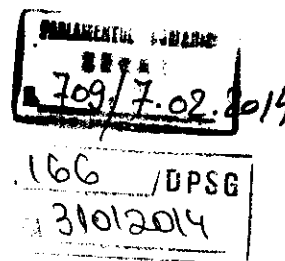




GUVERNUL ROMÂNIEI
PRIMUL – MINISTRU



Domnule președinte,

În conformitate cu prevederile art. 111 alin. (1) din Constituție,
Guvernul României formulează următorul

PUNCT DE VEDERE

referitor la propunerea legislativă intitulată „*Lege pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii*”, inițiată de doamna deputat Tamara-Dorina Ciofu și de domnii deputați Vlad Alexandru Cosma și Andrei Dolineaschi – Grupul parlamentar al PSD (Bp. 648/2013)

I. Principalele reglementări

Această inițiativă legislativă are ca obiect de reglementare completarea *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare*, după cum urmează:

- completarea art. 34 cu nou alineat, **alin. (3)**, în sensul introducerii obligației ca autoritatea contractantă să precizeze, în documentația de atribuire, informații referitoare la clauzele contractuale speciale privind valoarea despăgubirilor ce vor fi plătite de ofertantul declarat câștigător, pentru prejudiciul cauzat de:

a) refuzul ofertantului de a semna contractul de atribuire la valoarea asumată prin oferta financiară depusă, în condițiile anunțate prin documentația de atribuire;

b) rezilierea unilaterală de către ofertant a contractului de atribuire fără a exista un caz de forță majoră, avizat conform legii, sau fără a exista o culpă din partea autorității contractante;

c) rezilierea unilaterală de către autoritatea contractantă a contractului de atribuire, ca urmare a nerespectării de către ofertant a obligațiilor sale contractuale, la valoarea asumată prin oferta financiară depusă, cu eventuale majorări stabilite în condițiile legii;

- introducerea unui nou articol, art. 71¹, în sensul stabilirii obligației ofertanților de a vizita amplasamentul pentru lucrările de construcții prevăzute de Anexa 1 a *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006* înainte de depunerea ofertelor, într-un termen stabilit de autoritatea contractantă, astfel încât toți potențialii ofertanți să aibă posibilitatea vizitării și întocmirii corecte a ofertei.

II. Observații

1. În susținerea măsurilor preconizate prin inițiativa legislativă, în *Expunerea de motive* se precizează, în esență, că soluționarea numai în instanță a litigiilor privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică durează o perioadă foarte lungă, precum și că mai multe administrații locale au sesizat faptul că, în cazul lucrărilor de construcții, ofertantul declarat câștigător refuză să semneze contractul de atribuire la valoare asumată prin oferta financiară depusă, în condițiile anunțate prin documentația de atribuire și, astfel, se ajunge în instanță, neexistând obligația de a preciza în documentația de atribuire informații referitoare la valoarea despăgubirilor.

În contextul celor precizate mai sus, învederăm că, potrivit art. 286 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, "*Procesele și cererile pentru acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică se soluționează în primă instanță de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante*" (alin (1)), iar "*În fața instanței de*

judecată, litigiile privind drepturile și obligațiile contractante în cadrul procedurilor de atribuire care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor prezentei ordonanțe de urgență se soluționează de urgență și cu precădere.” (alin. (2)). Totodată, potrivit art. 287, ”Despăgubirile pentru repararea prejudiciului cauzat în cadrul procedurii de atribuire se solicită în justiție prin acțiune separată.” (alin. (2)).

De asemenea, potrivit art. 287¹ alin. (1) și (2) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ”Judecătorul, de îndată ce constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, dispune prin rezoluție comunicarea acesteia, precum și a înscrisurilor depuse către pârât și stabilește primul termen de judecată, care va fi de cel mult 20 de zile de la data înregistrării”, iar ”Termenele de judecată ulterioare nu pot fi mai mari de 10 zile.”*

2. Din examinarea soluțiilor legislative preconizate, se constată unele neclarități/inadvertențe, astfel că s-ar fi impus clarificarea și reformularea textelor preconizate, în raport cu intenția de reglementare – ținând seama de cadrul legislativ existent, inclusiv al reglementărilor U.E. – pentru a putea fi întrunite exigențele de claritate, precizie și previzibilitate stabilite potrivit art.8 alin. (4) teza întâi și art. 36 alin. (1) din *Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare*, și impuse de jurisprudența Curții Constituționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului.

În caz contrar, învederăm că, prin lipsa de claritate și precizie a normelor preconizate, care ar genera confuzii în interpretarea/aplicarea acestora, s-ar putea crea premisele unor vicii de neconstituționalitate prin raportare la *principiul constituțional al legalității* (art. 1 alin. (5) din *Constituția României, republicată*). În acest sens, menționăm că *principiul legalității* presupune existența unor norme de drept intern suficient de accesibile, precise și previzibile în aplicarea lor, astfel cum reiese și din jurisprudența constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului (*Hotărârea din 5 ianuarie 2000 în cauza Beyeler contra Italiei, Hotărârea din 23 noiembrie 2000 în cauza Ex-Regele Greciei și alții contra Greciei, Hotărârea din 8 iulie 2008 în cauza Fener Rum Patrikligi contra Turciei*).

3. În ceea ce privește alin. (3), propus spre a fi introdus la art. 34, acesta nu instituie norme cu relevanță UE, statele membre fiind libere să reglementeze acest aspect.

Subliniem faptul că *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, care transpune directivele europene în materie¹, reglementează atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, respectiv condițiile și etapele care trebuie parcurse de către autoritatea contractantă în vederea atribuirii unui contract de achiziție. Or, modalitatea și clauzele prin care se derulează un contract de achiziție publică sunt ulterioare desfășurării procedurii de atribuire și nu fac obiectul reglementărilor privind achizițiile publice. Prin urmare, introducerea unor prevederi referitoare la clauzele contractuale exced legislației în materie.

Precizăm că, în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al ofertantului pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului, legiuitorul a prevăzut, la art. 43¹ din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, obligația autorității contractante de a solicita acestora constituirea unei garanții de participare și de a menționa în documentația de atribuire cuantumul acestei garanții.

Totodată, art. 278¹ din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, precum și art. 87 din *Hotărârea Guvernului nr. 925/2006*², cu modificările și completările ulterioare, prevăd care sunt situațiile în care autoritatea contractantă poate emite pretenții asupra garanției de participare.

Astfel, potrivit art. 87 alin. (1) din *Hotărârea Guvernului nr. 925/2006*, autoritatea contractantă are dreptul de a reține garanția pentru participare, ofertantul pierzând, astfel, suma constituită, atunci când oferta sa este stabilită câștigătoare, acesta din urmă refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei. Rezultă, astfel, că în situația de la art. 34 alin. (3) lit. a), legislația actuală cuprinde prevederi suficiente pentru descurajarea unui astfel de comportament al ofertantului câștigător.

De asemenea, potrivit art. 286 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică se soluționează de către instanță, mai precis de secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante.

¹ Directiva nr. 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii

² HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii

Mai mult, potrivit art. 287 alin. (1) al *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, despăgubirile pentru repararea prejudiciului cauzat în cadrul procedurii de atribuire se solicită în justiție prin acțiune separată. Prin urmare, nu autoritatea contractantă este în măsură a stabili valoarea despăgubirilor în speță, ci instanța de judecată.

Din perspectiva dreptului intern, atragem atenția asupra faptului că, potrivit art. 97¹ alin. (6) al *Hotărârii Guvernului nr. 925/2006*, refuzul ofertantului declarat câștigător de a semna contractul/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 181 lit. c¹) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* (în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia). Astfel, în situația reglementată la art. 34 alin. (3) lit. a), autoritatea contractantă are dreptul de a exclude din procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică ofertantul în cauză.

Totodată, din textul propus la **lit. a)** de la **alin. (3)** al art. 34 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, nu se poate determina, pe de o parte, la care "*contract de atribuire*" se face referire în propunere, de vreme ce, în etapa întocmirii "*documentației de atribuire*", nu se încheie un astfel de contract, iar după atribuire se încheie contractele de achiziție publică, de concesiune de lucrări publice și contractele de concesiune de servicii, după caz, iar, pe de altă parte, de vreme ce ofertantul ar refuza să semneze un astfel de contract, nu rezultă din ce contract ar putea face parte "*clauzele speciale privind valoarea despăgubirilor*" ce ar urma să fie plătite de ofertant.

În mod corespunzător, ar fi trebuit să se revadă și celelalte dispoziții propuse la **lit. b)** și **c)** ale **alin. (3)** ale aceluiași articol, care fac vorbire, de asemenea, de "*contractul de atribuire*", în condițiile în care un astfel de contract nu este reglementat nici în cadrul *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, prin care sunt transpuse directivele UE în domeniu, nici în conținutul acestor directive.

Formularea "*prejudiciul cauzat*" presupune existența/necesitatea dovedirii existenței unui "*prejudiciu*", astfel "*cauzat*", iar formularea respectivă apare ca nefiind în corelare cu stabilirea/limitarea valorii "*despăgubirilor*" – în cazul refuzului semnării – la "*valoarea asumată prin oferta financiară*" (**lit. a)**), ori după caz, în corelare cu ipotezele vizate la **lit. b)** și **c)** ale aceluiași alineat.

De altfel, în lipsa unor definiții și/sau a utilizării unor norme de trimitere la textele avute în vedere din cuprinsul *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, după cum este cazul, nici din conținutul formulării

"valoarea asumată prin oferta financiară" nu rezultă cu claritate la ce "valoare" se face referire, în raport de care ar urma să fie determinate/limitate despăgubirile datorate inclusiv în situațiile de la lit. b) și c).

Luând în considerare cele de mai sus, ar fi fost necesar să se fi avut în vedere clarificarea tuturor aspectelor/termenilor utilizați, inclusiv cu privire la natura juridică a sumelor astfel delimitate, ținând seama de răspunderea civilă și/sau contractuală vizată, după caz, încă din etapa întocmirii documentației de atribuire, ce ar fi datorate de ofertant (lit. a)), inclusiv în etape ulterioare acestei atribuirii (lit. b) și c)), în raport de intenția de reglementare și în corelare cu celelalte dispoziții ale *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, corespunzător scopului acesteia/principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică (art. 2) și etapelor procedurale prevăzute în conținutul ordonanței de urgență.

În același context, menționăm că neclaritatea măsurilor preconizate poate determina noi situații litigioase, în dezacord cu intenția evitării acestora, astfel susținută în *Expunerea de motive*.

În plus, mai învederăm că, avându-se în vedere obligativitatea aplicării/respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* – inclusiv al "proportionalității" (lit. e)), al "eficienței utilizării fondurilor publice" (lit. f)) și "al asumării răspunderii" (lit. g)) – toate autoritățile contractante au și posibilitatea și obligația de a se asigura ca, atât la întocmirea documentației de atribuire, cât și la negocierea/încheierea contractelor de achiziție publică, de concesiune de lucrări publice și de concesiune de servicii, să preîntâmpine producerea de daune și să prevadă toate clauzele pe care le consideră necesare în acord cu interesul autorităților publice contractante/al statului, corespunzătoare scopului/naturii contractului, potrivit ordonanței de urgență și normelor de aplicare a acesteia.

Totodată, apreciem că introducerea alin. (3) lit. b) și c) la art. 34 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, este de natură să încalce dispozițiile art. 16 din *Legea nr. 24/2000*, având în vedere prevederile art. 1552 - *Rezoluțiunea unilaterală* - din *Codul Civil, republicat, cu modificările și completările ulterioare*.

4. În ceea ce privește noul art. 71¹, potrivit căruia pentru lucrările de construcții prevăzute în Anexa nr. 1 a *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, ofertanții au obligația de a vizita amplasamentul înainte de depunerea ofertelor, într-un termen stabilit de autoritatea contractantă, astfel încât toți potențialii ofertanți să aibă posibilitatea vizitării și întocmirii

corecte a ofertei, precizăm că actele normative europene relevante nu reglementează acest aspect, fiind lăsat în marja de apreciere a statelor membre.

De asemenea, apreciem că o asemenea măsură ar determina apariția unor costuri suplimentare ce s-ar putea reflecta în oferta operatorului economic și, prin urmare, în prețul plătit de către autoritatea contractantă. Totodată, precizăm că vizitarea amplasamentului nu este întotdeauna necesară (exemplu: lucrările de tâmplărie și dulgherie), legiuitorul lăsând la latitudinea autorității contractante de a decide cu privire la acest aspect, în funcție de obiectul și complexitatea lucrării, precum și cerințele formulate de operatorii economici interesați în participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

Mai mult, directivele europene în domeniu și legislația națională stabilesc dreptul, nu obligația, operatorilor economici de a vizita amplasamentul lucrării atunci când consideră că nu pot întocmi în condiții optime oferta decât dacă realizează această vizitare, ceea ce ar conduce și la decalarea datei limită de depunere a ofertelor.

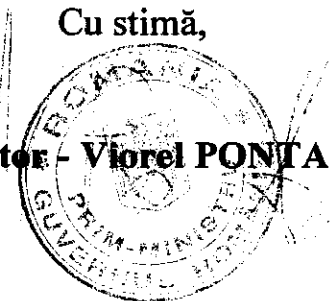
Pe cale de consecință, stabilirea obligației de vizitare a amplasamentului lucrării pentru orice contract de acest tip este de natură a institui o barieră artificială în participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, ceea ce contravine prevederilor europene și naționale în domeniu și conduce la costuri suplimentare pentru contractul de achiziție publică.

III. Punctul de vedere al Guvernului

Având în vedere considerentele menționate, **Guvernul nu susține adoptarea acestei inițiative legislative.**

Cu stimă,

Victor - Viorel PONTA



Domnului senator George – Crin Laurențiu Antonescu

Președintele Senatului