

Efecte ale încălcării normelor de concurență asupra participării la achiziții publice

10.11.2017

Ramona Pentilescu

**MORE
THAN
JUST
EXPERTISE™**

Cazuri de excludere din procedura de atribuire rezultate din încălcarea normelor de concurență

Reglementare:

- La nivel european: Directiva 2014/24/UE – art. 57 alin. (4) literele c), d), f)
- La nivel național: Legea nr. 98/2016 - art. 167 alin. (1) literele c), d), f), precum și alineatele (3) – (7)

Tip de excludere

- La nivel european: Excludere facultativă. Stabilirea aprecierii asupra excluderii este lăsată la latitudinea statelor membre
- La nivel național: Excludere obligatorie

Cazuri de excludere rezultate din încălcarea normelor de concurență

- (1) Încălcarea normelor de concurență ("abatere profesională gravă");
- (2) Încheierea de acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză;
- (3) Participarea anterioară a ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire.

Termen de excludere:

- ❑ **3 ani de la data** apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant (în cazul în care nu există o hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă)

Cazul (1): Încălcarea normelor de concurență ("abatere profesională gravă")

Reglementarea actuală a cazului

Art. 167 din Legea nr. 98/2016

"(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c) **a comis o abatere profesională gravă** care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin **orice mijloc de probă adecvat**, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi **încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor** sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.

(4) Dispozițiile alin. (1) lit. c) sunt aplicabile și în situația în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin. (2)* este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1)**.

*Un membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al ofertantului sau o persoană care are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

** Infrațiuni, de exemplu: constituirea unui grup infracțional organizat, infracțiuni de corupție, infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene

Cazul (1): Încălcarea normelor de concurență ("abatere profesională gravă") - continuare

Cum se poate dovedi acest caz de excludere de către autoritatea contractantă

- ❑ *"Prin orice mijloc de probă adecvat, **cum ar fi** o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative"*
- ❑ Legea nu distinge în mod expres, însă interpretarea acesteia și practica recentă sunt în sensul că excluderea operează și în cazul unei **decizii nedefinitive**.

Discuție:

- *Respectă această reglementare dreptul la apărare/prezumția de nevinovăție?*
- *Trimiterea exemplificativă la existența unei "decizii administrative" – poate conduce la interpretarea că sunt incluse aici și procedurile de control precursoare emiterii unei decizii de sancționare?*

Cazul (1): Încălcarea normelor de concurență ("abatere profesională gravă") - continuare

Reglementarea anterioară a cazului

Art. 181 din OUG nr. 34/2006

*"Autoritatea contractantă **are dreptul** de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin **hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești**, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională"*

Diferențe de reglementare:

- excluderea era facultativă;
- mijloc de probă/condiție de operare - **hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești**.

Discuție:

Care este legea aplicabilă în cazul în care fapta la care se referă cazul de excludere prevăzut de legea nouă a fost săvârșită sub imperiul legii vechi?

Cazul (1): Încălcarea normelor de concurență ("abatere profesională gravă") - continuare

Legea aplicabilă în cazul succesiunii de modificări legislative. Posibile repere jurisprudențiale

*Cauza T-151/16 – NV vs. Comisia Europeană**

*"În prezența unei evoluții a reglementării privind sancțiunile administrative, care ar conduce la faptul că în privința anumitor aspecte noua reglementare este mai puțin severă, dar în privința altor aspecte, mai severă decât cea anterioară, în scopul de a determina reglementarea mai favorabilă nu trebuie să se procedeze la o analiză abstractă, ci trebuie să se determine cea care, **in concreto**, este cea mai favorabilă întreprinderii în cauză, ținându-se cont de situația sa"*

* Hotărârea din 27 iunie 2017, dată în interpretarea Regulamentului Financiar – proceduri de achiziții/excludere din procedură

Discuție:

Un operator economic a fost sancționat, în anul 2017 (sub imperiul Legii nr. 98/2016)), pentru săvârșirea unei fapte anti-concurențiale în anul 2015 (sub imperiul OUG nr. 34/2006). Care este reglementarea mai favorabilă:

- anterior rămânerii definitive a deciziei?
- ulterior rămânerii definitive a deciziei?

Cazul (1): Încălcarea normelor de concurență ("abatere profesională gravă") - continuare

Termen de excludere

❑ Prevederea legală:

În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, **3 ani de la:**

- data apariției situației,
- săvârșirii faptei sau
- producerii evenimentului relevant.

❑ Probleme practice. Discuție

- ✓ Care este punctul de pornire al calculului termenului de 3 ani în cazul încălcării regulilor de concurență?
- ✓ Se poate susține că, pentru cazurile de excludere prevăzute de art. 167 lit (c) calculul termenului începe de la "data săvârșirii faptei"?
- ✓ Care este reglementarea mai favorabilă?

Cazul (2): Încheierea de acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză

Reglementare

Art. 167 lit. d) din Legea nr. 98/2016

*"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: d) autoritatea contractantă are suficiente **indicii rezonabile/informații concrete** pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici **acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.**"*

Condiție pentru operare

*"Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), **autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere** cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile."*

Cazul (2): Încheierea de acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză - continuare

Noțiunea de "Indicii plauzibile"

Se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ:

- a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire;*
- b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură;*
- c) [fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a depune oferte alternative sau de a oferta pentru mai multe loturi]* un ofertant/candidat a depus două sau mai multe oferte/solicitări de participare, atât individual cât și în comun cu alți operatori economici sau doar în comun cu alți operatori economici;*
- d) [fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a depune oferte alternative sau de a oferta pentru mai multe loturi]* un ofertant/candidat a depus ofertă/solicitare de participare individuală/în comun cu alți operatori economici și este nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte/solicitări de participare.*

**Există o propunere de modificare a alin. (5) a art. 167 prin includerea acestei precizări*

Cazul (2): Încheierea de acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză - continuare

Condiție pentru operarea cazului de excludere

”Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile.”

Discuție:

- Care este forța juridică a punctului de vedere exprimat de Consiliu în această etapă?
- În ce condiții Consiliul ar putea să emită (i) inițial un punct de vedere prin care să susțină permiterea participării la procedură, iar ulterior (ii) să deschidă o investigație și să pronunțe o decizie de sancționare?
- Care ar fi efectele unei asemenea situații asupra contractelor deja atribuite (mai ales în cadrul proiectelor finanțate prin fonduri europene)?

Cazul (3): Participarea anterioară a ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire - continuare

Reglementare

Art. 167 din Legea nr. 98/2016

*"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o **distorsionare a concurenței**, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe."*

Condiție pentru operarea cazului de excludere

Art. 140 alin. (3) din Legea nr. 98/2016

"Înainte de orice astfel de excludere, candidații sau ofertanții trebuie să aibă posibilitatea de a demonstra că implicarea lor în pregătirea procedurii de achiziție nu poate denatura concurența."

Cazul (3): Participarea anterioară a ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire - continuare

Măsuri pentru a evita distorsionarea concurenței

Art. 140 din Legea nr. 98/2016

(1) *În situația în care un candidat/ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 139 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, **autoritatea contractantă ia toate măsurile necesare** pentru a se asigura că participarea respectivului candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența.*

(2) *Măsurile prevăzute la alin. (1) pot include, printre altele, **comunicarea către ceilalți candidați/ofertanți** a informațiilor relevante care au fost transmise în contextul participării candidatului/ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire sau care decurg din această participare și **stabilirea unor termene corespunzătoare pentru depunerea ofertelor.***

Observații. Discuții

- ✓ Este autoritatea contractantă competentă să determine efectului "distorsionant" al participării anterioare la pregătirea procedurii de atribuire?
- ✓ Cum se poate apărea un ofertant în această situație?

Posibilitatea de participare la proceduri de atribuire chiar în cazul incidenței unui motiv de excludere (Self-cleaning)

Reglementare

Art. 171 din Legea nr. 98/2016

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Condiție de aplicare

Procedura de self-cleaning nu poate fi invocată/aplicată pe toată perioada de excludere stabilită printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată prin care s-a aplicat măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România.

Posibilitatea de participare la proceduri de atribuire chiar în cazul incidenței unui motiv de excludere (Self-cleaning)

Dovezile pentru demonstrarea credibilității.

Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la:

- *efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită,*
- *clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și*
- *la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.*

Posibilitatea de participare la proceduri de atribuire chiar în cazul incidenței unui motiv de excludere (Self-cleaning)

Aspecte practice. Discuții

- ✓ Interpretarea măsurilor de self-cleaning și dreptul la apărare

Cauza T-151/16 – NV vs. Comisia Europeană

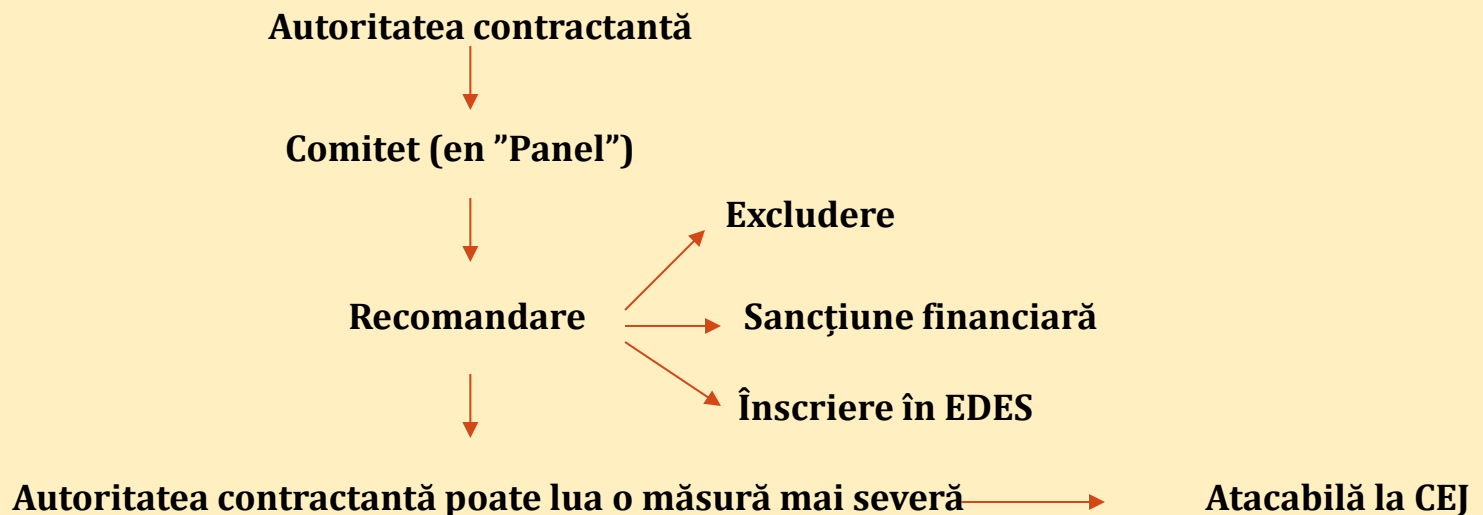
*”Astfel, deși decizia atacată arată ca s-au luat în considerare măsurile de remediere ale reclamantei pentru a se stabili durata excluderii reținute, în aceasta nu figurează niciun motiv care să arate din ce motiv ele nu ar fi fost suficiente pentru îndeplinirea condițiilor prevăzute în dispoziția menționată. Este necesar să se concluzioneze că Comisia nu a examinat dacă trebuia să aplice sau să nu aplice această dispoziție. În această privință, trebuie precizat că argumentul invocat în memoriul în apărare al Comisiei, conform căruia nerecunoașterea de către reclamantă, în timpul procedurii în contradictoriu, a caracterului intenționat din partea sa al organizării unor proceduri concurențiale fictive evidențiate în raportul OLAF arăta că nu exista fiabilitate în privința sa, nu poate fi acceptat. Astfel, **un operator economic care face obiectul unei proceduri de sancționare are întotdeauna dreptul de a se apăra împotriva motivelor invocate împotriva sa, iar exercitarea acestui drept nu aduce atingere aprecierii fiabilității sale ulterior faptelor care îi sunt imputate, având în vedere măsurile de remediere pe care le-a putut adopta.**”*

- ✓ Capacitatea administrativă și instituțională a autorităților contractante române de a lua decizii cu privire la măsurile de self-cleaning luate de operatorii economici.
- ✓ Posibilitatea obținerii de decizii/hotărâri contradictorii cu privire la recunoașterea măsurilor de self-cleaning.

Excludere si self-cleaning în alte jurisdicții

Achizițiile realizate de Comisia Europeana

- ❑ Reglementate prin Regulamentul Financiar (Regulamentul nr. 966/2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) Nr. 1605/2002 al Consiliului);
- ❑ Instituie un sistem de evaluare și decizie asupra cazurilor de excludere care impun o "evaluare preliminară în drept" = cazurile de excludere care nu se bazează pe existența unei hotărâri definitive:



Efecte ale cazurilor de excludere asupra contractelor în derulare

Art. 223 din Legea nr. 98/2016

*Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă **are dreptul de a denunța unilateral** un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:*

- a) contractantul **se afla, la momentul atribuirii**, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167;*
- b) contractul **nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv**, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.*

Art. 73: Încetarea contractului din Directiva 2014/24/CE

Statele membre se asigură că autoritățile contractante au posibilitatea, cel puțin în următoarele circumstanțe și în condițiile stabilite de legislația națională aplicabilă, de a determina încetarea unui contract de achiziții publice în perioada sa de valabilitate, în cazul în care:

- a) contractul a făcut obiectul unei modificări substanțiale, care necesita o nouă procedură de achiziții publice în conformitate cu articolul 72;*
- b) contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile menționate la **articolul 57 alineatul (1)** [Nota: transpus în art. 164] și, prin urmare, ar fi trebuit să fie exclus din procedura de achiziții publice;*
- c) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din tratate și din prezenta directivă, declarată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene printr-o procedură în temeiul articolului 258 din **TFUE**.*