

PLATFORMA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE

ȘEDINȚA NR.2



CHIȘINĂU; STR. PUSKIN, 32; BRISTOL CENTRAL PARK HOTEL; SALA DE CONFERINȚĂ "ASSEMBLY HALL"

Contestațiile neîntemeiate: evoluție, cauze și soluții pentru eficientizarea procesului de contestație și achiziție publică

1. INTRODUCERE

Dreptul la contestare în cadrul procedurilor de achiziție publică/sectorială este prevăzut de cadrul legal, fiind determinat de două condiții: interesul de a obține contractul și existența dreptului vătămat.

În Republica Moldova, **organul responsabil de examinarea și soluționarea contestațiilor** este Agenția Națională pentru Soluționarea Contestațiilor, o autoritate autonomă și independentă care este responsabilă de revizuirea deciziilor autorităților contractante în procesul de atribuire a unui contract.



DATE STATISTICE

Din momentul în care a fost instituită și a devenit funcțională și până în prezent, ANSC a adoptat **5179 de decizii ca urmare a examinării și soluționării a circa 6276 de contestații**. În ultimii 3 ani (2021-2023), numărul contestațiilor este unul relativ stabil, fiind înregistrată o ușoară scădere în 2023 (1012 contestații) comparativ cu anul 2022 (1135) și 2021 (1095).

În general, numărul contestațiilor formulate de operatorii economici în cadrul procedurilor de achiziție poate fi interpretat ca un **indicator al încrederii în sistemul de contestații**.



ARGUMENTAREA SI NECESITATEA STUDIULUI

În contextul lansării inițiativei de a crea Platforma Națională pentru Achiziții Publice (în continuare PNAP), echipa IDIS „Viitorul” a discutat cu actorii principali din sectorul achizițiilor în scopul identificării provocărilor din procesul de achiziție care necesită a fi abordate și soluționate prin identificarea și implementarea celor mai eficiente politici și/sau instrumente.

Subiectul contestațiilor formulate în cadrul procedurilor de achiziție publică și, mai recent, sectorială, a prezentat și continuă să prezinte interes sporit, atât pentru autoritățile contractante și operatorii economici, cât și pentru instituțiile de reglementare.

Analiza subiectului contestațiilor neîntemeiate este importantă și actuală și din perspectiva angajamentelor care derivă din statutul Republicii Moldova de țară-candidat pentru aderarea la Uniunea Europeană și anume îmbunătățirea achizițiilor publice la toate nivelurile de guvernare.

OBIECTUL STUDIULUI

Cu toate că este complicat de identificat și, mai ales, demonstrat că unele contestații sunt depuse cu rea-intenție, studiul analizează datele privind contestațiile respinse ca fiind neîntemeiate, contestațiile retrase de operatorii economici și practicile altor țări.

Concluziile vor servi drept argument pentru implementarea unor politici care să descurajeze operatorii economici să conteste cu rea-intenție, asigurând totodată dreptul la contestare oricărui operator economic interesat de o procedură de achiziție.

DREPTUL LA CONTESTARE

Conform art. 82, alineatul (1) din legea 131/15 privind achizițiile publice, orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv. Așadar, dreptul de a contesta este determinat de două condiții:

- 1. interesul de a obține contractul și**
- 2. existența dreptului vătămat.**

DREPTUL LA CONTESTARE

Adițional, prin legea nr. 396/2023 a fost modificată legea nr. 131/2015 (în vigoare din 1 ianuarie 2024), fiind completat articolul 82. Dreptul la contestare.

Așadar, alineatul (11) prevede „se consideră că ofertanții sunt interesați **dacă nu au fost excluși definitiv**. O excludere este definitivă dacă a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de către ANSC, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac la ANSC. Ofertanții care nu au fost excluși definitiv sunt considerați interesați în contestarea deciziei de reevaluare a ofertelor dacă au contestat decizia inițială de atribuire a contractului/de anulare a procedurii de achiziție publică.”

Iar, alineatul (5) prevede că operatorul economic are obligația de a-și exercita cu **bună-credință** dreptul prevăzut la alin. (1).

ANALIZA PROBLEMEI. Analiza contestatiilor in 2023

Valoarea achizițiilor contestate	4,8 mlr. lei
<u>Numarul contestatiilor</u> depuse în 2023	1012
Ponderea procedurilor de achiziție contestate în total achizițiilor desfășurate	10%
Durata medie de soluționare în fond a unei contestații	18 zile⁴
Numărul deciziilor emise de ANSC	846
Ponderea contestațiilor respinse/restituite, fără examinare în fond	23%
Ponderea contestațiilor respinse ca neîntemeiate	50%
Ponderea contestațiilor admise integral sau parțial	43%
Numărul contestațiilor retrase de operatorii economici	121

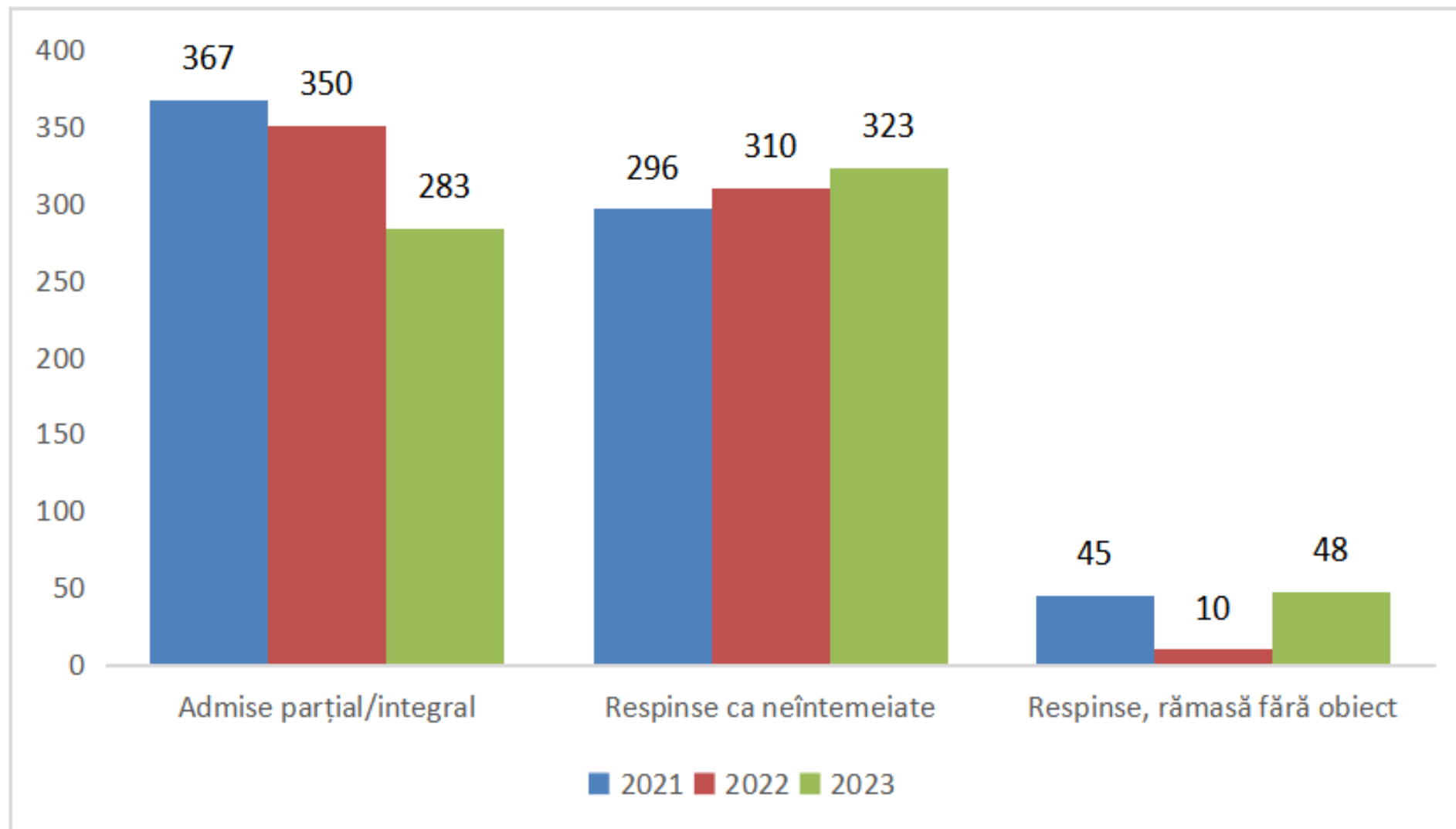
ANALIZA CONTESTAȚIILOR RESPINSE CA NEÎNTEMEIATE

Datele statistice privind contestațiile arată că în anul 2023, jumătate din numărul total contestațiilor examinate în fond de ANSC (654 decizii emise) au fost respinse ca neîntemeiate (323). În timp ce 43% dintre contestațiile examinate în fond au fost admise integral sau parțial (283 contestații). Iar în prin celelalte 48 de decizii (7%), contestațiile au fost respinse ca rămase fără obiect. De subliniat aici că acest fapt a fost determinat de acțiunile de remediere/anulare a actelor contestate, întreprinse de autoritățile contractante. Respectiv, aceste contestații nu pot fi catalogate ca fiind abuzive sau cu rea-intenție.

Dimpotrivă, am putea afirma, că prin formularea contestației, operatorii economici au contribuit la remedierea neregulilor din procesul de atribuirea contractului de achiziție sau anularea actelor emise cu încălcarea legislației. Chiar și în aceste condiții, în 2023 comparativ cu 2022, se constată o reducere semnificativă, de 19,1%, a contestațiilor admise integral sau parțial.

ANALIZA CONTESTAȚIILOR RESPINSE CA NEÎNTEMEIATE

Diagrama nr. 1. Evoluția deciziilor ANSC în perioada 2021-2023



CONCLUZII PRIVIND EVOLUȚIA CONTESTAȚIILOR

Datele privind deciziile ANSC și analiza evoluției rezultatelor contestațiilor formulat în ultimii 3 ani (2021-2023) arată un tablou interesant.

Astfel, avem un **trend descrescător pentru contestațiile admise total/parțial** și un **trend crescător pentru contestațiile respinse ca neîntemeiate**. Numărul contestațiilor admise parțial/integral s-a redus cu 22%, în timp ce numărul contestațiilor respinse ca neîntemeiate a crescut cu circa 9,1%.

În baza datelor din diagramă, dacă comparăm ponderea contestațiilor admise parțial/integral cu cele respinse ca neîntemeiate, se constată că, atât în anul 2021 (41%), cât și 2022 (46), avem o pondere mai mare a contestațiilor admise parțial/integral. Însă, în anul 2023, se înregistrează o pondere mai mare a contestațiilor respinse ca neîntemeiate (50%). În concluzie, constatăm o creștere cu 9p.p a ponderii contestațiilor respinse ca neîntemeiate, de la 41% în anul 2021 la 50% în 2023.

ANLIZA CONTESTAȚIILOR RETRASE

În scopul analizei măsurii în care contestațiile neîntemeiate generează un impact negativ asupra proceselor de atribuire a contractelor de achiziții, care au fost analizate contestațiile retrase în anul 2023.

Cu toate că o contestație retrasă poate fi generată de acceptarea argumentelor prezentate de autoritate, implementarea măsurilor de remediere de către autoritate și deci, rămasă fără obiect sau apreciată de însăși contestator ca fiind neîntemeiată. Totuși, o contestație retrasă fără invocarea motivelor care au stat la baza acestei decizii, poate semnaliza posibile riscuri, inclusiv riscul de atribuire a contractului de achiziție cu încălcarea legislației, dar și fraudă, corupție. Legislația în vigoare prevede că odată retrasă, contestația și pretențiile înaintate de contestatar nu mai sunt examinate de ANSC. În pofida faptului că operatorul își retrage contestația, deci nu mai are pretenții la autoritatea contractantă, acest fapt nu denotă lipsa ilegalităților în procedura de achiziție.

ANLIZA CONTESTAȚIILOR RETRASE

Conform datelor din Raportul ANSC, în anul 2023, circa 12% din contestații au fost retrase (121 din totalul a 1012 contestații). În comparație cu anul 2022, numărul contestațiilor retrase s-a redus cu 8,3%, ceea ce poate fi explicat și prin reducerea numărului de contestații depuse cu 10,8%.

Important este să analizăm motivele retragerii contestațiilor pentru a putea stabili obiectivitatea acestora. Astfel, în cazul a:

- 53 (44%) din cele 121 de contestații retrase, argumentele autorității au fost acceptate de contestator;
- 18 contestații (15%) au fost retrase pe motivul implementării măsurilor de remediere de către autoritate;
- 14 contestații (12%) au fost retrase fiind apreciate de contestator ca neîntemeiate;
- 3 contestații (2%), procedura a fost anulată și, respectiv, contestația rămasă fără obiect.
- 33 de contestații retrase (27%), contestatorii nu au menționat motivul retragerii.

Concluzie: în majoritatea cazurilor, chiar dacă au fost retrase ulterior, contestațiile cel mai probabil au fost întemeiate inițial. Mai mult, prin contestare, operatorii economici au contribuit la remedierea abaterilor din procesul de achiziție și prevenirea atribuirii contractului de achiziție cu încălcarea legislației.

ANALIZA CONTESTAȚIILOR FORMULATE DE TOPUL CELOR 5 CONTESTATORI

→ Tabelul nr. 2. Analiza contestațiilor formulat de 5 top contestatori în anul 2023

<u>Contestator</u>	Contestații depuse	Contestații admise și parțial admise		Contestațiile retrase		Contestații respinse ca neîntemeiate	
		Nr.	%	Nr.	%	Nr.	%
Manticora SRL	15	11	73%	1	7%	3	20%
<u>Medeferent Grup SRL</u>	15	8	53%	4	27%	3	20%
Polimer Gaz Construcții SRL	14	11	79%	2	14%	1	7%
<u>Luxgaz SRL</u>	14	6	42%	4	29%	4	29%
Dita Estfarm SRL	13	3	23%	7	54%	3	23
TOTAL	71	39	55%	18	25%	14	20%

Sursa: elaborat de autori în baza datelor statistice din raportul ANSC pentru 2023

ANALIZA CONTESTAȚIILOR FORMULATE DE TOPUL CELOR 5 CONTESTATORI

Concluzii:

În baza analizei rezultatelor contestațiilor celor 5 top contestatori, constatăm că, în mediu, fiecare a 4a contestație a fost retrasă (25%), iar 20% dintre contestații au fost respinse ca fiind neîntemeiate. Totodată, mai mult de jumătate din contestații (55%) au fost admise sau parțial admise.

În pofida faptului că avem un procent relativ mare al contestațiilor retrase, în marea majoritatea a cazurilor, motivul retragerii este fie acceptarea de către contestator a argumentelor prezentate de autoritate, fie ca urmare a măsurilor de remediere de către autoritate. Similar și în cazul contestațiilor respinse ca neîntemeiate, ponderea acestora este relativ mică (20%) ceea ce este insuficient pentru a argumenta necesitatea instituirii unor instrumente precum garanția sau taxa pentru contestații.

Identificarea opțiunilor și analiza impactului

Opțiunea 1. Instituirea unei cauțiuni /garanții la depunerea unei contestații

Instituirea unei cauțiuni calculată în funcție de valoarea achiziției a fost de-a lungul ultimilor ani un subiect abordat în spațiul public ca un potențial instrument de reducere a contestațiilor neîntemeiate și chiar abuzive. Prima tentativă de a introduce cauțiunea la depunerea unei contestații a fost proiectul de lege nr. 202 înregistrat în parlament pe 24.08.2021. Autorii inițiativei legislative, un grup de deputați în Parlament, propuneau instituirea obligației de a depune o garanție pecuniară în mărime de 1% din valoarea lotului contestat, dar nu mai mult de 100 mii lei. În cazul în care ANSC respinge contestația ca fiind neîntemeiată, suma garanției urma a fi virată pe contul Agenția Achiziții Publice. Iar, în cazul în care contestația este admisă sau admisă parțial, s-ar fi returnat contestatarului, timp de 10 zile lucrătoare. Proiectul prevedea că mijloacele financiare vor fi acumulate ca venit la bugetul de stat.

Opțiunea 1. Instituirea unei cauțiuni /garanții la depunerea unei contestații

Ulterior, printr-un amendament, s-a propus modificarea proiectului de lege și, în speță, redenumirea în „plată pentru contestare” și reducerea mărimii acesteia la 0,5% din valoarea estimată a lotului/loturilor contestate.

Totodată, s-a propus un plafon minim, în valoare de 5000 lei și un plafon maxim de 25.000 lei. La fel, s-a propus modificarea metodei de transfer a plății și instituția responsabilă de încasare a plății fiind ANSC. Mecanismul de restituire a plății propus prevedea că ANSC va restitui parțial plata pentru contestare în anumite condiții.

Însă, în aprilie 2023, proiectul a primit aviz negativ din partea Guvernului și respectiv, nu a fost propus spre examinare în Parlament.

PRACTICELE ALTOR STATE DIN UE

Dacă e să analizăm practicile din UE, atunci sunt state care nu au prevăzute taxe pentru contestare: Belgia, Franța, Luxemburg, Portugalia, Spania.

Sunt însă și state care au prevăzute taxe/plăți obligatorii la depunerea unei contestații: Estonia, Lituania, Croația, Danemarca, Letonia, Malta, Republica Cehă, România.

Prevederile privind implicațiile financiare în procesul de contestare variază mult de la un stat la altul în funcție de autoritate, cale de atac, valoarea contractului, pragurile stabilite în lege, etc.

În România, din anul 2018, operatorii economici au obligația legală de a constitui la momentul depunerii unei contestații o cauțiune al cărui quantum este 2% și se calculează în funcție de valoarea estimată a procedurii de achiziție publică și de etapa procedurală a procedurii de atribuire în care se depune contestația. Datele statistice privind contestațiile arată că acest fapt nu a constituit o barieră pentru creșterea numărului de contestații de circa 13,4% în 2023 comparativ cu 2022.

Opțiunea 1. Instituirea unei cauțiuni /garanții la depunerea unei contestații

Avantaje:

- Responsabilizarea operatorilor economici care vor fi astfel motivați să analizeze obiectiv oportunitatea de a contesta o procedură de achiziție, având argumente clare și pertinente.
- Reducerea numărului de contestații neîntemeiate ceea ce ar reduce din povara administrativă a autorității contractante, a ANSC, ar îmbunătăți calitatea deciziilor și potențial reduce timpul de soluționare a contestațiilor.
- Reducerea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publice care sunt, fie tergiversate și chiar ajung să fie anulate, să fie ratată sursa de finanțare, etc.

Opțiunea 1. Instituirea unei cauțiuni /garanții la depunerea unei contestații

Dezavantaje și riscuri:

- Descurajarea contestării de către operatorii economici, în primul rând din motivul necesității blocării unor resurse financiare, dar și prin instituirea unei proceduri suplimentare care, nefiind respectată poate determina respingerea contestației din acest motiv și nu, neapărat, pentru încălcările sesizate în procesul de achiziție.
- Creșterea numărului contractelor de achiziție atribuite de către autorități/entități contractante cu încălcarea legislației, având în vedere că, la modul practic, contestația est unicul mecanism prin care o procedură de achiziție viciată poate fi remediată sau chiar stopată, după caz.
- Sporirea riscurilor, inclusiv cele de corupție prin implicațiile financiare și organizaționale determinate de stabilirea responsabililor de încasare a garanției și stabilirea corectitudinii acesteia, iar în cazul unor abateri, de solicitare a completării acesteia; eliberarea dovezii de depunere a garanției, precum și modalitățile de virare și de restituire a garanției în cazurile prevăzute.

Opțiunea 2. Instituirea unei taxe obligatorii la depunerea contestației

Instituirea unei taxe care se achită la depunerea contestației, de regulă în sumă fixă, și care nu se restituie contestatorului, indiferent de soluția pronunțată de ANSC.

Practica României demonstrează că o astfel de taxă nu ar o soluție eficientă. Or, anterior instituirii actualei cauțiuni, în România a existat o garanție de bună conduită, ce reprezintă o cauțiune care condiționa soluționarea acesteia și care era reținută în cazul respingerii contestației. Însă, printr-o decizie a Curții Constituționale, a fost declarată neconstituțională, fiind argumentată prin faptul că era îngrădit accesul liber la justiție prin descurajarea operatorilor economici de a depune o contestație, considerându-se că orice respingere se convertește într-o sancțiune pentru un comportament necorespunzător. În același timp, a fost recunoscut dreptul operatorului economic, la restituirea cauțiunii, indiferent de soluția pronunțată.

Opțiunea 2. Instituirea unei taxe obligatorii la depunerea contestației

Avantaje:

- **☒ O taxă fixă ar simplifica procesul de administrare, încasare, stabilire a corectitudinii plății (comparativ cu, cauțiunea, nu este necesară restituirea în caz de respingere a contestației ca neîntemeiată);**
- **☒ Ar genera venituri suplimentare la bugetul de stat;**
- **☒ Ar reduce potențial, dar nu neapărat, numărul contestațiilor, ceea ce potențial ar putea contribui la reducerea timpului de soluționare a contestațiilor și sporirea calității deciziilor pronunțate de ANSC.**

Opțiunea 2. Instituirea unei taxe obligatorii la depunerea contestației

Dezavantaje și riscuri

- [?]Ar îngreuna dreptul operatorilor economici la contestare, în special, a întreprinderilor micro și mici care ar putea fi descurajate să participe la achizițiile publice;
- [?]Ar descuraja operatorii economici de bună-credință să depună o contestație prin care să sesizeze încălcări ale legislației în procesul de achiziții și astfel ar spor numărul contractelor atribuite cu încălcări ale legii.
- [?]Ar genera costuri suplimentare și resurse, inclusiv umane din partea instituției care ar fi responsabilă de gestionare a procesului de încasare a taxei, stabilirea corectitudinii acesteia, etc.

Opțiunea 3. Instituirea garanției bancare doar la licitațiile publice

Instituirea garanției bancare doar la licitațiile publice, prin stabilirea, de exemplu, a unui plafon de 15.000 lei care ar putea contribui la reducerea contestațiilor abuzive, cu reamintire. În cazul achizițiilor prin COP, nu ar fi valabilă având în vedere că participă companii mici cu capacități financiare mai reduse. În acest caz ar fi mare riscul descurajării participării IMM-urilor la procedurile de achiziție publică, fapt ce contravine politicilor statului în acest sens.

Suplimentar, pentru a nu descuraja operatorii economici de a formula o contestație, în special cei fără experiență pe piața achizițiilor, se propune instituirea unui număr maxim de contestații fără plată, iar atunci când OE depășește plafonul stabilit, atunci se activează garanția bancară. Cu toate acestea, există riscul să fie îngrădit dreptul la contestare, în special în cazul în care marea majoritatea a contestațiilor ar fi admise integral sau parțial. În acest caz, având în vedere implicațiile financiare, chiar și fiind îndreptățit să conteste, există riscul ca operatorul să se rețină de la formularea unei contestații.

Opțiunea 4. Păstrarea politicii actuale cu îmbunătățiri

Analiza datelor privind contestațiile în general, precum și cele neîntemeiate sau retrase nu a evidențiat o necesitate stringentă și urgentă de a introduce o cauțiune/plată/garanție la depunerea unei contestații.

În pofida faptului că numărul și ponderea contestațiilor respinse ca neîntemeiate au crescut în 2023, totuși, această creștere nu este una semnificativă. În plus, este foarte complicat de catalogat o contestație ca fiind depusă cu rea-intenție. Iar, instituirea unor instrumente nu ar trebui să descurajeze operatorii economici care sunt îndreptățiți să conteste și astfel să contribuie la corectarea unei proceduri de achiziție viciată.

Așadar, ar fi o opțiune și păstrarea politicii actuale (fără instituirea unei taxe/cauțiuni/garanții) dar sunt necesare îmbunătățiri după cum urmează:

Îmbunătățiri necesare în condițiile actuale

☒ Cu toate că transparența procesului de contestare este la un nivel destul de ridicat, totuși, este necesară digitalizarea integrală a procesului de depunere, soluționarea a contestației și emiterea deciziei ANSC. Actualmente, publicul nu are acces la procesul și datele privind contestațiile retrase.

☒ Îmbunătățirea cadrului legal și a documentației standard pentru bunuri/servicii și lucrări în scopul clarificării documentelor care sunt obligatorii și, respectiv, se depun odată cu oferta, precum și a documentelor care sunt subiectul DUAE și deci pot fi solicitate ulterior de autoritate în procesul de evaluare, fapt care nu este cunoscut de către ceilalți ofertanți.

☒ Dezvoltarea funcționalităților sistemului electronic de achiziții astfel încât să includă etapa de evaluare și astfel să fie disponibile ofertanților informația privind clarificările/completările la dosar care survin la această etapă. Aceasta ar reduce numărul contestațiilor depuse cu bună-credință, dar care ulterior sunt respinse ca neîntemeiate, având în vedere că documentele de calificare suplimentare au fost puse la dispoziția autorității de către ofertantul declarat câștigător.

Îmbunătățiri necesare în condițiile actuale

?? Programe de instruire permanente pentru autoritățile contractante și operatorii economici, inclusiv prin platforme de tip e-learning care să ofere posibilitatea oricărui operator să acceseze online un curs privind etapele procesului de contestare, cadrul legal, etc. Aceste măsuri ar contribui la reducerea contestațiilor depuse tardiv, insuficient argumentate sau cu încălcarea procedurii de contestare care nu permite examinarea în fond a contestației. Totodată, ar contribui la sporirea capacităților autorităților și, în consecință, a calității documentației de atribuire, a procesului de evaluare și atribuire a contractului.

Monitorizarea implementării deciziilor ANSC de către autoritățile contractante care prin eludarea legii, ignoră deciziile ANSC. Astfel de cazuri au fost monitorizate de societatea civilă. În speță, AGER a scris despre un contract atribuit de către Pretura Sectorului centru către, „Credo Industry” SRL contrar deciziilor ANSC. Un alt caz similar monitorizat de AGER este procedura de achiziție desfășurată de Direcția Învățământ, Tineret și Sport Briceni care a fost contestată de 6 ori, dintre care în 5 cazuri contestația a fost admisă de ANSC, iar într-un caz a fost depusă tardiv.



PARTNERSHIP FOR
TRANSPARENCY



VĂ MULTUMESC PENTRU ATENȚIE!



ÎNTREBĂRI? SUGESTII? PROPUNERI?