

AVIZ
referitor la proiectul de Ordonanță de urgență
privind parteneriatul public-privat

Analizând proiectul de **Ordonanță de urgență privind parteneriatul public-privat**, transmis de Secretariatul General al Guvernului cu adresa nr.129 din 15.05.2018 și înregistrat la Consiliul Legislativ cu nr.D486/15.05.2018,

CONSILIUL LEGISLATIV

În temeiul art.2 alin.(1) lit.a) din Legea nr.73/1993, republicată și art.46(2) din Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Legislativ,

Avizează favorabil proiectul de ordonanță de urgență, cu următoarele observații și propuneri:

1. Proiectul de ordonanță de urgență vizează reglementarea încheierii și derulării parteneriatului public-privat, care are ca obiect reabilitarea și/sau extinderea unui bun ori a unor bunuri destinate prestării unui serviciu public și/sau utilizarea unui serviciu public, având în vedere necesitatea îndeplinirii prevederilor din Programul de guvernare 2018-2020, aprobat prin Hotărârea Parlamentului nr.1/2018 privind acordarea încrederii Guvernului, cu privire la obiectivele de creștere economică și de consolidare a sustenabilității fiscal-bugetare, prin majorarea semnificativă a investițiilor.

Ca urmare a adoptării prezentului proiect, se propune abrogarea Legii nr.233/2016 privind parteneriatul public-privat, cu modificările și completările ulterioare.

2. **Din punct de vedere al dreptului Uniunii Europene**, proiectul de ordonanță de urgență intră sub incidența reglementărilor din domeniul ***Dreptului de stabilire și libertatea de a presta servicii***, integrate domeniului legislației europene – ***Contracte de achiziții publice***.

Menționăm că la nivelul Uniunii Europene nu se semnalează existența, până în prezent, a unei directive care să reglementeze distinct o asemenea chestiune punctuală a parteneriatului public-privat.

La nivelul **dreptului european derivat**, în ceea ce privește principiile care stau la baza *încheierii și derulării acestui tip de parteneriat*, precizăm că asemenea principii de bază se regăsesc în cadrul unor reglementări europene conexe, subsumate unor directive sectoriale, ce statuează asupra necesității respectării regulilor de atribuire a contractelor publice, consacrate în legislația europeană, precum: *nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și eficiența utilizării fondurilor*.

Un moment important în conturarea acestor *bune practici* în materie, a fost adoptarea de către Comisia Europeană a documentului denumit „**Carta verde privind parteneriatul public-privat și dreptul comunitar privind contractele de achiziții publice și concesiuni**” - COM (2004) 327 final.

Semnalăm că un asemenea document programatic s-a întemeiat pe o consultare publică la nivelul Uniunii Europene, concretizată în *definirea mecanismului public-privat în sens de mecanism economic*, caracterizat de *durata relativ lungă de derulare a raporturilor contractuale, cooperarea între sectorul public și sectorul privat, metoda specifică de finanțare prin punerea în comun de resurse financiare de către cele două sectoare, distribuția riscurilor de proiect între partenerul public și partenerul privat în funcție de capacitatea fiecărei părți de a evalua, controla și gestiona un anumit risc, obligativitatea aplicării principiilor specifice atribuirii contractelor de achiziție publică în procedurile de atribuire a contractelor de parteneriat public-privat*, precum și consacrarea celor două categorii ale parteneriatului public-privat, anume: **parteneriatul public – privat instituțional**, care se implementează obligatoriu printr-o companie de proiect, în care partenerul public este acționar, respectiv **parteneriatul public – privat contractual**, care nu se implementează printr-o companie de proiect, în care este și partenerul public acționar.

Această **Cartă Verde** a fost urmată de diverse comunicări și decizii interpretative ale Comisiei Europene privitoare la aspectele relevante în domeniul parteneriatului public-privat, precum: *raportarea parteneriatului public-privat la dreptul comunitar în materia achizițiilor publice și a concesiunilor* (2005), *aspecte specifice privind parteneriatul public – privat instituțional* (2008), *recurgerea la parteneriatul public – privat ca măsură anti-criză și*

integrarea fondurilor europene în proiecte de parteneriatul public – privat (2009) etc.

La **nivel național**, proiectul respectă, în principiu, prin trimiterile din text, legislația națională armonizată, în care au fost preluate la nivel intern, conex problematicii parteneriatului public-privat, normele europene în materia *achizițiilor publice, a achizițiilor sectoriale, ale concesiunii de lucrări și servicii, dar și a celor privitoare la remediile și căile de atac în materia atribuirii unor asemenea contracte*, reglementate prin **Legile nr.98/2016, nr.99/2016, nr.100/2016, respectiv, nr.101/2016.**

3. Semnalăm că prezentul proiect nu este însoțit de avizul de oportunitate, care trebuie transmis de Ministerul pentru Relația cu Parlamentul, încălcându-se, astfel, prevederile art.31 alin.(1) din Regulamentul privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.561/2009, cu modificările și completările ulterioare.

În plus, cu ocazia semnării *Notei de fundamentare*, Ministerul Justiției precizează că a semnat „**cu observațiile din adresa MJ nr.41736/2018. În cazul în care nu se preiau observațiile, avizul este negativ**”.

Menționăm că observațiile formulate de Ministerul Justiției, prin adresa respectivă, nu au fost însușite, astfel că avizul de legalitate al acestei instituții este negativ.

Ca urmare, sugerăm reanalizarea și reformularea în întregime a proiectului, urmând ca la definitivarea formei finale să se aibă în vedere observațiile de fond formulate de instituțiile interesate în aplicarea proiectului.

4. Referitor la **măsurile propuse în proiect**, semnalăm că, potrivit opiniei Ministerului Justiției, exprimată prin adresa de mai sus, „în cazul de față aproximativ 85% din reglementările propuse potrivit proiectului sunt identice față de cele în vigoare din Legea nr.233/2016”, aspect care nu ar justifica promovarea unei noi reglementări, ci ar susține un demers de modificare și completare a legii în vigoare, fiind invocate în acest sens și prevederile art.61 alin.(1) din Legea nr.24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Precizăm, totodată, că asupra Legii nr.233/2016 s-au adus recent numeroase intervenții prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr.104/2017, care au modificat majoritatea articolelor actului de bază, astfel că promovarea unui nou demers legislativ ar fi de natură a aduce atingere cerințelor de stabilitate și eficiență legislativă prevăzute la art.6 alin.(1) din Legea nr.24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, întrucât „aceste criterii de calitate a legislației nu vor putea fi îndeplinite în condițiile în care în mai puțin de 6 luni se fac intervenții asupra aceluiași domeniu de reglementare, prin ordonanțe de urgență succesive care nu apucă să fie dezbătute și aprobate sau respinse de către Parlament”, astfel cum precizează Ministerul Justiției în adresa mai sus menționată.

Achiesăm, de asemenea, la observațiile **Ministerului Finanțelor Publice**, transmise prin adresa nr.410363/7.05.2018, care precizează că în majoritatea normelor proiectului, care sunt analizate aproape în întregime, nu se susțin formulările propuse și se solicită menținerea prevederilor din Legea nr.233/2016, astfel cum au fost modificate prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr.104/2017, prezentându-se și considerentele care stau la baza menținerii soluțiilor actuale ale legislației în domeniu.

5. Potrivit *preambulului*, adoptarea prezentului proiect de ordonanță de urgență este motivată, în principal, de „necesitatea îndeplinirii prevederilor din Programul de guvernare 2018-2020, aprobat prin Hotărârea Parlamentului nr.1/2018”, precum și „ținând cont de angajamentul de a demara proiecte de investiții publice cu impact semnificativ în economie și de a stimula investițiile private”.

Semnalăm că, în raport cu prevederile art.115 alin.(4) din Constituția României, republicată, conform căroră „*Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată*” și ale art.43 alin.(3) din Legea nr.24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, este necesară o temeinică nuanțare, atât în **Nota de fundamentare**, cât și în **preambul**, a elementelor de fapt și de drept în susținerea urgenței și a situației extraordinare, precum și a efectelor negative decurgând din potențiala neadoptare a proiectului în regim de urgență, pentru fiecare dintre măsurile avute în vedere în proiect.

Astfel, prin **Decizia nr.859/2015**, Curtea Constituțională a reținut că oportunitatea, rațiunea și utilitatea reglementării, chiar dacă ele exprimă situații de fapt obiective, nu reprezintă o situație extraordinară

a cărei reglementare să nu poată fi amânată și care să justifice, astfel, adoptarea unei ordonanțe de urgență. *„În lipsa unei explicații suplimentare care să facă evidentă o împrejurare a cărei reglementare a devenit stringentă, intervenția inițiatorului poate fi privită doar ca una de oportunitate”*.

Totodată, prin **Decizia nr.421/2007**, Curtea Constituțională a statuat că *„Urgența reglementării nu echivalează cu existența situației extraordinare, reglementarea operativă putându-se realiza și pe calea procedurii obișnuite de legiferare”*.

Aceste aspecte au fost semnalate și de Ministerul Justiției, care în adresa nr.41736/2018 precizează că *„din analiza Notei de fundamentare rezultă că aceasta nu cuprinde nicio justificare pentru recurgerea la calea de reglementare prin ordonanță de urgență”*.

De asemenea, se precizează că imposibilitatea aplicării Legii nr.233/2016, motivată de absența normelor metodologice de aplicare este de natură să susțină neîndeplinirea uneia dintre condițiile necesare pentru promovarea unei ordonanțe de urgență, respectiv cea referitoare la situația extraordinară care trebuie *„să nu fie un aspect de oportunitate, ci o situație independentă de voința Guvernului”*, creându-se, astfel, premisele apariției unor vicii de neconstituționalitate prin raportare la art.115 din Constituția României, republicată.

6. În aplicarea dispozițiilor art.51 alin.(3) din Legea nr.24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, recomandăm **sistematizarea proiectului pe capitole**, care se pot împărți, după caz, în **secțiuni**.

7. La **art.1 alin.(1)**, semnalăm caracterul incomplet al normei, având în vedere că sunt vizate doar încheierea și derularea parteneriatului public-privat, or, proiectul de ordonanță de urgență conține și alte aspecte, precum încetarea contractului de parteneriat public-privat (**art.38 și urm.**).

8. La **art.2**, este necesară revederea sintagmei „pe lângă elementele principale prevăzute la art.19 alin.(1)”, întrucât nu este specifică limbajului normativ.

Totodată, având în vedere că art.19 este alcătuit dintr-un singur alineat, este necesară eliminarea sintagmei „alin.(1)”

Reținem observația pentru **art.19**, în ceea ce privește marcarea acestuia cu cifra „(1)”.

9. La **art.4 alin.(1) partea introductivă**, pentru o redactare adecvată în context, recomandăm inserarea cuvântului „**următoarele**” după verbul „sunt”.

10. La **art.5**, semnalăm că Legea nr.99/2016 are intervenții de natura modificărilor și a completărilor, fiind necesară inserarea expresiei „**cu modificările și completările ulterioare**”, după titlul acesteia.

În continuare, trimiterile ulterioare la această lege se vor face fără menționarea titlului, cu precizarea evenimentelor legislative suferite de aceasta.

Reținem observația și pentru **art.7**, în ceea ce privește **Legea nr.98/2016** și **Legea nr.100/2016**, precum și pentru toate situațiile similare din proiect.

11. La **art.13 alin.(1) partea introductivă**, pentru a se asigura claritate normei, sugerăm inserarea adverbului „**astfel**”, după expresia „contractul de parteneriat public-privat”.

La **alin.(3)**, pentru respectarea normelor de tehnică legislativă, propunem inserarea substantivului „**prevederilor**”, după adverbul „conform” din rândul 3.

Reiterăm observația pentru toate situațiile similare.

Totodată, la **ultima teză**, referitor la sintagma „prevăzute de legea specială de înființare a respectivului fond special”, este necesară revederea soluției propuse, din perspectiva respectării principiului separației și echilibrului puterilor, potrivit art.1 alin.(4) din Constituția României, republicată, aspect semnalat și în avizul Ministerului Justiției nr.41736/2018, care a precizat că Parlamentul are calitate de supremă autoritate legiuitoare, iar soluția propusă este incompatibilă cu această calitate, „deoarece ar urma ca Guvernul să constituie obligația de legiferare în sarcina Parlamentului prin ordonanță de urgență”.

12. La **art.14 alin.(1)**, semnalăm că se folosește sintagma „utilizatori ai bunului/bunurilor”, spre deosebire de norma de la **art.15**, acolo unde se face referire la „beneficiarul utilizării bunului/bunurilor”, deși ambele norme au în vedere aceeași categorie, fiind, astfel, necesară utilizarea unui limbaj unitar.

13. La **art.23 alin.(2)**, referitor la sintagma „în vederea asigurării finanțării proiectului pe toată durata de viață a acestuia”, pentru o exprimare adecvată, propunem ca expresia „durata de viață” să fie înlocuită cu sintagma „**perioada de derulare**”, astfel cum se prevede la art.1 alin.(1).

14. La **art.29**, precizăm că Legea nr.101/2016 are intervenții legislative de natura **modificărilor și a completărilor**, fiind necesară menționarea acestora, observație valabilă pentru toate situațiile similare din proiect.

15. La **art.32**, întrucât dispoziția de la **lit.v)** prevede aspecte finale ale contractului de parteneriat public-privat, propunem ca această literă să fie plasată la finalul enumerării.

16. La **art.34 alin.(1)**, pentru corectitudinea redactării, abrevierea „Art.25” se va reda cu literă mică.

17. La **art.35 alin.(1)**, referitor la posibilitatea ca partenerul public să modifice unilateral contractul de parteneriat public-privat, semnalăm că în considerentele **Deciziei Curții Constituționale nr.390/2014**, s-a stabilit că un text similar, prin faptul că „nu se precizează ce fel de modificări pot fi făcute în mod unilateral, respectiv **condiții esențiale sau neesențiale ale contractului**”, textul „este echivoc dintr-o dublă perspectivă, și anume prin faptul că nu determină clauzele contractuale și nu fixează marje și limite valorice, ce pot forma obiectul modificărilor unilaterale, respectiv prin faptul că nu stabilește în mod clar obligațiile partenerului public în privința modului de includere a unei clauze de modificare unilaterală în documentația de atribuire”.

18. La **art.40 alin.(1)**, pentru respectarea stilului normativ, sintagma „cu luarea în considerare a prevederilor art.38” se va înlocui cu expresia „**cu respectarea prevederilor art.38**”.

19. La **art.43**, semnalăm că este de analizat dacă norma propusă pentru alin.(2) nu se repetă și în cadrul dispoziției de la art.29.

Se impune revederea și reformularea corespunzătoare a normelor.

20. La **art.45**, pentru o redactare proprie stilului normativ, norma trebuie reformulată, astfel:

„**Art.45.** – La data intrării în vigoare a **prezentei ordonanțe de urgență**, Legea nr.233/2016 privind parteneriatul public-privat, publicată în **Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.954 din 25 noiembrie 2016**, cu modificările și completările ulterioare, se abrogă”.


dr. Dragoș ILESCU

București

Nr.472/16.05.2018