



PRIM MINISTRU

Biroul permanent al Senatului

Bp. 378 / 24.8.2023

Biroul permanent al Senatului

L. 482 / 5.09.2023

Domnule președinte,

În conformitate cu prevederile art. 111 alin. (1) din Constituție și în temeiul art. 25 lit. (b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.57/2019 privind Codul Administrativ, Guvernul României formulează următorul

PUNCT DE VEDERE

referitor la *propunerea legislativă pentru completarea Legii nr.98/2016 privind achizițiile publice*, inițiată domnul deputat UDMR Benedek Zacharie împreună cu un grup de parlamentari UDMR (Bp.378/2023).

I. Principalele reglementări

Inițiativa legislativă are ca obiect de reglementare modificarea și completarea *Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare*, în sensul reglementării unei noi definiții de „grup”, care vizează o societate - mamă cu sediul în alt stat și filiala/filialele acesteia înregistrate în România având ca obiect de activitate relevant pentru contractul de achiziție publică/acordul-cadru, precum și reguli/condiții noi de participare în mod obligatoriu la procedură în cazul entităților care fac parte din grupul respectiv.

II. Observații

A. Considerații generale

Cadrul legal privind înființarea și funcționarea societăților comerciale este reglementat de *Legea nr. 31/1990 privind societățile, republicată, cu modificările și completările ulterioare*.

Astfel, legea menționată conține reglementări specifice referitoare la condițiile și regulile de înființare/funcționare pe teritoriul României a filialelor înființate de către societăți străine.

De asemenea, cadrul legal care stabilește măsurile ce se impun cu privire la impozitele și cotizațiile datorate bugetului de stat de către contribuabilii autohtoni este reglementat de legislația specifică în domeniul finanțelor publice.

Ca atare, raportat la obiectivele/principiile urmărite prin inițiativa legislativă, considerăm că îndeplinirea acestora nu ține de modificarea și completarea legislației în domeniul achizițiilor publice.

În acest sens, precizăm, în primul rând, că legislația în domeniul achizițiilor publice reglementează exclusiv modul de realizare și derulare a procedurilor de atribuire a contractului de achiziție publică, a contractului sectorial, a contractului de concesiune de lucrări și a contractului de concesiune de servicii, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea acestor contracte.

Totodată, subliniem că legislația națională în domeniul achizițiilor publice asigură transpunerea directivelor europene în materie, *Legea nr. 98/2016* asigurând în acest sens transpunerea *Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE*, astfel că actele normative naționale nu pot reglementa situații suplimentare de la prevederile legislației în domeniu fără încălcarea legislației europene transpuse.

În această ordine de idei, menționăm că entitățile/instituțiile care au calitatea de autoritate contractantă în sensul prevăzut de *Legea nr. 98/2016* au obligația de a realiza achizițiile de produse/servicii/lucrări cu respectarea legislației în materie.

În vederea respectării principiilor în materie reglementate la art. 2 alin. (2) din *Legea nr. 98/2016*, autoritățile contractante trebuie să asigure condițiile de manifestare a concurenței reale pentru ca operatorii economici să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șanse egale de a deveni contractant, aspecte care sunt susținute, totodată, și de prevederile art. 49 alin. (1) din *Legea nr. 98/2016*, unde se prevede că autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

De asemenea, potrivit art. 53 alin. (1) din *Legea nr. 98/2016*, au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute de legislația în materie, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj) din *Legea nr. 98/2016*, prin operator economic înțelegându-se, conform articolului antemenționat, *„operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:*

- (i) *un stat membru al Uniunii Europene;*
- (ii) *un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);*
- (iii) *țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;*

- (iv) *țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;*

- v) *țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice”.*

Semnalăm dispozițiile art. 54 alin. (1) din *Legea nr. 98/2016*, care stipulează ca regulă generală faptul că autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea unei oferte ori a unei solicitări de participare.

Potrivit alin. (2) al aceluiași articol, este permisă în cazuri distincte, raportat la obiectul achiziției, solicitarea din partea autorității contractante de a solicita operatorilor economici participanți în comun la procedura de atribuire a căror ofertă a fost desemnată câștigătoare să adopte sau să constituie o anumită formă juridică, cu condiția ca acest lucru să fi fost prevăzut în anunțul de participare și documentația de atribuire și doar în măsura în care o astfel de modificare este necesară pentru executarea în mod corespunzător a contractului de achiziție publică.

Prin urmare, tocmai în vederea respectării principiilor în materie, legislația în domeniul achizițiilor publice nu reglementează aspecte legate de modul de organizare al operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, lăsând la latitudinea acestora decizia de a participa ca ofertant individual sau într-un grup/asociere de ofertanți, cu sau fără susținere din partea unor operatori economici terți sau dacă este oportună includerea unui/unora subcontract/subcontractanți, după caz, atât timp cât sunt respectate condițiile legale prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. jj) și art. 53 - art. 54 din *Legea nr. 98/2016*.

Astfel, atunci când operatorii economici se asociază în scopul participării în comun la procedura de atribuire, aceștia își stabilesc la nivelul acordului de asociere propriile cerințe/reguli de participare raportat evident la documentele achiziției puse la dispoziție de autoritatea contractantă și la obiectul contractului de îndeplinit, fără a exista în acest sens prevederi legale care să impună anumite cerințe pentru formalizarea acordului de asociere.

Menționăm că acordul de asociere nu presupune constituirea unei persoane juridice distincte. Membrii asocierii își păstrează individualitatea ca subiecți de drept, însă sunt obligați să răspundă solidar față de autoritatea contractantă pentru modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale.

În acest sens, acordul de asociere angajează răspunderea solidară a tuturor asociaților, care urmează să răspundă împreună pentru orice consecințe ale viitorului contract.

Prin urmare, raportat la propunerile de modificare ale *Legii nr. 98/2016* expuse în inițiativa legislativă, considerăm că se îngrădește dreptul operatorilor economici, în speță al societăților-mamă cu sediul în străinătate și al filialelor din subordinea acestora înființate pe teritoriul României, în ceea ce privește modul de organizare și participare al acestora la procedură, creând obligații suplimentare în sarcina acestora,

care aduc atingere principiilor în materie și, totodată, regulilor de desfășurare a procedurilor.

În aceeași ordine de idei, întrucât printre justificările aduse în *Expunerea de motive* se invocă necesitatea egalizării șanselor firmelor mici în fața concurenței conglomeratelor multinaționale de a participa la procedură, precizăm că autoritățile contractante realizează achizițiile cu respectarea cadrului legal în materie (care asigură transpunerea legislației europene în materie), având în acest sens posibilitatea și pârghiile necesare conferite de legislație pentru a-și întocmi documentele achiziției ținând cont de necesitățile identificate, prin stabilirea de cerințe proporționale, criterii de atribuire bazate pe cel mai bun raport calitate-pret, precum și factori de evaluare corespunzători, care să aducă plus valoare achiziției.

În acest sens, în vederea asigurării participării la procedură a operatorilor economici, legislația în materie conține prevederi referitoare la împărțirea pe loturi, reprezentând, conform art. 141 alin. (1) din *Legea nr. 98/2016*¹, un drept de care autoritățile contractante pot uza, în condițiile legii.

Astfel, potrivit prevederilor alin. (2) al articolului în discuție, în cazul împărțirii pe loturi autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale, astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

Prin urmare, legislația în domeniul achizițiilor publice conține pârghiile necesare la care autoritatea contractantă se poate raporta în vederea dimensionării obiectului contractului, astfel încât, în spiritul aplicării conforme a principiilor în materie, să dea șanse egale tuturor operatorilor economici interesați să participe la procedură.

De asemenea, precizăm că în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă prevede obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție, fiecare dintre operatorii economici participanți, indiferent de calitatea pe care o au în procedură (oferant

¹ ART. 141

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

individual/ofertant în asociere, terț susținător, subcontractant, după caz) are obligația completării DUAЕ, declarația pe propria răspundere privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, raportat la calitatea pe care o are fiecare dintre aceștia în procedura respectivă, precum și obligațiile care decurg din aceasta, iar comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a criteriilor de către fiecare în parte prin analizarea conținutului DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în Capitolul IV, Secțiunea a 8-a din *Legea nr. 98/2016*.

Astfel, declararea ofertantului câștigător (individual/în asociere) este condiționată la finalul procedurii de prezentarea documentelor justificative care să probeze cele declarate în DUAЕ, pentru toți operatorii economici implicați, în funcție de calitatea pe care o au.

Prin urmare, având în vedere cele menționate, suntem de opinie că propunerile de modificare ale *Legii nr. 98/2016* expuse modifică regulile de participare și desfășurare a procedurilor de atribuire reglementate de legislația în materie, aducând atingere atât dispozițiilor naționale, cât și celor europene în domeniul achizițiilor publice.

B. Considerații punctuale:

1. Potrivit prevederilor art. 61 alin. (2) din *Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare*, „Prevederile modificate sau care completează actul normativ trebuie să se integreze armonios în actul supus modificării ori completării, asigurându-se unitatea de stil și de terminologie, precum și succesiunea normală a articolelor”. Or, la pct. 1 este menționat art. 3 alin. (1) pct. 26 ¹z¹), iar art. 3 alin. (1) din *Legea nr. 98/2016* nu conține puncte, ci doar litere.

În plus, sintagma „societăți astfel cum sunt definite la art. 2 lit. m) din *Legea nr. 129/2019*” este inexactă, întrucât prevederile la care se face trimitere definesc noțiunea de „grup”.

De asemenea, prevederea potrivit căreia „în sensul prezentei legi, se consideră filială/filiale operatorul economic/operatorii economici cu sediul în România având obiect de activitate relevant pentru contractul de achiziție publică/acordul-cadru” este neclară, întrucât calitatea de filială nu poate fi stabilită în funcție de obiectul de activitate.

De altfel, din prevederile propuse nu rezultă cum se poate distinge între obiectul de activitate relevant sau lipsit de relevanță pentru contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

În susținerea celor de mai sus, arătăm că, în jurisprudența sa, Curtea Constituțională a reținut în repetate rânduri că orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de precis și clar pentru a putea fi aplicat. În același sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că legea trebuie, într-adevăr, să fie accesibilă justițiabilului și previzibilă în ceea ce privește efectele sale. Pentru ca legea să satisfacă cerința de previzibilitate, ea trebuie să precizeze cu suficientă claritate întinderea și modalitățile de exercitare a puterii de apreciere a autorităților în domeniul respectiv, ținând cont de scopul legitim urmărit, pentru a oferi persoanei o protecție adecvată împotriva arbitrarului.

În plus, nu poate fi considerată »lege« decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite cetățeanului să își adapteze conduita în funcție de aceasta; apelând la nevoie la consiliere de specialitate în materie, el trebuie să fie capabil să prevadă, într-o măsură rezonabilă, față de circumstanțele speței, consecințele care ar putea rezulta dintr-o anumită faptă (*a se vedea Hotărârea din 4 mai 2000, pronunțată în Cauza Rotaru împotriva României, paragraful 52, și Hotărârea din 25 ianuarie 2007, pronunțată în Cauza Sissanis împotriva României, paragraful 66*).

2. Secțiunea nou-introdusă la pct. 2 din inițiativa legislativă a fost intitulată „*Condiții specifice referitoare la contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări prevăzute la art. 7 alin. (1) lit. a*”, însă aceste reguli par a fi mai degrabă specifice situației în care ofertantul care participă la achiziția publică a cărei valoare este mai mare sau egală decât valoarea de 26.093.012 lei, determină aplicabilitatea regulilor speciale este dublu condiționat de calitatea ofertantului și de valoarea achiziției.

Astfel, considerăm necesară analizarea denumirii propuse pentru Secțiunea I¹ având în vedere că nu toate achizițiile publice a căror valoare este mai mare sau egală decât valoarea de 26.093.012 lei intră sub incidența regulilor reglementate în cadrul acestei secțiuni.

3. La pct. 2, soluția propusă pentru art. 55¹ alin. (1), era necesară revizuirea sintagmei „*în cazul contractelor de achiziție publică de achiziție publică*”, astfel încât să se evite repetiția.

4. În ceea ce privește soluția de la pct. 2 - art. 55¹ alin. (1) lit. c) - arătăm că sintagma „*formă juridică*” este neclară, nerezultând care este intenția de reglementare.

Erau necesare clarificări în vederea asigurării clarității și previzibilității normei propuse.

5. Raportat la soluția propusă la pct. 2 pentru art. 55² alin. (2)², semnalăm că era necesară formularea soluției propuse, astfel încât să reiasă în mod clar intenția de reglementare.

6. Trimiterea la alin. (3) din cadrul prevederilor propuse pentru art. 55³ alin. (2) este inexactă, întrucât articolul în cauză nu conține un astfel de alineat.

Mai mult, formularea „*autoritatea contractantă poate încheia contractul în legătură cu oferta câștigătoare depusă (...)*” nu este de natură a întruni cerințele de calitate privind claritatea și previzibilitatea legii având în vedere că nu rezultă cu certitudine dacă autoritatea contractantă este obligată să încheie „*contractul în legătură cu oferta câștigătoare depusă de un operator economic societate-mamă sau asocieră temporară acestora (...)*” sau dacă autoritatea contractantă poate organiza o nouă procedură de achiziții publice².

Totodată, semnalăm că sintagma „*contractul în legătură cu oferta câștigătoare*” este formulată de o manieră deficitară, fiind necesară reanalizarea acesteia în conformitatea cu legislația privind achizițiile publice.

7. Soluția propusă la art. II este lipsită de valoare normativă, aceasta constituind, de fapt, potrivit art. 46 alin (7) din *Legea nr. 24/2000*, formula de atestare a legalității adoptării legii.

Apreciem că era necesară analizarea introducerii unor norme tranzitorii pentru modificările propuse, în conformitate cu art. 26 și 54 din *Legea nr. 24/2000*, care să reglementeze situația raporturilor juridice aflate în derulare la data intrării în vigoare a prezentului proiect de act normativ.

² Potrivit art. 8 alin. (2) din *Legea nr. 24/2000*: „(2) Prin modul de exprimare actul normativ trebuie să asigure dispozițiilor sale un caracter obligatoriu”.

Astfel, trebuia avută în vedere respectarea *principiului neretroactivității legii* în sensul în care reglementările propuse nu pot să vizeze *facta praeterita*, respectiv drepturi născute și stinse înainte de intrarea în vigoare a prezentei legi, o extindere a aplicării dispozițiilor acestei legi asupra acestor situații ar echivala cu o negare a *principiului neretroactivității legii civile*, consacrat de art. 15 alin. (2) din *Constituție*.

Importanța și relevanța constituțională a normelor tranzitorii a fost subliniată de către *Curtea Constituțională* prin *Deciziile nr. 845/2020³ și nr. 846/2020⁴*.

III. Punctul de vedere al Guvernului

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

Ciucă,
Ioh-Matei CIOLĂCU
PRIM-MINISTRU

Domnului senator Nicolae-Ionel CIUCĂ
Președintele Senatului

³ referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru modificarea și completarea art. 435 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal;

⁴ referitoare la obiecția de neconstituționalitate a Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 160/1998 pentru organizarea și exercitarea profesiei de medic veterinar – „Omisiunea de a reglementa norme tranzitorii menite să asigure coerența cadrului normativ aplicabil în domeniu reprezintă, astfel, o încălcare a exigențelor constituționale care consacră principiul securității juridice și a principiulul încrederii legitime, principii care impun legiuitorului limite în activitatea de modificare a normelor juridice, limite care să asigure stabilitatea regulilor instituite”.