depunerea ofertei. Documentele contractului oferă autorității contractante libertatea de a trece la negocieri numai cu un singur ofertant. Autoritatea contractantă a transmis decizia de atribuire a contractului către ofertanți. Contestatorul solicită ca organismul jurisdicțional să anuleze decizia de atribuire a contractului și ridică obiecții împotriva faptului că nu a fost invitat la negocierile având ca obiect specificațiile contractului și soluția tehnică oferită prin cea mai bună ofertă. Organismul jurisdicțional nu ar trebui să se ocupe de specificațiile tehnice ale contractului, deoarece termenul de contestare a acestora a expirat.

Următoarea etapă constă din stabilirea legii în vigoare aplicabile disputei și indicarea modului în care aceasta ar trebui soluționată.²³⁸ În majoritatea țărilor, există o singură lege aplicabilă în materia achizițiilor publice.

Expunerea chestiunilor poate fi făcută înainte sau după expunerea situației de fapt. Prin descrierea, în primul rând, a chestiunilor, expunerea situației de fapt va fi mai ușor de înțeles de către cititor și îl va ajuta pe acesta să analizeze faptele semnificative.²³⁹

²³⁶ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p. 152.

²³⁷ Manual de redactare de texte juridice, Centrul Judiciar Federal, 1991, p. 17.

²³⁸ Manual pentru judecătorii/arbitrii din statul Ontario, Societatea Judecătorilor/Arbitrilor și Autorităților de Reglementare din Ontario, 2000, p. 153.

²³⁹ Manual de redactare de texte juridice, Centrul Judiciar Federal, 1991, p. 10.

Expunerea chestiunilor nu ar trebui confundată cu citarea exactă a capetelor de cerere ale părților, iar organismul jurisdicțional ar trebui să evite reproducerea de pasaje-bloc din argumentele părților.²⁴⁰ Următoarele 5 exemple prezintă aspectele ce trebuie avute în vedere.

Exemple

- Organismul jurisdicțional trebuie să hotărască dacă descrierea obiectului ofertei, după cum este acesta indicat de către autoritatea contractantă, este suficientă pentru ca ofertanții să poată evalua în mod corespunzător întinderea lucrărilor ce vor fi necesare în derularea contractului. În situația în care descrierea din cererea de oferte este insuficientă, organismul jurisdicțional trebuie să anuleze licitația în întregime.
- Organismul jurisdicțional trebuie să stabilească dacă specificațiile tehnice pentru furnizarea serviciilor, după cum sunt acestea menționate în anunțul contractului, încalcă normele tehnice și, prin urmare, nu pot face parte din condițiile licitației. Dacă se dovedește existența unei încălcări, criteriul relevant trebuie anulat.
- Organismul jurisdicțional trebuie să stabilească dacă este adecvată utilizarea procedurii negociate fără publicare drept metodă de achiziție în licitația pentru furnizarea de servicii a căror valoare depășește 100.000 EUR. Dacă răspunsul este negativ, întreaga licitație trebuie anulată.
- Organismul jurisdicțional trebuie să stabilească dacă lipsa unor temeuri rezonabile din decizia autorității contractante de respingere a ofertei contestatorului face ca decizia respectivă a autorității contractante să fie imposibil de analizat. Dacă răspunsul la această întrebare este afirmativ, decizia autorității contractante de a nu admite oferta contestatorului trebuie anulată, iar autoritatea contractantă trebuie să reevalueze oferta contestatorului.
- Organismul jurisdicțional trebuie să stabilească dacă ofertantul căruia autoritatea contractantă dorește să îi atribue contractul îndeplinește criteriile de calificare. Dacă răspunsul este negativ, organismul jurisdicțional trebuie să anuleze decizia de atribuire a contractului.

8.3.3 Descrierea faptelor semnificative

Descrierea faptelor semnificative va consta din prezentarea tuturor faptelor ce au importanță pentru decizie. Având în vedere faptul că decizia trebuie publicată și poate afecta comportamentul viitor a ofertanților și al autorităților contractante, decizia ar trebui să ofere suficiente detalii cu privire la cauză, în așa fel încât orice terț să poată înțelege natura ofertei și a contestației.

O definiție exactă a aspectelor va reduce volumul de fapte ce trebuie descrise în corpul deciziei, permițând ca aceasta să se concentreze exclusiv asupra faptelor relevante ce au legătură cu aspectele disputate. Prin urmare, ar trebui incluse numai faptele care sunt necesare pentru pronunțarea deciziei, iar faptele lipsite de relevanță vor fi omise din decizie. Autorul nu ar trebui să se simtă restricționat de structura utilizată de părți ci ar trebui să propună propria structură. În general, este util să se urmeze ordinea cronologică a procedurii de achiziție ca linie de bază. Uneori, este utilă copierea anumitor pasaje din documentele licitației, decizii ale autorității contractante, adrese, sau corespondențe electronice, în special în cazul în care interpretarea și înțelegerea impun citirea formulării exacte a acestor documente.

Autorul(ii) ar trebui să arate și să dovedească ce probe conduc la faptele enunțate și să indice de ce s-au tras anumite concluzii din probele administrate. Acest lucru este deosebit de important în cazul în care există dovezi contradictorii ce pot fi folosite o singură dată.

²⁴⁰ Manual de redactare de texte juridice, Centrul Judiciar Federal, 1991, p. 11.

8.3.4 Scurtă prezentare a legii în vigoare

Nu este necesară alocarea unei secțiuni dedicate aspectelor legislative, mai ales dacă cazul este doar despre fapte. Majoritatea organismelor jurisdicționale indică legea pe care au aplicat-o pentru a stabili jurisdicția și temeiul pentru decizia pe care au pronunțat-o în secțiunea de analiză. Cu toate acestea, anumite organisme jurisdicționale folosesc o secțiune separată dedicată cadrului legislativ. În secțiunea respectivă, organismele jurisdicționale evaluează dacă contestația a îndeplinit criteriile legislative de admisibilitate, un demers util în situația în care legislația în materia admisibilității contestațiilor prevede cerințe stricte de formă, iar organismul jurisdicțional se pronunță adeseori cu privire la formalități precum respectarea termenelor.²⁴¹ Această secțiune ar trebui să analizeze, de asemenea, aspecte legislative. Aceste aspecte pot avea un domeniu larg de cuprindere și include următoarea întrebare: dacă contestația este depusă de un furnizor după cum legislația privind achizițiile publice și regulile organismului jurisdicțional prevăd și dacă contestația presupune o potențială eroare sau încălcare a legii.

8.3.5 Analiză – punerea legii în aplicare

8.3.5.1 Analiză generală

Analiza constituie partea principală a deciziei și trebuie să demonstreze că decizia organismului jurisdicțional se bazează pe principii raționale și logice. Analiza prezentată ar trebui să convingă părțile de corectitudinea concluziilor trase de organismul jurisdicțional prin puterea raționamentului, iar nu prin argumente sau persuasiune. Cu toate că decizia nu trebuie să ia în discuție fiecare argument al părților, aceasta trebuie să fie suficientă pentru a demonstra părții care cade în pretenții că principalele argumente ale poziției sale au fost analizate pe deplin.²⁴²

Organismul jurisdicțional este cel care decide ordinea în care va analiza aspectele. Numai aspectele care prezintă relevanță pentru cauză și care au fost identificate în introducere (prima parte a deciziei) trebuie luate în discuție. În cazul în care există o multitudine de aspecte, este recomandată prezentarea aspectelor într-o ordine care să aibă sens.²⁴³ În general, decizia trebuie să analizeze în primă instanță aspectul privind jurisdicția și admisibilitatea contestației. De exemplu, dacă organismul jurisdicțional se poate pronunța cu privire la contestație, dacă are competență jurisdicțională asupra contestației, dacă a fost urmată procedura prealabilă la autoritatea contractantă, termenul pentru solicitarea revizuirii și cerințele necesar a fi îndeplinite pentru admiterea contestației etc...

După caz, organismul jurisdicțional poate face de asemenea trimitere la deciziile sale anterioare care ar putea fi pertinente în cauza de față. Din moment ce procesul decizional al organismului jurisdicțional nu se derulează pe bază de precedente, organismul jurisdicțional ar trebui să folosească exclusiv referințe ce vin în sprijinul unui argument deja prezentat în decizie. Pe de altă parte, este util dacă un organism jurisdicțional răspunde la aceleași întrebări juridice în același fel și demonstrează acest lucru prin trimitere la deciziile anterioare.²⁴⁴ La rândul lor, aceste decizii ar trebui să fie utilizate drept ghid de către operatorii economici și autoritățile contractante.

8.3.5.2 Elaborarea analizei

Organismul jurisdicțional ar trebui să își elaboreze propria structură pentru redactarea deciziei.

²⁴¹ A se vedea, de exemplu, Decizia CEJ din data de 23 decembrie 2009, Comisia/Irlanda (C-455/08, ECR 2009) p. 1-225, și Decizia CEJ din data de 28 ianuarie 2010, Uniplex (UK, (C-406/08, ECR 2010 p. I-817).

²⁴² Manual de redactare de texte juridice, Centrul Judiciar Federal, 1991, p. 16.

²⁴³ J.C. Raymond, *The Architecture of Argument (Arhitectura argumentului)*, *The Judicial Review: Jurnalul Comisiei Juridice din New South Wales*, 7, 2004, p. 46.

²⁴⁴ Din necesitatea de a decide asupra acelorași aspecte în același mod în conformitate cu cerințele principiului privind dreptul la un proces echitabil.

În cazul în care structura deciziei are ca bază de pornire argumentele contestatorului și ale autorității contractante, decizia poate deveni neclară, iar decizia și argumentele se pot pierde pe parcurs. O soluție la această problemă este preluarea controlului asupra cauzei, prin elaborarea propriului cadru logic în care să fie integrate aspectele și alocarea unui spațiu pentru argumentele părților în cadrul respectiv.²⁴⁵ Este important de menționat că organismul jurisdicțional trebuie să se asigure că ia în discuție toate argumentele numai în măsura în care acestea reprezintă un aspect ce trebuie soluționat.

8.3.5.3 Structurarea analizei

Va fi util de adoptat o structură clară la organizarea analizei fiecăruia dintre aspecte. De exemplu:

- prezentarea argumentului/argumentelor contestatorului;
- prezentarea argumentului/argumentelor autorității contractante;
- prezentarea argumentelor celorlalte părți la procedură;
- prezentarea concluziei/concluziilor.

Argumentele părților nu vor fi prezentate decât pe scurt, deoarece concluzia organismului jurisdicțional constituie partea cea mai importantă din structura analizei. Cu toate acestea, este important ca părțile să poată avea posibilitatea de a se convinge că organismul jurisdicțional a analizat argumentele respective în mod corect și aprofundat. În general, structura argumentelor prezentate în decizii este următoarea:

- o parte susține X;
- cealaltă parte susține Y;
- organismul jurisdicțional susține X (ori Y sau uneori Z).²⁴⁶

Exemplu

Contestator: decizia de respingerea a ofertei sale este eronată. Autoritatea contractantă ar fi trebuit să îi solicite să își justifice prețurile din cadrul ofertei depuse.

Autoritatea contractantă: nu a fost necesar să solicite contestatorului acest lucru, deoarece prețurile acestuia au fost anormal de mici, cu o diferență prea mare față de prețurile celorlalte oferte, iar contestatorul nu le-ar fi putut justifica.

Concluzie: nu este de datoria organismului jurisdicțional să evalueze ofertele. Diferența de prețuri dintre oferta contestatorului și oferta clasată pe locul următor este prea mare, ceea ce duce la suspiciunea că prețurile sunt anormal de scăzute. Cu toate acestea, autoritatea contractantă ar fi trebuit să urmeze o procedură contradictorie pentru evaluarea prețurilor anormal de scăzute. Susținerea că prețurile din oferta contestatorului sunt anormal de mici nu poate fi formulată pe baza documentelor din procedura de achiziție, autoritatea contractantă trebuind să le evalueze prin procedură contradictorie.

Organismul jurisdicțional nu trebuie neapărat să repete argumentele părților în cazul în care face o scurtă prezentare a contestației și a concluziilor comunicate de părțile la procedură. Este de ajuns să se analizeze aspectul și să se asigure răspunsuri la ceea ce organismul jurisdicțional a definit drept aspect relevant.

Tragerea unei concluzii nu va fi confundată cu expunerea faptelor. În cazul în care există opinii diferite ale părților cu privire la probe și la situația de fapt, organismul jurisdicțional trebuie să soluționeze aceste opinii în contextul respectiv, prin analizarea argumentelor părților înainte de expunerea faptelor deciziei. Autorul ar trebui să aibă înțelegerea deplină că faptele susțin concluzia dar nu fac obiectul acesteia.

²⁴⁵ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges (Redactarea motivărilor. Manual pentru judecători)*, E-M Press, 2007, p. 53.

²⁴⁶ J.C. Raymond, *The Architecture of Argument (Arhitectura argumentului)*, *The Judicial Review: Jurnalul Comisiei Juridice din New South Wales*, 7, 2004, p.45

Concluzia reprezintă partea centrală a deciziei, având în vedere că organismul jurisdicțional nu este obligat să aleagă opinia niciuneia dintre părți ci trebuie să găsească propria soluție. Concluzia se va baza pe faptele prezentate și va subsuma faptele în conformitate cu legea în vigoare. Singurul criteriu ce va sta la baza concluziei este că aceasta trebuie să fie rezultatul faptelor, iar aplicarea legii se va face pornind de la regulile logicii.

Mai mult decât atât, concluzia trebuie motivată temeinic. În situația în care organismul jurisdicțional face apel la puterea discreționară de care dispune, motivele pentru ajungerea la o anumită decizie trebuie prezentate în mod clar. Prin urmare, este important să se urmeze argumentele părților, deoarece rolul acestora în cadrul procedurii este acela de a convinge organismul jurisdicțional cu privire la opinia respectivă a părților și apărarea poziției respective. Membrul organismului jurisdicțional ar trebui să țină în permanență cont de faptul că convingerea organismului jurisdicțional este singura sarcină pe care o are contestația și toate celelalte declarații date. Prin urmare, membrii organismelor jurisdicționale nu vor exprima o opinie obiectivă ci vor promova poziția lor subiectivă.

Prin urmare, organismul jurisdicțional trebuie să țină cont de opiniile părților dar să ajungă la propriile concluzii. Acestea se vor baza pe fapte și vor fi formulate cu respectarea legii. În momentul în care organismul jurisdicțional formulează o concluzie, va fi utilă urmarea acestor etape în prezentarea concluziei. Organismul jurisdicțional ar trebui:

- să arate legea incidentă aspectului;
- să arate faptele care prezintă relevanță pentru aspectul respectiv;
- să concluzioneze cu privire la modul în care legea se aplică situației de fapt.

8.4 Stil și revizuire

8.4.1 Concizie

Deciziile bune pot depinde de factorul temporal. Cu toate că poate părea o contradicție de termeni, deciziile bine analizate sunt, de obicei, mai scurte decât deciziile scrise în grabă, care pot include o cantitate mare de text inutil și numeroase propoziții care nu aduc valoare sau beneficii pentru decizie. Pentru evitarea acestui rezultat, se va proceda cu atenție la redactarea deciziei. Ar putea fi necesare mai multe revizuiți ale proiectului deciziei, pentru a elabora o decizie mai concisă.

Cu toate acestea, concizia nu înseamnă laconism. Laconismul se referă la utilizarea unui număr cât mai mic de cuvinte, în timp ce concizia își propune ca fiecare cuvânt să conteze. În anumite situații, cititorii au nevoie de mai multe cuvinte pentru a înțelege un concept dificil sau pentru a accepta o decizie dificilă.²⁴⁷ Câteva sugestii pentru un stil de scriere concis includ:

- eliminarea probelor și a faptelor. Vor fi incluse numai acele probe care sunt relevante pentru chestiunea juridică ce face obiectul contestației.
- folosirea citatelor atunci când o trimitere sau parafrazăre scurtă nu este corespunzătoare. Regulile pentru utilizarea citatelor includ situațiile în care exprimarea exactă din documentul în cauză este esențială – în special legea în vigoare și formulări din documentele contractului - și atunci când o parafrazăre ar fi mai puțin clară și concisă decât originalul.
- nu folosiți tautologii;
- se vor evita citatele multiple;
- se va evita includerea de explicații și clarificări privind principiile de drept universal cunoscute. Se va face trimitere la principiile de drept numai dacă este necesar, iar trimiterile se vor face la alte descrieri sau decizii.
- se va evita amplificarea argumentelor facile;

²⁴⁷ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges (Redactarea motivărilor. Manual pentru judecători)*, E-M Press, 2007, p. 66.

- se vor evita repetițiile;
- se va evita diateza pasivă;
- se va evita jargonul juridic;
- frazele lungi vor fi împărțite în propoziții mai scurte, pentru a ușura înțelegerea;
- textul va fi revizuit ținând cont de principiul conciziei, având permanent în vedere aspectele, faptele, citatele și argumentele în care lungimea acestor unități depinde de aspectele disputate. Chestiunea crucială la realizarea unui exercițiu de revizuire constă din identificarea porțiunilor de text ce pot fi eliminate fără a sacrifica sau dilua puterea argumentului.²⁴⁸

Este posibil ca membrului organismului jurisdicțional să nu îi placă întotdeauna rezultatul în cauză, însă are în continuare obligația de a redacta decizia în conformitate cu faptele și cadrul legislativ.

8.4.2 Paragrafele

Fiecare paragraf ar trebui să conțină o singură idee. Ideile grupate într-un paragraf trebuie să fie unitare și să aibă coerență internă, fiind integrate eficient în paragrafele premergătoare și următoare. Paragrafele trebuie să permită dezvoltarea.²⁴⁹ Este important de reținut că ideea centrală a paragrafului trebuie exprimată prima, pentru a informa cititorul cu privire la conținutul acestuia. Următoarea secțiune din decizia de revizuire a procedurii achiziției ilustrează o abordare a împărțirii textului în paragrafe.

Exemple

- „Deși autoritatea contractantă are libertatea de a-și stabili propriile nevoi și cea mai bună metodă pentru a le satisface, autoritatea contractantă poate include cerințe restrictive numai în măsura în care acestea sunt necesare pentru respectarea nevoilor legitime. Caracterul adecvat al justificării date de autoritatea contractantă este constatat prin verificarea condiției privind justificarea explicației pe care o dă autoritatea contractantă. Și anume, dacă explicația poate face față unei analize logice”.
- „În ceea ce privește solicitarea unui singur producător de computere și monitoare, autoritatea contractantă afirmă că se bazează pe o nevoie legitimă de a-și standardiza cerințele în domeniul tehnologiei informației. Mai precis, autoritatea contractantă afirmă că standardizarea va reduce costurile operaționale ale autorității contractante și va asigura un mediu comun, considerat în general cea mai bună practică”.
- „Contestatorul contestă afirmația autorității contractante în sensul că uniformizarea computerelor și a monitorilor la un singur producător conduce la costuri mai mici sau alte beneficii palpabile pentru autoritatea contractantă. Contestatorul afirmă că această cerință nu reprezintă altceva decât o preferință administrativă a autorității contractante”.
- „Organismul jurisdicțional reține că la dosar nu a fost înregistrată nicio analiză sau documentație justificativă a autorității contractante pentru cerința de standardizare. În sprijinul acestei cerințe, autoritatea contractantă a transmis o declarație din partea unui responsabil de proiect pe partea de tehnologia informației. Cu toate acestea, responsabilul de proiect nu a făcut trimitere la nicio analiză sau studii care au fost realizate cu scopul de a stabili că această standardizare era necesară pentru obținerea beneficiilor susținute. În absența oricărei forme de documentație sau explicație la dosar care să arate că restrângerea concurenței va conduce la beneficiile pretinse, organismul jurisdicțional nu poate reține faptul că justificarea dată de autoritatea contractantă pentru această restricție este rezonabilă.”²⁵⁰

²⁴⁸ Pe baza lucrării lui Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges* (Redactarea motivărilor. Manual pentru judecători), E-M Press, 2007, p. 66-68.

²⁴⁹ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges* (Redactarea motivărilor. Manual pentru judecători), E-M Press, 2007, p. 76.

²⁵⁰ Decizia GAO în cauza NCS Technologies, Inc. din data de 8 noiembrie 2010. Părțile selectate din decizie sunt adaptate la nevoile manualului de față.

8.4.3 Utilizarea titlurilor

În cazul în care o decizie nu conține decât două sau trei pagini, nu va mai fi necesară folosirea titlurilor de capitole/secțiuni. La textele mai lungi, titlurile de capitole/secțiuni sunt extrem de utile, în special pentru cititorii care lecturează pe scurt deciziile organismului jurisdicțional.^{251, 252} În situația în care decizia urmează să fie publicată, titlurile de capitole/secțiuni ajută la identificarea rapidă a informațiilor necesare și permit utilizarea fondului deciziei în viitor.

Cele două tipuri de titluri de capitole/secțiuni sunt următoarele: titluri generice și titluri specifice. Titlurile generice, care pot apărea în orice fel de decizie și care sunt prezentate în exemplele de mai jos includ: introducerea, capetele de cerere, situația de fapt și probele, cadrul legislativ, analiza și concluziile. Aceste titluri permit cititorului să identifice o anumită secțiune de interes și dau structură deciziei. Cu toate acestea, titlurile respective sunt ambigue, deoarece nu oferă cititorului niciun fel de informații specifice cu privire la o anumită cauză. Prin urmare, cele mai des folosite titluri sunt cele specifice pentru decizia în cauză. Acestea pot fi obținute prin combinarea titlurilor specifice unei anumite cauze cu titlurile generice.²⁵³

Exemplu

Titlurile tipice din decizia pronunțată într-o cauză în materia achizițiilor publice care are ca obiect evaluarea ofertei:

- **Introducere** (în cazul în care vă hotărâți să includeți o secțiune introductivă)
- **Capetele de cerere** (în cazul în care vă hotărâți să includeți o secțiune pentru capetele de cerere)
- **Situația de fapt**
- **Cadrul legislativ** (în cazul în care vă hotărâți să includeți o secțiune pentru cadrul legislativ)
 - Competența organismului jurisdicțional
 - Admisibilitatea contestației
- **Analiză** (sau Raționament)
 - Criterii de admisibilitate a ofertei; Criterii pentru licitație restrânsă
 - Principiul privind non-discriminarea ofertanților

Titlurile specifice pot avea o precizie chiar mai mare și se pot referi la secțiuni specifice din lege sau la fapte specifice cauzei.

8.4.4 Etapele revizuirii

După redactarea primei variante a deciziei, va fi necesar ca decizia să fie revizuită, pentru a stabili dacă aceasta îndeplinește criteriile de bază pentru elaborarea unor decizii corespunzătoare. Următoarele etape de revizuire pot fi utile pentru atingerea acestui scop. În practică, un mare număr de judecători și membri ai organismelor jurisdicționale revizuiesc decizia de cel puțin două sau trei ori înainte să ajungă la decizia finală care îndeplinește toate criteriile.

Prima etapă a revizuirii

Gândiți-vă la cine va citi decizia. Este decizia convingătoare pentru autoritatea contractantă și pentru contestator? Este suficient de clară pentru ceilalți ofertanți sau pentru autoritățile contractante care s-ar putea confrunta cu probleme similare?

²⁵¹ J.C. Raymond, *The Architecture of Argument (Arhitectura argumentului)*, *The Judicial Review: Jurnalul Comisiei Juridice din New South Wales*, 7, 2004, p. 47

²⁵² Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges (Redactarea motivărilor, manual pentru judecători)*, E-M Press, 2007, p. 47.

²⁵³ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, p. 47.

A doua etapă a revizuirii

Citiți introducerea. Puneți-vă următoarele întrebări:

- am identificat părțile?
- am identificat natura cauzei?
- am arătat care este aspectul sau care sunt aspectele?

Dacă răspunsul la aceste întrebări este negativ, este necesară o analiză și o elaborare mai aprofundată.
Etapa a treia a revizuirii

Citiți întreaga decizie în ritm rapid, având în vedere următorul aspect/următoarele aspecte. Apoi răspundeți la întrebarea dacă secțiunile din decizie sunt prezentate în cea mai eficientă ordine. De exemplu:

- este clară structura generală?
- este ordinea sau sunt argumentele logice și convingătoare?
- care sunt cele mai eficiente titluri pentru aspectele analizate?
- este necesară introducerea unei secțiuni sau probe separate?
- reușește structura să facă legătura directă dintre probe și aspectele discutate?

Etapa a patra a revizuirii

Aspectele au fost formulate și decizia structurată, iar acum orice text care nu aduce valoare adăugată deciziei poate fi **omis**. Printre elementele ce trebuie observate se numără:

- am inclus mai multe fapte decât era necesar?
- m-am concentrat prea mult pe aspecte secundare?
- am scris prea mult despre un subiect evident?
- am folosit prea multe citate?
- am adoptat o abordare de indicare în primul rând a aspectului vizat sau a contextului în paragrafe?

Etapa a cincea a revizuirii

Reformulați decizia după caz. Concentrați-vă pe claritatea aspectelor, organizarea argumentelor și concizia argumentului.

Etapa a șasea a revizuirii

Revizuiți limbajul. La această etapă, autorul ar trebui să se concentreze pe aspecte de stil care ar trebui evitate la elaborarea unei decizii. De exemplu, când ajungeți la propoziții neobișnuit de lungi, analizați cu atenție și reformulați propoziția, după caz.²⁵⁴

Etapa a șaptea a revizuirii

În sfârșit, verificați ortografia la finalul revizuirii.

8.5 Rigori ce țin de conținutul actului administrativ în Moldova

În conformitate cu art.120 CA, un act administrativ individual emis sau confirmat în scris trebuie să cuprindă:

- numele/denumirea autorității publice care a emis actul administrativ;

²⁵⁴ Adaptate pe baza recomandărilor prevăzute în lucrarea lui Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges* (Redactarea motivărilor. Manual pentru judecători), E-M Press, 2007, p. 150-152.

- numele colaboratorului autorității publice care a emis actul administrativ;
- numele destinatarului actului administrativ;
- data la care a fost emis actul administrativ;
- decizia luată (partea dispozitivă a actului administrativ);
- motivarea deciziei luate, inclusiv indicarea actelor normative pentru a căror punere în aplicare se emite actul administrativ;
- decizia cu privire la cheltuieli;
- informația cu privire la exercitarea căilor de atac;
- semnătura colaboratorului autorității publice care a emis actul administrativ.

Potrivit art.118, alin.(3) motivarea completă este obligatorie, este parte integrantă a actului administrativ individual și condiționează legalitatea acestuia. În aliniatul (1) al articolului nominalizat este menționat ce presupune conceptul de "motivare": motivarea este operațiunea administrativă prin care se expun considerentele care justifică emiterea unui act administrativ individual. În motivare se indică temeiurile esențiale de drept și de fapt pe care le-a luat în considerare autoritatea publică pentru decizia sa. Din motivarea deciziilor discreționare trebuie să poată fi recunoscute și punctele de vedere din care autoritatea publică a reieșit la exercitarea dreptului discreționar. Motivarea trebuie să se refere și la argumentele expuse în cadrul audierii.

Motivarea completă a unui act administrativ individual cuprinde:

- motivarea în drept – temeiul legal pentru emiterea actului administrativ, inclusiv formele procedurale obligatorii pe care se bazează actul;
- motivarea în fapt – oportunitatea emiterii actului administrativ, inclusiv modul de exercitare a dreptului discreționar, dacă este cazul;
- în cazul actelor administrative defavorabile – o descriere succintă a procedurii administrative care a stat la baza emiterii actului: investigații, probe, audieri, opinii ale participanților contrare conținutului final al actului etc.

Conform alin.(4) art.18 motivarea nu este obligatorie în cazul în care:

- autoritatea publică admite o petiție în totalitate fără ca prin decizia de soluționare a ei să fie afectate drepturile sau interesele legitime ale altor persoane;
- acest lucru este prevăzut expres de lege; sau
- autoritatea publică emite acte administrative individuale de același fel într-un număr mai mare sau automatizat și, conform circumstanțelor de fapt ale cazului în parte, nu se cere o motivare.

În ceea ce privește conținutul, o novație foarte importantă introdusă prin Cod Administrativ este obligativitatea indicării informației cu privire la exercitarea căilor de atac. Astfel, potrivit art.124, informația cu privire la exercitarea căilor de atac va conține date privind:

- calea de atac care urmează să fie înaintată (adică autoritatea va indica expres dacă petiționarul urmează să respecte procedura prealabilă sau trebuie să se adreseze direct în instanță, dacă legea prevede alternative, autoritatea va indica toate alternativele posibile);
- denumirea și adresa autorității publice sau ale instanței de judecată la care trebuie înaintată calea de atac;
- termenul pentru exercitarea căii de atac.

Consecințele neindicării informației privind căile de atac sunt prevăzute la art.209, alin.(2) Cod Administrativ: Dacă informația cu privire la exercitarea căilor de atac nu se conține în actul administrativ individual sau în decizia cu privire la cererea prealabilă ori este indicată incorect, înaintarea acțiunii în contencios administrativ se admite în termen de un an de la comunicarea sau notificarea actului administrativ sau a deciziei cu privire la cererea prealabilă.

8.6 Rezumat

Fiecare decizie ar trebui elaborată și publicată sub îndrumarea întregului organism jurisdicțional sau a unui membru nominalizat din cadrul organismului jurisdicțional. Pentru a pronunța o decizie care să reflecte cu precizie imaginea organismului jurisdicțional și activitatea meticuloasă desfășurată de către membrii organismelor jurisdicționale la emiterea unei decizii, este esențială utilizarea unei metodologii robuste la elaborarea, aprobarea și publicarea deciziei. Este imperativ ca înainte de a începe redactarea deciziei, autorul să reflecte la ce ar trebui să transmită decizia și cum ar trebui exprimate respectivele idei. La organizarea ideilor, autorul/autorii ar trebui să redacteze un plan de ansamblu al faptelor, aspectelor și punctelor importante, care să includă: aspectul primar sau aspectele primare din procedura de soluționare; faptele constatate cu privire la aspectele identificate pornind de la probele administrate; stabilirea legii aplicabile situației de fapt și punerea în aplicare a legii pentru situația de fapt care permite ajungerea la o anumită decizie.

Au fost propuse mai multe structuri pentru a oferi membrilor organismelor jurisdicționale idei clare cu privire la modalitățile în care își pot structura propriile decizii. Cu toate că acestea variază ca ordine, toate structurile constau din elemente similare. Indiferent de structura considerată fezabilă, organismul jurisdicțional trebuie să își motiveze decizia, iar aceste motive trebuie să fie clare și să includă o explicație a temeiului de drept și de fapt al deciziei.

Organismul jurisdicțional ar trebui să aibă în permanență în vedere stilul de scriere în procesul de redactare a deciziei. Concizia este extrem de importantă pentru redactarea deciziilor și fiecare cuvânt ar trebui să conteze. Prin urmare, deciziile ar trebui să treacă prin mai multe variante, fiecare dintre acestea fiind revizuită și analizată prin prisma scopului principal al conciziei. Persoana/persoanele care revizuieste/revizuiesc varianta/variantele deciziei ar trebui să aibă permanent în vedere aspectele, faptele, citatele și argumentele atunci când lungimea acestor unități depinde de aspectele cauzei. Chestiunea crucială la realizarea unei revizuii constă din identificarea textului ce poate fi eliminat fără ca astfel să se sacrifice sau dilueze argumentul principal al cauzei. Este posibil ca autorului și membrilor organismului jurisdicțional să nu le placă întotdeauna rezultatul cauzei, însă au întotdeauna obligația de a scrie decizia în conformitate cu faptele și cu legea. Odată ce decizia ajunge la etapa de definitivare, va fi necesară analizarea deciziei pentru a stabili dacă aceasta îndeplinește criteriile de bază pentru elaborarea unor decizii corespunzătoare și dacă decizia transmite ce s-a intenționat a transmite de la bun început. În practică, un mare număr de judecători și membri ai organismelor jurisdicționale își revizuiesc deciziile de cel puțin două sau trei ori înainte de a ajunge la varianta finală a deciziei care îndeplinește toate criteriile înainte de publicare.

MULȚUMIRI

BERD dorește să mulțumească membrilor comitetului de conducere a proiectelor care au contribuit în mod activ și cu mare generozitate la planificarea, redactarea, dezvoltarea și editarea acestui manual. Implicarea acestora a condus la creșterea valorii generale a proiectului și a rezultatelor și consecințelor acestuia. Timpul și implicarea membrilor echipei de conducere și a echipei de producție la nivel mai larg pentru elaborarea și publicarea acestui manual stau mărturie a dedicației și angajamentului tuturor consilierilor și persoanelor care și-au adus contribuția la dezvoltarea reformei în materia achizițiilor publice din toate țările în care Banca își desfășoară activitatea.

Eforturile de elaborare a prezentului manual au fost coordonate în numele BERD de Eliza Niewiadomska, consilier principal, și Alan Colman, consilier senior, Programul de Tranziție Juridică, Biroul de Consultanță Generală. Manualul a fost elaborat în cadrul proiectelor de cooperare tehnică derulate de BERD în Albania și Ucraina, în colaborare cu Silvia Beloviceva, Peter Hodal, Maxim Kobzev și Juraj Nemec din cadrul White & Case Bratislava, Republica Slovacă, Michael Sachs, președinte, și Hubert Reisner, judecător în cadrul Agenției Federale a Achizițiilor Publice din Austria, Klaudia Szczytowska-Mariarz, președinte, și Bogdan Artymowicz și Małgorzata Sterciwilk-Biafek, din cadrul Camerei Naționale de Apel din Polonia, cu susținerea editorială a lui William A. Hetherington și a fost revizuit din perspectiva legislației privind achizițiile publice în vigoare în Moldova în cadrul proiectului de cooperare tehnică derulat de BERD în Moldova de avocatul Andrei Rogac și avocatul Jimbei Ina, doctor în drept, lector universitar, Universitatea de Stat din Moldova. Planificarea, elaborarea și publicarea manualului de față au fost finanțate prin Fondul BERD pentru Cooperare Tehnică - Republica Slovacă.

Autorii doresc să își exprime gratitudinea față de contribuția adusă de colegii din Programul de Tranziție Juridică și Biroul Economistului Șef ale Băncii pentru sprijinul inestimabil acordat la finalizarea acestui manual.

Manualul a fost localizat și tradus în limba română pentru Republica Moldova de Andrei Rogac, consultant internațional în achiziții publice al BERD și de Ina Jimbei, doctor în drept lector universitar la Universitatea de Stat din Moldova în cooperare cu Agenția Națională pentru Soluționare a Contestațiilor din Moldova în cadrul proiectului de cooperare tehnică a BERD în Moldova. Dezvoltarea și publicarea versiunii moldovenești a Manualului a fost finanțată de Fondul special al acționarilor BERD.

© Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare, 2021

Conținutul prezentei publicații este protejat prin drepturi de autor și reflectă opiniile autorilor individuali care și-au adus aportul și reflectă automat opiniile angajatorilor autorilor, ale firmelor de avocatură, ale editorilor, ale Biroului de Consultanță Generală al BERD, ale Departamentului pentru Achiziții din cadrul BERD sau ale BERD în general. Nicio opinie exprimată în aceste articole nu ar trebui considerată a reprezenta consultanță juridică.

Toate drepturile rezervate. Nicio secțiune din prezenta publicație nu poate fi reprodusă sau transmisă, în nicio formă și prin niciun mijloc, inclusiv prin fotocopiere și înregistrare, fără permisiunea scrisă a titularului dreptului de autor. Permisivitatea scrisă menționată mai sus ar trebui obținută și înainte ca orice parte din publicația de față să fie arhivată într-un sistem de căutare de orice fel.

Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare, One Exchange Square Londra EC2A 2JN Regatul Unit

tel.: +44 20 7338 6000

fax: +44 20 7338 6100

SWIFT: EBRDGB2L

solicitări publicații: pubsdesk@EBRD.com

<http://www.EBRD.com/what-we-do/sectors/legal-reform/public-procurement>

