

Conflictul de interese în atribuirea acordului-cadru. Utilizarea defectuoasă a acordului-cadru în detrimentul unei concurențe neîngradite



Sumar. *În etapa de evaluare a incidenței conflictului de interese într-o procedură de achiziție publică ce are ca obiect atribuirea unui acord-cadru, verificările asupra intervenirii unei atare posibile sancțiuni ar trebui raportate la contractele subsecvente, în funcție de obiectul specific al acestora. O astfel de abordare va asigura o concurență reală între participanții la procedura de atribuire și va preîntâmpina utilizarea și transformarea acordului-cadru într-un mecanism de denaturare a concurenței.*

Context. În practica recentă, o autoritate contractantă a încadrat drept conflict de interese situația în care un operator economic, membru al unei asocieri, a participat la o procedură de atribuire a unui acord-cadru, care se dorea să se încheie cu mai mulți ofertanți și care avea ca obiect încheierea de contracte subsecvente de dirigenție a multiple contracte de execuție de lucrări. Printre aceste contracte subsecvente ce urmau să fie supervizate era inclus și un contract de execuție de lucrări în care operatorul economic respectiv deținea calitatea de proiectant, contract ce fusese derulat anterior inițierii noii proceduri de atribuire a acordului-cadru de servicii de dirigenție.

În mod evident, acordul-cadru avea ca obiect achiziția de servicii de dirigenție pentru o serie de proiecte (cunoscute, dar și necunoscute), iar nu doar pentru proiectul în care operatorul economic deținea și calitatea de proiectant. În concret, operatorul economic în privința căruia exista posibilitatea de a dubla calitatea de proiectant cu cea de supervisor al lucrărilor, va avea desigur opțiunea de a nu depune oferta pentru contractul subsecvent de dirigenție a lucrărilor cu privire la proiectul în care deținea calitatea de proiectant sau, după caz, pentru orice viitoare contracte subsecvente unde va putea deține această calitate.

Prin aplicarea însă a raționamentului expus de autoritatea contractantă, respectiv de incidența a conflictului de interese și de interdicție a operatorului economic de a participa la atribuirea acordului-cadru vizând servicii de dirigenție pentru multiple (alte) contracte de lucrări, pentru simplul fapt al deținerii calității sale de proiectant cu privire la un singur contract de lucrări, ar rezulta într-o excludere nelegală și o restrângere semnificativă a concurenței. Aceasta dat fiind faptul că, toți acei antreprenori (proiectanți și/sau executanți), cărora urma să le fie atribuite ori care au deja în execuție contracte de lucrări cu o autoritate contractantă, ar ajunge să fie împiedicați nejustificat să participe la orice procedură de atribuire a unui acord-cadru organizată de aceeași autoritate contractantă pentru servicii de dirigenție ce vizează multiple (alte) contracte de lucrări (cunoscute sau necunoscute). Această excludere sau interdicție este cu atât mai nejustificată dacă acordul-cadru se va încheia cu mai mulți operatori economici, fapt ce va permite în concret autorității contractante să selecteze, pentru fiecare contract subsecvent, operatorul economic care nu se afla într-o imposibilitate efectivă de a încheia contractul în cauză, într-un eventual conflict de interese, denaturare a concurenței și/sau orice motiv de excludere.

În plus, ca efect direct al unei interpretări abuzive asupra atribuirii acordului-cadru, s-ar încălca inclusiv libertatea muncii, prin pierderea șansei unui operator economic de a participa la orice proiecte de investiție viitoare, fapt permis de lege și subliniat constant de jurisprudență. Indicăm, cu caracter orientativ, concluzia relevantă a unei instanțe într-o situație oarecum similară: „[...] Dincolo de precizările deja făcute la motivul de critică legat de conflictul de interese, Curtea mai reține că în cadrul acestei secțiuni a OUG 34/2006 nu se face nicio referire la interdicția ca un membru al echipei proiectantului/subantreprenorului să fie nominalizat în calitate de expert în cadrul echipei de consultanță a respectivului proiect, în condițiile în care expertul nu mai face parte din personalul echipei proiectantului, respectiv al subantreprenorului, la momentul atribuirii contractului de consultanță.”¹

Prevederi relevante. Prezenta analiza are în vedere legislația achizițiilor din domeniul apărării și securității naționale, care, pentru aspecte nereglementate expres în legislația specială, considerăm ca se completează cu dreptul comun în materie, *i.e.*, legislația generală a achizițiilor publice. Concluziile sunt însă valabile și pentru procedurile de achiziție publică/sectorială care au ca obiect atribuirea unui acord-cadru.

Se impune a se observa faptul că acordul-cadru, ca modalitate specială de atribuire a contractelor de achiziție, stabilește condițiile și elementele esențiale ale contractelor subsecvente. Astfel, conform definiției din art. 3 pct. 3 din Ordonanța de urgență nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziție publică în domeniile apărării și securității („**O.U.G. nr. 114/2011**”), acordul-cadru reprezintă: „*înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor/condițiilor esențiale care vor governa contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețurile și, după caz, cantitățile avute în vedere*”.

Mai mult, prevederile art. 108 din O.U.G. nr. 114/2011 indică faptul că: „*Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența*.”, iar art. 29 din Directiva

2009/81/CE² prevede deopotrivă următoarele: „*Autoritățile/entitățile contractante nu pot recurge la acorduri-cadru în mod abuziv sau în așa fel încât să împiedice, să restrângă sau să denatureze concurența*.” Așadar, se poate deduce faptul că invocarea unor temeuri artificiale de excludere de la procedura a unui participant, în detrimentul prevederilor ce promovează crearea unui cadru concurențial cât mai larg, excedează chiar scopului acordului-cadru.

De asemenea, articolul 113 din O.U.G. nr. 114/2011, dispune că, în situația în care acordul-cadru se semnează cu mai mulți operatori economici, numărul acestora nu poate fi mai mic de trei: „*În cazul în care autoritatea contractantă încheie acordul-cadru cu mai mulți operatori economici, numărul acestora nu poate fi mai mic de 3, în măsura în care există un număr suficient de operatori economici care au îndeplinit criteriile de calificare și selecție și care au prezentat oferte admisibile*.” Legiuitorul oferă așadar (și) această posibilitate – de încheiere a unui acord-cadru cu mai mulți operatori – tocmai în virtutea evitării unor situații ce ar putea fi să îngreueze posibilitatea de participare în mod liber a operatorilor economici la proceduri de achiziție publică, fie să genereze situații de conflict de interese și/sau denaturare a concurenței, după caz.

În continuare însă, în ceea ce privește conflictul de interese, constatăm faptul că, în Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ce reprezintă dreptul comun în materie, acesta este definit ca fiind o situație de natură a influența procedura de atribuire ori rezultatul procedurii, iar nu o situație faptică, ce ține de execuția contractului. Având în vedere faptul că O.U.G. nr. 114/2011 nu conține o definiție expresă a conflictului de interese, prevederile ordonanței ar trebui interpretate în corelare cu dreptul comun în materie, respectiv cu cele ale art. 59 din Legea 98/2016: „*În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire*.”

Mai departe, interdicția de participare la o procedură este reglementată de O.U.G. nr. 114/2011 tot în sensul de restricționare a operatorilor economici care ar putea avea o influență în procesul de atribuire a unui proiect de achiziție publică, astfel art. 149 alin. (1) dispune că „*Persoanele care participă direct în procesul de verificare/evaluare a candidaturilor/ofertelor nu au dreptul de a fi candidat, ofertant, ofertant asociat sau subcontractant, sub sancțiunea excluderii din procedura de atribuire*”. Nici cazurile prevăzute în alin. (2) din același articol 149 și nici întreaga Secțiune a 4-a „*Reguli de evitare a conflictului de interese*” din O.U.G. nr. 114/2011 nu prevăd însă o situație similară sau tangențială cu cea prezentată.

Totodată, va supunem atenției faptul că, chiar dacă situațiile vizând conflictul de interes nu sunt prezentate în mod limitativ de lege, având în vedere elementele comune pe care le au aceste cazuri, considerăm că autoritatea contractantă nu ar trebui să se îndeparteze în mod discreționar de la sensul pe care legiuitorul a intenționat să îl dea în general noțiunii de conflict de interese în achizițiile publice.

Alte interpretări relevante. Într-unul din cazurile supuse atenției sale, Agenția Națională pentru Achiziții Publice („ANAP”) constată la rândul său următoarele aspecte: „*[...] Totodată, subliniem că regulile de evitare a conflictului de interese prevăzute de legislația în*

domeniul achizițiilor publice se aplică numai în legătura cu derularea unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică.”³ Astfel, se poate extrapola interpretarea că verificările conflictului de interese ar trebui efectuate în legătura cu fiecare contract de achiziție subsecvent, iar nu raportat în ansamblu la acordul-cadru, care are o aplicabilitate mult mai largă.

Mai mult, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat similar interpretarilor din prezentul articol, în diverse cauze în care se evoca probleme asemănătoare, respectiv nevoia de a se verifica potențialele situații de conflict de interese, în mod obiectiv, la momentul derulării efective a contractului atribuit. Redam, punctual, o serie de concluzii ale Curții în câteva spețe relevante:

•~~€€€€€€€€€€€€€€€€~~ „[...] situații potențiale de conflict de interese care pot surveni numai în cursul punerii în aplicare a contractelor specifice care vor fi atribuite în temeiul contractelor-cadru [...] respectiv într-un stadiu ulterior adoptării deciziei de respingere a ofertei, respectiv într-un stadiu ulterior adoptării deciziei de respingere a ofertei care face obiectul prezentului litigiu. Si pentru acest motiv este exclus în mod logic ca un astfel de conflict de interese sa fi putut avea vreun efect asupra derulării sau asupra rezultatului procedurii de cerere de oferta AO/029/10, sa fi putut denatura concurența între ofertanți sau sa fi avantajat consorțiul Unisys în detrimentul primei reclamante.”⁴;

•~~€€€€€€€€€€€€€€€€~~ „[...] conflictul de interese trebuie sa prezinte un caracter obiectiv care impune sa se faca abstracție de intențiile persoanei interesate și ca șimpla eventualitate a unui conflict de interese nu poate fi suficienta, întrucât acest risc trebuie sa fie constatată în mod efectiv în speța.”⁵;

•~~€€€€€€€€€€€€€€€€~~ „[...] dreptul comunitar se opune unei dispoziții naționale care, urmărind totodata obiectivele legitime ale egalității de tratament a ofertanților și transparenței în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, stabilește o interdicție absolută, pentru întreprinderi între care exista raporturi de control sau de afiliere, de a participa simultan și în calitate de concurenți la aceeași cerere de oferta, fara a le lasa posibilitatea de a demonstra ca raportul respectiv nu a influențat comportamentul fiecărei întreprinderi în cadrul acestei cereri de oferta”⁶.

Scurte concluzii. Autoritățile contractante sunt libere sa acționeze conform propriilor interese, însă aceasta libertate de acțiune ar trebui sa fie exercitata în conformitate cu legea și fara a restrânge nejustificat accesul operatorilor economici la contracte de achiziție publica, în condiții de competitivitate, conform chiar scopului O.U.G. nr. 114/2011 enunțat prin articolul 2 alin. (1), lit. a) „*promovarea concurenței dintre operatorii economici*”.

Cu caracter general, având în vedere lipsa de uniformitate la nivelul interpretarilor și practicilor autorităților contractante, cât și faptul ca nu exista o jurisprudența constanta conturata în materie, cu atât mai puțin în zona achizițiilor în domeniul aparării, consideram ca este necesara elaborarea unui îndrumar din partea ANAP în care sa fie reglementat, cel puțin la nivel principal, faptul ca verificarile privind conflictul de interese ar trebui sa fie efectuate la nivelul și în raport de condițiile aferente fiecarui contract subsecvent, iar nu în bloc și singular la nivelul atribuirii acordului-cadru.

În mod particular, consideram ca nu ar trebui sa fie îngradita posibilitatea de participare a unui operator economic, care a deținut (deține) calitatea de proiectant într-un contract de lucrari încheiat (aflat în execuție) cu o autoritate contractanta, la o noua procedura de atribuire a unui acord-cadru ce se va încheia de catre aceeași autoritate contractanta, cu mai mulți ofertanți, pentru prestarea serviciilor de dirigenție. Aceasta concluzie este derivata din posibilitatea autorității contractante de a efectua verificari asupra incidenței unui potențial conflict de interese la momentul atribuirii ulterioare a fiecarui contract subsecvent.

* * *

1. Hotărâre nr. 3137/2017 din 25/09/2017 - Contencios administrativ si fiscal - litigiu privind achizițiile publice Curtea de Apel CLUJ - Secția a III-a contencios administrativ si fiscal (lege5).

2. Directiva 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrari, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de catre autoritațile sau entitațile contractante în domeniile apararii și securitații și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE, disponibila la:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081>

3. A se vedea în “Biblioteca de spețe” Speța nr. 194/2017 - Reguli de evitare a conflictului de interese Agenția Naționala pentru Achiziții Publice – ANAP.

4. Cauza T-556/11, *European Dynamics Luxemburg, European Dynamics Belgium, Evropaiki Dynamiki v. Oficiul Uniunii Europene pentru Proprietate Intelectuala*.

5. Cauza T-403/12, *Intrasoft International v. Comisia Europeana*.

6. Cauza C-538/07, *Assitur SRL v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*.