



Diana ENACHI

Crearea Agenției de Soluționare a Contestațiilor – o nouă etapă în dezvoltarea sistemului de achiziții publice



Institutul pentru Dezvoltare și Inițiative Sociale (IDIS) „Viitorul” este succesorul de drept al Fundației Viitorul, și păstrează în linii mari tradițiile, obiectivele și principiile de acțiune ale fundației, printre care se numără: formarea de instituții democratice și dezvoltarea unui spirit de responsabilitate efectivă printre oamenii politici, funcționari publici și cetățenii țării noastre, consolidarea societății civile și spiritului critic, promovarea libertăților și valorilor unei societăți deschise, modernizate și pro-europene.

Promo - LEX

Promovarea democrației și a drepturilor omului

Organizația Obștească Promo-LEX este un ONG public, ce urmărește principiile democrației participative, monitorizează și identifică cazurile de încălcare a drepturilor omului în Moldova, Promo-LEX este una dintre cele mai importante organizații de monitorizare a reformelor judiciare și conduce astăzi platforma ONG-urilor din Moldova ale Forumului Parteneriatului Estic. Web: www.promolex.md



Congresul autorităților locale și regionale din Moldova (CALM) este cea mai mare și cea mai reprezentativă asociație a autorităților locale și regionale din țara noastră. Aceasta oferă consultanță juridică, fiscală, și tehnică în scopul susținerii autonomiei fiscale locale și a descentralizării. CALM reprezintă 700 de autorități publice locale, în calitate de membri cu drepturi depline din cele 898 existente în Moldova. Web: www.calm.md

Orice utilizare a unor extrase ori opinii ale autorului acestui Studiu trebuie să conțină referință la IDIS „Viitorul”.

Pentru mai multe informații asupra acestei publicații ori asupra abonamentului de recepționare a publicațiilor editate de către IDIS, vă rugăm să contactați IDIS „Viitorul”.

ADRESA DE CONTACT:

Chișinău, Iacob Hîncu 10/1, 2004, Republica Moldova

Telefon: (373-22) 21 09 32

Fax: (373-22) 24 57 14

www.viitorul.org

Această publicație este realizată de IDIS “Viitorul” cu suportul Fundației EstEuropene, din resursele acordate de Guvernul Suediei și de Ministerul Afacerilor Externe al Danemarcei/DANIDA. Opiniile exprimate aparțin autorilor și nu reflectă neapărat punctul de vedere al Fundației EstEuropene, Guvernului Suediei, sau al Ministerului Afacerilor Externe al Danemarcei/DANIDA.



Cuprins

Lista acronimelor.....	5
Introducere.....	6
Rolul și necesitatea instituirii unui organ de soluționare a contestațiilor	8
Practicile internaționale privind funcționarea sistemelor căilor de atac în AP	10
Experiența României în materie de remedii și căi de atac în sectorul AP	12
Organizarea și funcționarea ANSC în R. Moldova	15
Asigurarea transparenței în activitatea ANSC.....	20
Concluzii și recomandări	21
Referințe bibliografice.....	23

Lista de acronime

AA	–	Acordul de Asociere dintre Uniunea Europeană și Republica Moldova
AAP	–	Agencia Achiziții Publice
AC	–	autoritate contractantă
AP	–	achiziții publice
ANSC	–	Agencia Națională pentru Soluționarea Contestațiilor
BERD	–	Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare
CNSC	–	Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
LAP	–	Legea Achizițiilor Publice
MF	–	Ministerul Finanțelor al Republicii Moldova
ZLSAC	–	Zona de Liber Schimb Aprofundat și Cuprinzător
UE	–	Uniunea Europeană

Introducere

Această analiză vine în contextul reformei instituționale în sectorul achizițiilor publice, reformă care a demarat odată cu semnarea de către R. Moldova a Acordului de Asociere cu Uniunea Europeană. Astfel, ne propunem să realizăm o radiografie a politicilor, modificărilor cadrului legal și reformelor privind instituirea sistemului căilor de atac în materie de achiziții publice (soluționarea contestațiilor), urmate de recomandări de politici prin care ne propunem consolidarea acestui segment important din economia națională.

La nivelul UE, organizarea și funcționarea sistemului căilor de atac în materie de achiziții publice este reglementat prin Directiva 89/665 a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac.

Prin semnarea, în 2014, a AA și crearea Zonei de Liber Schimb Aprofundat și Cuprinzător UE-Moldova (ZLSAC), R. Moldova și-a asumat o serie de angajamente, care se referă inclusiv la **reformarea sistemului național de achiziții publice**. Astfel, țara noastră are obligația de a depune eforturi pe trei direcții prioritare:

- armonizare treptată a legislației în domeniul achizițiilor publice cu aquis-ul comunitar;
- reforma instituțională în domeniul achizițiilor publice;
- crearea unui sistem eficace a căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice.

În ceea ce privește reforma instituțională, în conformitate cu prevederile AA (art. 270, alin. (2)), R. Moldova și-a asumat angajamentul să creeze o „instituție imparțială și independentă însărcinată cu revizuirea deciziilor luate de autoritățile sau entitățile contractante.”

Sistemul național de achiziții publice are o serie de constrângeri, fapt evidențiat atât într-un raport de evaluare a administrației publice din R. Moldova, realizat în 2015, de către experții SIGMA¹, cât și în alte analize, rapoarte realizate de experții de la nivel național²³⁴⁵⁶. Printre deficiențe se numără și **un sistem slab de căi de atac în domeniul achizițiilor publice**. Alte probleme ale

¹ SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management sau Susținerea Îmbunătățirii Sistemului de Guvernare și Management) este o inițiativă comună a Organizației pentru Dezvoltare și Cooperare Economică (ODCE) și a Uniunii Europene (UE), finanțată în principal de către UE. Programul oferă asistență pentru consolidarea administrării și managementului instituțiilor publice din R. Moldova.

² <http://viitorul.org/doc.php?l=ro&idc=294&id=5323&t=/STUDII-IDIS/Economie/Raport-de-monitorizare-a-achizițiilor-publice-carente-identificate-i-recomandari-de-politici>

³ <http://viitorul.org/doc.php?l=ro&idc=294&id=5214&t=/STUDII-IDIS/Economie/Achizițiile-publice-in-Republica-Moldova-p-probleme-reglementari-i-reforme-ateptate>

⁴ <http://ager.md/ro/pagini/prezentarea-primului-raport-de-monitorizare-achizi%C8%9Biilor-publice-%C3%AEn-cadrul-proiectului-banii>

⁵ <http://ager.md/ro/pagini/prezentarea-raportului-nr-2-de-monitorizare-achizițiilor-publice-cadrul-proiectului-banii>

⁶ <http://ager.md/ro/pagini/prezentarea-raportului-nr-3-de-monitorizare-achizi%C8%9Biilor-publice-%C3%AEn-cadrul-proiectului-banii>

sistemului sunt: planificarea defectuoasă a AP, calitatea slabă a specificațiilor tehnice (specificații restrictive, vagi), monitorizarea insuficientă a executării contractelor de AP, precum și procedura ineficientă de control/aprobare ex-ante de către AAP.

Procesul de revizuire și ajustare a cadrului legal primar și secundar la standardele și practicile europene a demarat încă în 2014. Acesta a continuat cu adoptarea la 3 iulie 2015, a unei noi Legi a achizițiilor publice (nr. 131/2015), care a intrat în vigoare la 1 mai curent. Astfel, art. 75 al noii legi prevedea instituirea unui nou organ responsabil de soluționarea contestațiilor formulate în cadrul procedurilor de achiziție publică – Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor (CNSC) – autoritate administrativă în subordinea Ministerului Finanțelor.

ANSC era calificată drept „o autoritate independentă”, urmând să fie subordonată MF. Independența acesteia nu putea fi asigurată și garantată, ceea ce contravine prevederilor AA⁷. Ulterior, ca urmare a mai multor recomandări, inclusiv din partea experților SIGMA, la propunerea MF, legea a fost amendată⁸, astfel încât ANSC să dispună de independență organizațională, funcțională, operațională și financiară. În același timp, pentru asigurarea unei autonomii decizionale depline, în proiectul de lege era prevăzut ca deciziile ANSC să poată fi contestate doar în instanțele de judecată.

Instituirea unui organ independent responsabil de soluționarea contestațiilor în sectorul AP este o prioritate pentru guvern. Acest lucru este stipulat în documentul Strategiei de dezvoltare a sistemului de achiziții publice pentru anii 2016-2020⁹ prin „adoptarea modificărilor la LAP, în vederea garantării independenței, imparțialității și transparenței activității ANSC este cea mai mare prioritate pe termen scurt.”

⁷ Articolul 270 (2) b) al Acordului de Asociere cu UE.

⁸ Proiectul de lege pentru modificarea și completarea unor acte legislative nr. 218 din 19.05.2015 (Hotărârea Guvernului nr. 613 din 17.05.2016).

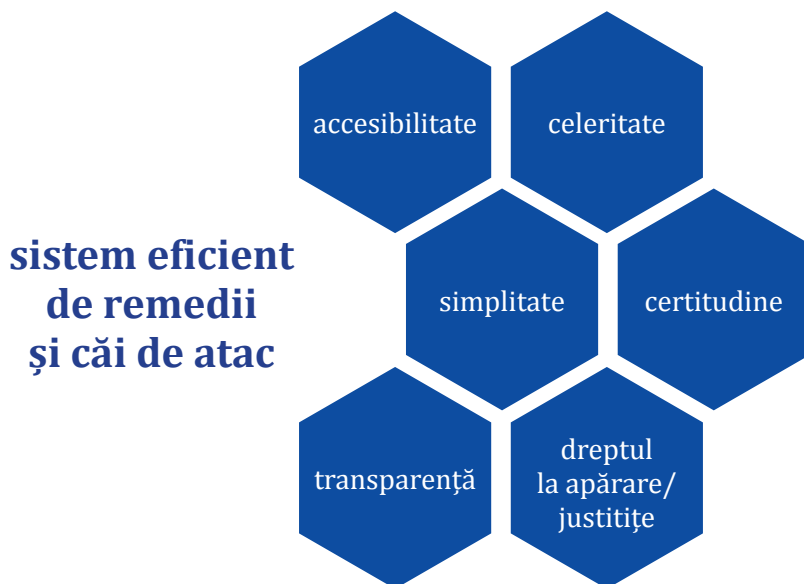
⁹ Strategia de dezvoltare a sistemului de achiziții publice pentru anii 2016-2020 și Planului de acțiuni pentru implementarea acesteia a fost adoptată prin Hotărâre de Guvern pe 12 octombrie curent.

Rolul și necesitatea instituirii unui organ pentru soluționarea contestațiilor

Sistemul căilor de atac în sectorul AP garantează transparență, integritate și eficiență în utilizarea resurselor publice. Acest sistem contribuie la punerea în aplicare a politicilor în domeniul AP, protejând, totodată, interesele sectorului privat. Ofertanții necâștigători în cadrul procedurilor de achiziție ar trebuie să fie văzuți ca o categorie specială de contestatari, în special datorită provocărilor cu care se confruntă vizavi de protejarea principiilor de bază ale achizițiilor publice – transparența și concurența loială.

Sistemul de remediere și căi de atac este esențial și prin contribuția la prevenirea riscurilor de corupție din partea autorităților contractante și responsabilizarea acestora în ceea ce privește respectarea principiilor de bună guvernare.

Cum putem avea un sistem eficient de remedii și căi de atac în domeniul AP?



- **Simplitate** – o procedură simplă de contestare, adaptată la contextul național și care să nu demotiveze agenții economici de a contesta.
- **Celeritate** – cu cât mai puțin timp necesită procedura de contestare, cu atât mai eficientă este achiziția în sine (principiul „the less time it takes the more efficient it is”).
- **Accesibilitate** – în cazul în care există o taxă pentru depunerea contestației, aceasta n-ar trebui să împiedice, în nici un fel, accesul persoanelor vătămate la contestare.

- **Certitudine și predictibilitate** în procesul decizional al instituției responsabile de sistemul căilor de atac..
- **Transparență** – activitatea și deciziile luate de către organul de revizuire trebuie să fie transparente, astfel încât să nu submineze încrederea mediului privat și a societății.
- **Dreptul la apărare/justiție** – dreptul oricărui contestatar de acționa în judecată orice decizie a organului responsabil pe care o consideră ilegală.

La nivel internațional, există un set de standarde minime care trebuie respectate în cadrul procedurilor de remediere și căi de atac în materie de AP:

- Asigurarea dreptului oricărui ofertant necâștigător să solicite o revizuire independentă și imparțială a deciziei luate de către AC vizavi de o procedură de achiziție.
- Asigurarea dreptului oricărui ofertant necâștigător să solicite o revizuire a deciziei AC până la semnarea contractului de AP.
- Instituirea și funcționarea unui organ independent și imparțial cu competențe de aplicare a sancțiunilor ca și măsuri de remediere, inclusiv dreptul de a anula procedura de AP.
- Asigurarea accesului la justiție (contestarea deciziilor organului de revizuire în instanțele de judecată), în cazul în care controlul judiciar nu este în competența organului de revizuire.
- Asigurarea accesului la justiție atunci când contractul de AP a fost semnat fără luarea în calcul a faptului că procedura de AP a fost contestată și se află în proces de examinare.

La o primă analiză, putem spune că toate aceste standarde minime se regăsesc în legea modificată recent în acest sens. Mai important însă, este aplicarea în practică a prevederilor legale și funcționarea unei agenții cu adevărat independentă și imparțială în deciziile sale (ANSC va fi funcțională începând cu 1 ianuarie 2017).

Rolul de bază al sistemului de revizuire este să consolideze încrederea tuturor actorilor în sistemul achizițiilor publice, a specialiștilor în AP din cadrul AC, a sectorului privat și, în general, a oricărui cetățean, în calitatea sa de contribuabil, dar și beneficiar al achizițiilor publice, prin bunurile, serviciile procurate sau lucrările și investițiile publice realizate.

Practicile internaționale privind funcționarea sistemelor căilor de atac în materie de achiziții publice

În general, există două tipuri de sisteme de remedii și căi de atac în sectorul AP. Este vorba de sistemul unic și sistem dual, care, la rândul lor pot fi organizate, fie sub forma instanțelor (de drept comun, administrative), fie sub forma unui organ specializat independent.

Dacă analizăm practica internațională privitor la organizarea și funcționarea sistemelor căilor de atac în AP, putem spune că, deși la nivelul UE funcționează sisteme diferite, acestea toate au scopul de a asigura dreptul la contestare a persoanelor vătămate în cadrul procedurilor de AP. Prin urmare, organele responsabile de revizuirea procedurilor de AP pot fi organizate sub forma instanțelor judecătorești (de drept comun sau administrative). O versiune mai soft a tribunalelor administrative (comisii formate din diverși experți în domeniu, membri ai guvernului, ai sectorului privat și societății civile) sau organe non-judecătorești, precum un organ de revizuire/soluționare a contestațiilor, independent de guvern sau alte autorități.

În majoritatea statelor europene, funcția de control și soluționare a contestațiilor în sectorul AP le revine organelor judecătorești (administrative sau civile). În unele țări, abilitat cu funcția de revizuire (în primă instanță) este o instituție independentă specializată pentru soluționarea contestațiilor în domeniul achizițiilor publice, cum ar fi: Estonia (Comisia pentru Contestații în Achiziții Publice), Letonia (Biroul pentru Monitorizarea Achizițiilor), Slovenia (Comisia Națională de Revizuire), Polonia (Camera Națională pentru Contestații), Slovacia (Oficiul pentru Achiziții Publice), Cipru (Autoritatea pentru revizuire în Achiziții), România (Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor).

Tabelul 1. Sistemele de remedii și căi de atac în domeniul AP în statele UE

Sistem	Instanțe judecătorești (civilă sau administrativă)	Organe specializate independente
Sistem unic (într-o etapă).	Irlanda, Lituania, Portugalia, Marea Britanie, Olanda	Bulgaria, Slovacia Letonia, Malta, Moldova
Sistem dual (în 2 etape).	Belgia, Franța, Suedia	România, Polonia, Estonia, Ungaria, Slovenia, Austria, Cipru, Republica Cehă, Danemarca, Finlanda, Germania, Luxemburg

Sursa: SIGMA Papers no. 41, *Public Procurement review and remedies systems in the European Union*, OECD

Un model apropiat de cel care va funcționa la noi este în Estonia unde, la fel, soluționarea contestației este atribuită unui organ specializat independent – Comisia pentru Contestații în Achiziții

Publice – care a fost înființată cu acest scop. Membrii acestei comisii sunt numiți de Guvern la propunerea Ministerului Finanțelor. În privința procedurii de contestare, aceasta este singulară (include revizuire pre-contractuală și contractuală). Orice ofertant, candidat sau altă persoană interesată în participarea la o procedură de achiziție poate contesta activitatea sau decizia AC. Termenul pentru depunerea contestației este de 7 zile și este posibil doar până la semnarea contractului.

În Irlanda, spre exemplu, necesitatea contestațiilor și controlului judiciar este redusă datorită unei practici bune de dialog și consultare (debriefing) în care AC au un dialog deschis cu ofertanții. Aceste sesiuni de informare nu sunt obligatorii, dar sunt încurajate ca fiind o modalitate de promovare a unui dialog constructiv și transparent dintre autorități și ofertanți. Ofertanții primesc informații utile pentru pregătirea unor oferte mai bune pe viitor, sunt depuse mai puține contestații și sunt înregistrate mai puține întârzieri în realizarea contractelor de achiziție.

Experiența României în materie de remedii și căi de atac în sectorul AP

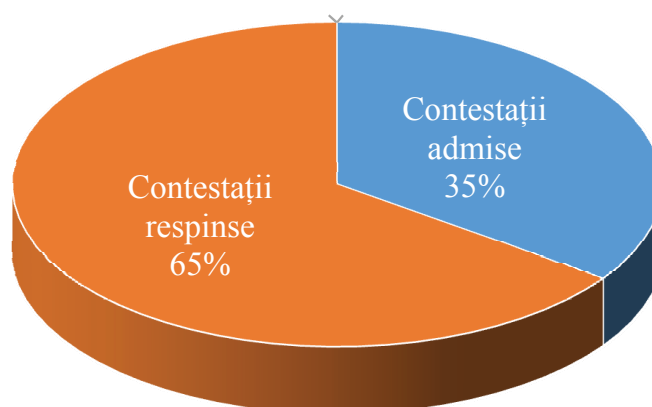
În România, legislația achizițiilor publice garantează companiilor două niveluri de căi de atac împotriva AC, care nu respectă reglementările în domeniu: contestația și plângerea. Conform legislației în vigoare¹⁰, recent modificate, cu privire la sistemul căilor de atac, sunt prevăzute două modalități de contestare, fie pe cale administrativ-jurisdicțională (la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor), fie direct în instanța de judecată. Deciziile CNSC/hotărârile tribunalelor pot fi atacate cu plângere/recurs la curtea de apel în a cărei rază se află sediul autorității contractante, în termen de 10 zile/5 zile de la comunicarea acestora.

CNSC a fost înființat în 2006, ca organism responsabil de procedurile privind căile de atac, devenind funcțional în același an. Astfel, CNSC este un organ independent cu activitate administrativ-jurisdicțională, care are rolul de a soluționa contestațiile formulate de către persoanele care se consideră vătămate într-un drept ori interes legitim printr-un act al AC emis prin încălcarea dispozițiilor legale în materie de a AP. De la crearea acestei instituții până la sfârșitul anului 2015, la CNSC au fost înregistrate 53.592 de contestații formulate de operatorii economici. În raportul Comisiei Europene privind progresele înregistrate de România în cadrul mecanismului de cooperare și verificare (MCV) în domeniul achizițiilor publice, CNSC este menționat drept „un filtru care acționează eficient în prevenirea unui număr substanțial de nereguli la nivel național, cât și în proiectele europene finanțate”.¹¹

Trendul descrescător al contestațiilor depuse poate fi un indicator de eficiență a CNSC-ului, iar scăderea constantă în ultimii 5 ani (de la 9.218 în anul 2019 până la 2.559 în anul 2015) a contestațiilor formulate indică o îmbunătățire a cadrului legal.¹²

Din numărul contestațiilor depuse în anul 2015 (2559) puțin peste o treime dintre ele (35%) au fost admise de către CNSC, care a emis 893 decizii de admitere a contestațiilor formulate, dintre

Figura 1. Situația contestațiilor depuse la CNSC în 2015



Sursa: Raportul de activitate al CNSC pentru anul 2015 (www.cnscl.ro)

¹⁰ http://www.cnscl.ro/wp-content/uploads/2016/legi/Lege_101_2016.pdf

¹¹ http://ec.europa.eu/cvm/docs/com_2016_41_ro.pdf

¹² Raportul de activitate pentru anul 2015 al CNSC http://www.cnscl.ro/wp-content/uploads/2016/02/raport/raport2015_RO.pdf

care în 31 din cazuri s-a decis anularea procedurii de atribuire. Totuși, în cea mai mare parte dintre contestațiile depuse (circa 65%) s-a dispus respingerea contestațiilor și, respectiv, continuarea procedurilor de atribuire. Ponderea contestațiilor respinse sunt catalogate „frauduloase”, depuse de operatorii care au fost declarați necâștigători, care au scopul de a tergiversa intenționat procedura de achiziție.

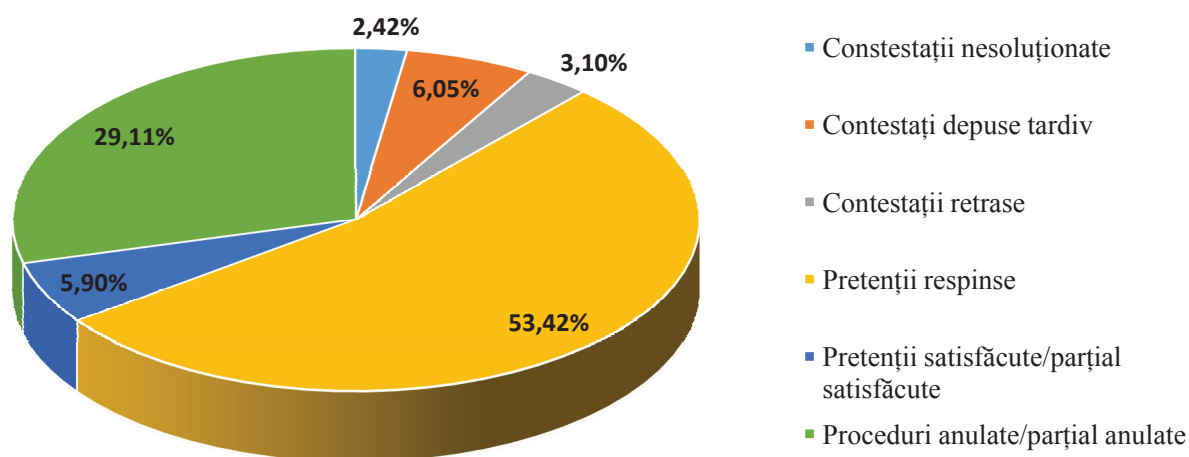
Realizând o analiză a obiectului contestațiilor formulate către CNSC, fie la documentația de atribuire, fie la rezultatele procedurii, putem extrage câteva concluzii care ar putea ajuta la prevenirea unor riscuri și tratarea unor probleme deja existente în sistemul nostru de AP.

În R. Moldova, în anul 2014, AAP, care la acea perioadă era responsabilă de primirea și examinarea contestațiilor, au fost înregistrate 743 contestații¹³, sau circa 8,4% din numărul total al procedurilor anunțate.

Analizând după modul în care au fost acceptate și examinate acestea, avem următorul tablou:

- **45 de contestații (circa 6%)** au fost depuse tardiv și, prin urmare, nu au fost acceptate spre examinare.
- **397 de contestații (circa 53%)** au fost respinse, pe motivul că deciziile grupului de lucru pe achiziții sunt conforme cu legislația din domeniul achizițiilor publice.
- **26 de pretenții (circa 3,5%)** au fost satisfăcute, cu operarea modificărilor la documentele de licitație.
- **18 contestații (circa 2,4%)** au fost satisfăcute parțial.
- **89 licitații (circa 12%)** au fost anulate.
- **26 de licitații (circa 3,5%)** au fost parțial anulate.
- **98 proceduri de achiziție prin metoda COP (circa 13,2%)** totalmente anulate.
- **23 de contestații (circa 3%)** au fost retrase de către operatorii economici.
- **18 contestații au rămas nesoluționate (circa 2,4%).**

Figura 2. Situația contestațiilor depuse la AAP în 2015



Sursa: Raportul anual de activitate al AAP pentru anul 2015 (www.tender.gov.md)

¹³ Conform Raportului de activitate al AAP pentru anul 2015 (www.tender.gov.md)

Totodată, pe parcursul anului 2015, în rezultatul examinării contestațiilor depuse, peste 50 de cazuri au ajuns în instanțele de judecată. AAP a fost citată în 52 de procese, cu referire la deciziile emise pe marginea contestațiilor operatorilor economici.

Numărul angajaților AAP (5 la număr) raportat la numărul de contestații a fost în anul 2015 de unul la 148 de dosare. În România, în cadrul CNSC, un funcționar gestionează anual puțin peste 50 de dosare, adică de circa 3 ori mai puțin decât în Moldova. Iată și explicația pentru ineficiența sistemului și multitudinea de decizii contestate în instanțele de judecată, care complică esențial procesul de achiziție și perturbă activitatea autorităților publice.

Organizarea și funcționarea ANSC

în R. Moldova

În conformitate cu standardele UE, obiectivul principal al unui sistem de revizuire și căi de atac în achizițiile publice este de a pune în aplicare practică legislația. Un sistem funcțional de revizuire și căi de atac în achizițiile publice este în interesul tuturor actorilor implicați direct sau indirect în proces (agenții economici, AC, societatea civilă și cetățeanul în calitate sa de beneficiar final al rezultatelor procedurilor de achiziție).

Sistemul căilor de atac a suferit mai multe modificări în ultimii ani. Începând cu anul 2007 și până la intrarea în vigoare a noii legi privind achizițiile publice, examinarea și soluționarea litigiilor dintre participanții la procedurile de achiziție publică intra în atribuțiile AAP (art. 9 din Legea nr. 96 din 13.04.2007). Aceasta, însă cauza un conflict de responsabilități la nivelul AAP, care, pe de o parte, are rolul de înregistrare a contractelor, iar pe de altă parte de revizuirea procedurilor și soluționarea contestațiilor. AAP, în prezent, efectuează controlul respectării de către autoritățile contractante (AC) a procedurilor de achiziție publică, dar are și rolul instituției de revizuire, ceea ce reprezintă un conflict de responsabilități. Noua lege încearcă să remedieze situația prin instituirea unei noi instituții de revizuire, Agenția Națională de Soluționare a Contestațiilor (ANSC). Provocarea principală este modul în care va fi asigurată independența și ne-utralitatea efectivă a acestei instituții. Aceste amendamente la lege sunt prezentate în Parlament și stabilesc legătura de răspundere directă dintre ANSC și Parlament.”

Noua Lege (nr 131 din 03.07.2015) prevede instituirea unui nou organ al administrației publice de specialitate – Agenția Națională de Soluționare a Contestațiilor, care este competentă să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de achiziție.. Prin această prevedere **a fost eliminat conflictul de competențe din activitatea AAP**. Această instituție de specialitate urma să fie o autoritate administrativă în subordinea Ministerului Finanțelor, care soluționează contestațiile formulate în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Ulterior, însă, printr-un proiect de modificare a Legii 131¹⁴, în scopul implementării prevederilor art. 270, titlul V, capitolul 8 „Achiziții Publice” al Acordului de Asociere dintre Uniunea Europeană și Republica Moldova, agenția urmează a fi creată de către Parlament. Instituția va dispune de independență organizațională, funcțională, operațională și financiară.

Conform aceluiași proiect de modificare a legii (care a fost aprobat prin hotărâre de Guvern la data de 27 aprilie și remis spre aprobare în Parlament), ANSC ar fi trebuit să fie funcțională începând cu 1 septembrie, 2016. Dar, dar nu s-a reușit.

ANSC este o persoană de drept public, finanțată din bugetul de stat și dispune de independență organizațională, funcțională, operațională și financiară și nu poate fi subordonată nici unei

¹⁴ Legea 229 din 23 septembrie, 2016.

autorității/instituții publice. Instituția are obligația de a apăra drepturile oricărei părți implicate în contestațiile trimise spre soluționare, fără nicio discriminare sau privilegii. Bugetul instituției nou-create va fi elaborat, aprobat și administrat conform principiilor și procedurilor stabilite în Legea finanțelor publice și responsabilității bugetar-fiscale (nr. 181/2014).

ANSC va avea în componența sa 7 consilieri pentru soluționarea contestațiilor, inclusiv directorul general și directorul general adjunct, care vor avea statut de persoane cu funcții de demnitate publică. Consilierii vor fi numiți de către Parlament cu votul majorității, la propunerea Comisiei parlamentare economie, buget și finanțe, care este responsabilă de selectarea consilierilor în bază de profesionalism, și prin concurs deschis, imparțial și transparent. Un alt aspect important se referă la obligația ca cel puțin jumătate din consilieri să dețină diplomă de studii în drept. Totodată, o condiție obligatorie pentru cei care pretind la funcția de consilier este experiența de cel puțin 10 ani în domeniul juridic și cel puțin 3 ani, nemijlocit în domeniul achizițiilor publice.

Privitor la raportarea activității cu evaluarea indicatorilor de performanță, similar altor instituții independente, ANSC va prezenta anual (până la 15 martie) Parlamentului raportul de activitate, care va include date și analize cu privire la cazurile de soluționare a contestațiilor. Însă, la solicitarea Parlamentului, ANSC va prezenta și rapoarte pe perioade mai scurte decât 1 an, precum și alte rapoarte considerate necesare.

Odată cu amendarea LAP, a fost clarificat aspectul conflictului de interese care nu era prevăzut anterior și, respectiv, crea îngrijorare în privința integrității consilierilor și imparțialității în privința contestațiilor depuse. Aceasta a fost completată cu prevederea conform căreia, consilierul nu poate participa la soluționarea unei contestații în cazul oricărui potențial conflict de interese. Prin urmare, 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:

- a) 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;
- b) a existat un raport de afaceri sau de muncă între consilier și una dintre părți în precedenții 2 ani de la soluționarea contestației;
- c) a făcut declarații publice care au legătură cu contestația care se soluționează;
- d) a primit sau i s-au promis bunuri ori avantaje de orice fel de către una dintre părți.¹⁵

Procedura de depunere a contestației

Conform ultimelor modificări legislative la LAP, *orice persoană care a avut sau are un interes în obținerea unui contract și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămât un drept al său recunoscut prin lege, în urma căruia a suportat sau ar putea suporta prejudicii are dreptul de a contesta actul autorității contractante.* Luând în considerare modul în care este argumentată această prevedere în Nota informativă a proiectului de modificare a legii 131/2015, putem deduce că orice persoană are dreptul de a depune contestație, nu doar operatorul economic. Totuși, pot exista interpretări diferite ale acestei prevederi,

¹⁵ Art. 75 al legii 131/2015 modificate, punctul (7) și (8)

deoarece, nu este clar cine anume este în drept să conteste actul AC, orice persoană sau doar operatorii economici care au participat la procedura respectivă sau și alți agenții economici care nu au participat, dar „au avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică”. Se recomandă de clarificat acest aspect, pentru a nu permite interpretări diferite ale legii.

Termenii stabiliți pentru depunerea contestațiilor

În discuțiile cu autoritățile contractante pe parcursul anului curent în cadrul sesiunilor de informare și instruire, una dintre problemele frecvent discutate era și faptul că există contestații frauduloase și contestatori „de profesie”. Una dintre temerile autorităților contractante se referă la faptul că odată cu crearea unei noi entități responsabile de examinarea contestațiilor, acest fenomen ar putea lua amploare.

Spre exemplu, în România, pentru evitarea acestei probleme, în iunie 2014, a fost introdusă obligativitatea agenților economici de a constitui garanția de bună conduită, pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației și data rămânerii definitive a deciziei CNSC, în sumă de maxim 100,000 EUR. Scopul introducerii acestui instrument de protejare a autorităților contractante de un eventual comportament necorespunzător al contestatarului, a fost atins în condițiile în care operatorii economici sunt mai reținuți în sesizarea CNSC sau a instanțelor judecătorești. Acest instrument nu garantează că procedurile de atribuire au fost inițiate și derulate corespunzător. Ulterior, această prevedere a fost anulată în ianuarie 2015, ca urmare a deciziei Curții Constituționale a României, prin care a fost declarată neconstituțională.

Conform legislației în vigoare¹⁶ cu privire la sistemul căilor de atac, sunt prevăzute două modalități de contestare, fie pe cale administrativ-jurisdicțională (la CNSC), fie direct în instanța de judecată. Spre deosebire de contestațiile formulate pe cale administrativ-jurisdicțională, contestațiile formulate pe cale judiciară se taxează după cum urmează:

- o Cererile neevaluate în bani se taxează cu 450 lei,
- o Cererile evaluabile în bani de până la 450,000 RON se taxează cu 2% din valoarea estimată a contractului, iar cele care depășesc această sumă, se taxează progresiv, în funcție de valoarea cererii.

Legea privind remediile prevede însă posibilitatea contestatorilor de a beneficia, la cerere, de facilități sub formă de reduceri, eşalonări sau amânări pentru plata taxelor judiciare de timbru datorate.

În R. Moldova, termenii pentru depunerea de contestații de către un operator economic vătămat sunt stabiliți după cum urmează:

- a) **10 zile** începând cu ziua următoare luării la cunoștință a unui act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit este egală cu sau mai mare decât pragurile;
 - pentru contractele de achiziții publice de bunuri și servicii – 2 300 000 de lei;
 - pentru contractele de achiziții publice de lucrări – 90 000 000 de lei.

¹⁶ http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/2016/legi/Lege_101_2016.pdf

- b) **5 zile** începând cu ziua următoare luării la cunoștință a unui act al autorității contractante considerat ilegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit este mai mică decât pragurile menționate mai sus.

De menționat că termenele pentru depunerea contestațiilor sunt similare și în țara vecină, România și sunt printre cele mai mici din țările UE.

Tabelul 2. Analiza comparativă dintre CNSC din România și ANSC din R. Moldova

Indicatori	CNSC, România	ANSC, R. Moldova ¹⁷
Modul de funcționare	Independentă, raportează doar în fața Parlamentului	Independentă, raportează doar în fața Parlamentului
Statutul	Autoritate administrativ-jurisdicțională	Persoană de drept public, care dispune de independență organizațională, funcțională, operațională și financiară
Numărul de consilieri de soluționare a contestațiilor	33, în 11 complete	7, în 3 complete
Personalul	54 unități ¹⁸	8 unități
Numărul de contestații depuse în domeniul AP	2 559 ¹⁹	743 ²⁰
Bugetul	10,7 mil RON (circa 2,4 mil EUR) ²¹	3,2 mil MDL (circa 149 mii EUR) ²²
Termenii prevăzuți pentru soluționarea contestațiilor	5 zile și 10 zile ²³	5 zile și 10 zile ²⁴

Sursa: date preluate de pe pagina web CNSC (www.cns.ro) și din legea 229/2016, prin care s-au introdus modificări la legea 131/2015 ce se referă la organizarea și funcționarea ANSC, începând cu 1 ianuarie 2017.

Costuri pentru depunerea contestațiilor și fenomenul „contestațiile frauduloase”

În modificările la legea 131/2015 nu este specificat dacă va fi aplicat un cost pentru persoanele/operatorii economici care vor depune contestații, dar asumăm ca acest aspect va figura în Regulamentul de organizare și finanțare a ANSC, care va fi elaborat de Parlament.

Totuși, considerăm oportun să facem o analiză a legislației europene și practicilor altor state. Legislația UE în domeniul AP nu prevede obligația da a taxa pe cei care contestă pentru admiterea și examinarea contestațiilor de către organul competent. Astfel, există foarte multe dezbateri pe acest subiect. În timp ce unii susțin aplicarea taxei, argumentând cu evitarea contestațiilor

¹⁷ Numărul planificat.

¹⁸ Personalul care efectiv a activat în anul 2015.

¹⁹ În anul 2015.

²⁰ Examine de AAP, conform legii vechi, nr 96/2007.

²¹ Pentru anul 2016.

²² Planificat pentru anul 2017.

²³ în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

²⁴ în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 3, este egală cu sau mai mare decât pragurile: a) pentru contractele de achiziții publice de bunuri și servicii – 2 300 000 de lei; b) pentru contractele de achiziții publice de lucrări – 90 000 000 de lei.

frauduloase, iar alții sunt împotriva aplicărilor de plăți, care nu fac altceva decât să demotiveze persoanele care se consideră vătămate să depună o contestație, ceea ce afectează concurența loială. Prin urmare, rămâne o întrebare deschisă, dacă taxarea este un instrument potrivit pentru a atinge obiectul de reducere a contestațiilor în achiziții, dar și pentru a crește eficiența procesului de achiziție în sine. Chiar și în cazul în care se aplică taxă pentru contestatari, aceasta (valoarea) n-ar trebui să limiteze accesul la justiție pentru agenții economici, dar nici n-ar trebui să determine reducerea gradului de concurență, care reprezintă un element-cheie în obținerea celei mai bune valori pentru bani (*"value for money"*).

Experiența altor țări este diversă și demonstrează că, în funcție de contextual național, calitatea și coerența cadrului normativ, aceasta poate aduce rezultatele scontate, îngreună dreptul persoanelor vătămate la contestare. Totodată, practicile sunt diverse și în ceea ce privește returnarea acestei taxe în funcție de rezultatul examinării contestațiilor, fie este reținută indiferent de rezultat, fie este returnată applicantului în cazul în care contestația a fost admisă.

Deși multe state nu aplică taxarea pentru procedura de contestare în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică, totuși sunt și țări în care se aplică astfel de taxe. De exemplu, în unele state (Lituania, Danemarca) se aplică o taxă fixă. În Lituania, taxa pentru a depune o contestație constituie LTL 1,000 (aprox. 300 EUR) și nu se returnează indiferent dacă este acceptată sau respinsă. Iar în Danemarca, se aplică o taxă de 10,000 DKK (aprox. 1,300 EUR), dar aceasta este returnată contestatarului indiferent dacă contestația a fost admisă sau respinsă. În alte state se aplică un procent din valoarea contractului (Germania, Estonia, Republica Cehă). În Slovacia, se aplică o taxă doar în cazul în care contestația a fost nefondată, iar în Malta, taxa este returnată automat în cazul în care este admisă.

În discuțiile cu autoritățile contractante, a fost adesea pusă problema „contestatarilor de profesie” și „contestațiilor frauduloase”, care utilizează acest instrument menit să asigure dreptul la justiție, în scopuri rău intenționate (nu din motive obiective), ceea ce tergiversează implementarea contractelor de achiziție și creează probleme autorităților contractante.

Asigurarea transparenței în activitatea ANSC

Lipsa transparenței modului în care AAP lua deciziile asupra contestațiilor depuse practic face imposibilă vizualizarea istoricului deciziilor și monitorizarea acestui proces în baza informației publicate (www.tender.gov.md) care este limitată la autoritatea contractantă contestată, obiectul contestației, obiectul achiziției. Carențele respective cauzează lipsa de încredere a sectorului privat în corectitudinea și integritatea sistemului de AP, care, în cele din urmă, generează scăderea gradului de participare a agenților economici la procedurile de AP și, respectiv, a concurenței și eficienței. Această lipsă de transparență și nepublicarea deciziilor AAP cu privire la contestațiile depuse, este evidențiată în același raport SIGMA menționat mai sus, ca fiind o deficiență majoră a actualului sistem. Astfel, pagina web a AAP oferă informații minime în acest sens și anume referitor la denumirea și numărul cazului, fără, însă a oferi acces la textul deplin al deciziei²⁵, fapt recunoscut și de autorități și menționat în SDSAP, în care se specifică că o altă deficiență majoră a practicii curente este lipsa de transparență, deoarece deciziile de revizuire privind contestațiile sunt publicate, dar nu sunt motivate.

Noile modificări în privința sistemului căilor de atac și funcționarea ANSC conțin prevederi care vor asigura transparența în activitatea ANSC, dar presupun și anumite riscuri. Prin urmare, transparența activității va fi asigurată prin următoarele acțiuni:

- Raportul de activitate anual va fi publicat pe pagina web a ANSC în termen de 7 zile de la data prezentării în Parlament. Totuși, nu aceleași prevederi se aplică și celorlalte rapoarte realizate de ANSC.
- 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.
- Decizia ANSC, inclusiv justificarea deciziei, va fi comunicată părților în scris, în termen de 3 zile de la data pronunțării. Deciziile ANSC se publică pe pagina web în termen de 3 zile de la data pronunțării.
- Bugetul ANSC este prevăzut a se elabora și administra conform Legii finanțelor publice și responsabilității bugetar-fiscale (nr. 181/2014), ceea ce denotă că informația bugetară cuprinzătoare se publică într-o manieră clară și accesibilă, iar bugetul aprobat și rapoartele privind executarea acestuia se fac publice.

²⁵ <http://www.sigmaxweb.org/publications/Baseline-Measurement-Moldova-2015.pdf>

Concluzii și recomandări

Având în vedere evoluțiile recente ale reformei instituționale în domeniul AP, modificările operate în cadrul legal, dar și întârzierea în punerea în funcțiune a ANSC, totuși, sunt câteva aspecte pozitive care trebuie evidențiate:

- Modificarea statului ANSC din instituție de specialitate subordonată Ministerului Finanțelor într-o instituție care va dispune de independență organizațională, funcțională, financiară și operațională.
- Reglementarea conflictelor de interese și ajustarea corespunzător a legii 131/2015 pentru a preveni situațiile de conflicte de interese, care, sunt o problemă majoră în domeniul achizițiilor și creează riscuri de corupție.
- Prevederi care vin să asigure transparența în activitatea ANSC și în procesul-decizional, inclusiv prin publicarea deciziilor (cu justificări și argumentări).
- Cooperarea cu societatea civilă în procesul de reformare a sectorului, inclusiv în ceea ce privește îmbunătățirea legislației, elaborarea documentelor strategice.

Dacă e să ne referim nemijlocit la funcționarea ANSC, atunci există și unele aspecte care nu sunt încă prevăzute sau reglementări interpretabile, și care țin nemijlocit de:

- dreptul ANSC de iniția și supune aprobării proiecte de acte normative pe domeniul său de activitate,
- obligația de avizare a proiectelor de acte normative inițiate de alte autorități/instituții publice care conțin prevederi ce intră pe domeniul său de activitate,
- persoanele care pot depune contestații vor fi doar agenții economici participanți, cei care au dorit să participe sau orice persoană care se consideră vătămată în urma unui act al autorității contractante, așa precum este indicat în Nota Informativă la proiectul de modificare al LAP.

Pentru organizarea și funcționarea eficientă a sistemului de remedii și căi de atac, nu este suficientă doar o lege bună. Or, legile bune pot rămâne bune doar în teorie, atâta timp cât nu sunt implementate corespunzător și nu sunt îmbunătățite periodic și ajustate cu standardele internaționale, cu cele mai bune practici. De aceea, este prematur să analizăm în profunzime modul de organizare, asigurarea principiilor de bază în AP și cele de bună guvernare în activitatea ANSC. Prin urmare, venim cu câteva recomandări către ANSC:

- **Respectarea principiului celerității în soluționarea contestațiilor**, principiu care se axează pe furnizarea unor rezultate rapide, astfel încât să se evite tergiversarea procurării bunurilor/serviciilor necesare sau realizarea investițiilor publice planificate.

- **Asigurarea transparenței în procesul decizional prin publicarea deciziilor luate de ANSC pe pagina web instituțională**, precum și motoarele accesibile de căutare care să ofere contestatarilor/utilizatorilor posibilitatea să vizualizeze istoricul deciziilor adoptate. Publicarea deciziilor ANSC va permite oricărui agent economic, organizație care monitorizează corectitudinea și imparțialitatea agenției sau orice altă persoană să analizeze istoricul deciziilor (deciziile ANSC în cazuri similare, potențialele conflicte de interese nedeclarate care promovează vulnerabilități la corupție și lezează drepturile persoanelor vătămate, încălcarea termenilor, etc.).
- **Cooperare printr-un dialog cu caracter permanent** cu autoritățile contractante și comunitatea de afaceri – operatorii economici participanți la procedurile de achiziție publică, etc. Construirea unui dialog permanent și constructiv cu sectorul privat este un element vital pentru sporirea gradului de încredere al acestuia, dar și a întregii societăți în activitatea ANSC.
- **Construirea unui dialog constructiv cu organizațiile societății civile** active pe sectorul achizițiilor, care a demonstrat că poate fi un partener de dialog constructiv, prin suport în implementarea celor mai bune practici, transparentizarea și partajarea informațiilor, rezultatelor pozitive obținute, dar și la identificarea curențelor și vulnerabilităților prin activitățile de monitorizare.
- **Colaborare activă și efectivă cu toate instituțiile care au competențe în domeniul achizițiilor publice** (Ministerul Finanțelor, Agenția Achiziții Publice), precum și cu instituțiile de control în sectorul public (Curtea de Conturi), sau cele cu competențe conexe (Consiliul Concurenței). Comunicare și cooperarea cu Consiliul Concurenței, ar contribui la creșterea eficienței agenției și facilitare a procesului de identificare a practicilor anticoncurențiale care duc de multe ori la contestări din partea participanților care suspectează concurenții și/sau autoritatea contractantă de astfel de acorduri. Or, corupția este una dintre cele mai grave probleme ale sistemului național de AP, care generează consecințe negative în lanț și, uneori, atentează la viața cetățenilor acestui stat.
- **Cooperarea cu alte autorități din domeniu din alte țări** (spre exemplu, România), în scopul de a-și consolida capacitățile prin prelua celor mai bune practici privind implementarea instrumente necesare și utile pentru îmbunătățirea sistemului căilor de atac, pentru prevenirea și diminuarea fenomenului corupției în sectorul AP, fenomen semnalat în toate rapoartele de evaluare / monitorizare ale societății civile sau organizații internaționale.

În concluzie, accesul la sistemul de remedii și căi de atac trebuie să fie neîngrădit și accesibil oricărei persoane care se consideră vătămată. Or, orice neregulă din sectorul AP are efecte multiple asupra societății per ansamblu, care nu doar că trebuie să plătească un cost mai mare pentru un produs/serviciu public de o calitate proastă, dar chiar, uneori este nevoit să achite dublu prin faptul că, urmare a unui acord ilegal contractul rămâne doar pe hârtie, iar ulterior, costurile din bugetul public se alocă repetat, etc.

Referințe bibliografice

1. Legea nr. 96-XVI din 13.04.2007 privind achizițiile publice.
2. Legea nr. 131 din 03.07.2015 privind achizițiile publice.
3. Legea nr. 229 din 23.09.2016 pentru modificarea și completarea unor acte legislative.
4. Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (România).
5. Strategia de dezvoltare a sistemului de achiziții publice în Moldova pentru anii 2016-2020 și Planul de acțiuni privind implementarea acesteia.
6. Diana Enachi, Viorel Chivriga. Achizițiile publice în Republica Moldova - probleme, reglementări noi și reforme așteptate. IDIS „Viitorul”, Chișinău, 2016.
7. Agenția Achiziții Publice. Raportul privind activitatea desfășurată în perioada anului 2015.
8. SIGMA 2015. Baseline Measurement Report: The principles of Public Procurement Administration, (SIGMA Programme).
9. PPN 2011. The comparative survey on the public procurement systems across the Public Procurement Network, Authority for the Supervision of Public Contracts.
10. The World Bank 2015. Final Report: methods to reduce the number of review procedures in public procurement in Romania – review of the draft public procurement remedies law.
11. <http://tender.gov.md/>
12. <http://mf.gov.md/>
13. <http://parlament.md/>
14. <http://gov.md/ro/>
15. <http://www.oecd.org/>
16. <http://www.worldbank.org/>
17. <http://www.publicprocurementnetwork.org/>
18. <http://www.ebrd.com/>
19. <http://www.sigmaweb.org/>
20. <http://www.cnsc.ro/>

