



GUVERNUL ROMÂNIEI
AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU
ACHIZIȚII PUBLICE

Biroul permanent al Senatului

Bp. 348, 2 iul 2024

AGENȚIA NAȚIONALĂ
PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE

30 JUL 2024

INTRARE Nr. 5940
IEȘIRE

Către: Domnul Mario Ovidiu OPREA - Secretar general
SENAT - PARLAMENTUL ROMÂNIEI
Calea 13 Septembrie nr. 1-3, sector 5, București
e-mail: secretariat.sg@senat.ro

Ref: Propunere legislativă pentru modificarea și completarea Legii nr. 99/2016
privind achizițiile sectoriale (B348/2024)

Biroul permanent al Senatului

452, 27.08.2024

Stimate domnule secretar general,

Referitor la adresa dumneavoastră nr. 3456/2024 din 16.07.2024, înregistrată la Agenția Națională pentru Achiziții Publice sub nr. 5940/24.07.2024, prin care solicitați să comunicăm raportat la atribuțiile instituției noastre punctul de vedere privind propunerea legislativă pentru modificarea și completarea Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (B348/2024), în vederea înaintării către comisiile permanente de specialitate ale Senatului, pentru elaborarea avizului și raportului, precizăm următoarele:

Urmare a solicitării primite din partea SGG-DRP nr. 6918/2024, ANAP și-a exprimat opinia anterior cu privire la prevederile propunerii legislative pentru modificarea și completarea Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (B348/2024) prin adresa nr. 5882/24.07.2024, opinie pe care o reiterăm în cele ce urmează:

Analizând propunerea legislativă menționată în referințe, reiese că aceasta conține prevederi similare cu proiectul de Ordonanță de urgență a Guvernului pentru modificarea și completarea Legii nr. 99/2016, care a făcut obiectul analizei anterioare de către ANAP, ca urmare a solicitării cu nr. 2355/29.04.2024 primite din partea Societății de Administrare a Participațiilor în Energie SA (SAPE), față de care instituția noastră a comunicat prin adresa nr. 3597/17.05.2024 (transmisă atât către SAPE, cât și către Ministerul Energiei) observațiile și argumentele pentru care nu susține proiectul de act normativ în cauză.

Astfel cu privire la propunerea legislativă analizată, remarcăm că, deși au fost operate câteva modificări de formă/structură față de prevederile proiectului de act normativ transmis anterior, inclusiv în ceea ce privește denumirea acestuia, se menține fondul aspectelor ce se doresc a fi reglementate, prin completarea cadrului legal în materie de achiziții sectoriale în ceea ce privește Excepțiile.

În acest sens, propunerea legislativă în discuție are drept scop modificarea și completarea Capitolului II, Secțiunea 1, Paragraful 4 - Excepții specifice pentru contractele sectoriale de servicii din Legea nr. 99/2016, prin introducerea excepției de la aplicarea legislației în materie

pentru atribuirea contractelor sectoriale având ca obiect achiziția de produse (echipamente și piese de schimb), servicii și lucrări necesare pentru funcționarea în parametri optimi a centralelor electrice eoliene, în condițiile speciale „impuse de producătorii turbinelor eoliene” de protejare a drepturilor exclusive de proprietate intelectuală, respectiv acceptarea din partea entității contractante de încheiere a unor contracte de achiziție guvernate de legi străine.

În plus față de proiectul de act normativ anterior analizat, se reglementează totodată exceptarea de la aplicarea legislației în materie și pentru achiziția de mijloace fixe din sectorul energetic care deservește infrastructurile critice naționale.

De asemenea, se prevede suplimentar la nivelul propunerii legislative faptul că respectivele achiziții contribuie la securitatea energetică a României, ca parte componentă a securității naționale, aducându-se ca argumente în expunerea de motive, în susținerea acestei completări a cadrului legal prevederile art. 18 alin. (1), art. 24 alin. (2) și (3) și art. 26 din Directiva 2014/25/UE.

Ca atare, se propune modificarea/completarea titlului Paragrafului 4 aferent Secțiunii 1 a Capitolului II din Legea nr. 99/2016 în următoarea formă: „*Paragraful 4 - Exceptări specifice pentru contractele sectoriale de achiziții produse, servicii și lucrări*”.

Totodată, se modifică partea introductivă a art. 37 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 astfel: „Prezenta lege nu este aplicabilă pentru atribuirea contractelor sectoriale de achiziții produse, servicii și lucrări care au ca obiect: [...]” și se completează articolul în discuție cu două noi litere, litera j) și litera k), după cum urmează:

- „*j) achizițiile de echipamente și piese de schimb pentru turbinele eoliene de la producătorii acestora, servicii de întreținere/mentenanță preventivă și corectivă, precum și execuția de lucrări, activități ce pot fi efectuate/executate doar de către producătorii turbinelor eoliene și care contribuie la securitatea energetică a României, parte componentă a securității naționale*”.
- *k) orice altă achiziție de mijloc fix pentru operatori economici din sectorul energetic care deservește infrastructurilor critice naționale/și sau care, prin activitatea desfășurată, contribuie la realizarea securității energetice a României, parte componentă a securității naționale*”.

Astfel, raportat la propunerile de modificare și completare a cadrului legal național privind achizițiile sectoriale, în consens cu cele transmise anterior către SAPE, respectiv Ministerul Energiei, facem următoarele precizări:

În primul rând, ca observație generală, precizăm că excepțiile de la aplicarea legislației în domeniul achizițiilor sectoriale sunt expres și limitativ reglementate, după caz, în cadrul Capitolului II „*Exceptări*” din Legea nr. 99/2016¹, care transpun dispozițiile Directivei 2014/25/UE², prin urmare actele normative naționale nu pot reglementa situații

¹ Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare;

² Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile efectuate de entitățile care activează în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE;

suplimentare de exceptare sau de derogare de la prevederile legislației în domeniu fără încălcarea legislației europene relevante ante-mentionate transpuse la nivel național.

Or, în contextul dat, prin reglementările propuse în proiectul de Lege analizat se extinde domeniul de aplicare al prevederilor Capitolului II, Secțiunea 1, Paragraful 4 din Legea nr. 99/2016 (reprezentând transpunerea art. 21 din Directiva 2014/25/UE), ce vizează exceptări specifice pentru anumite categorii de contracte sectoriale de servicii, prin completarea prevederilor acestui paragraf cu noi situații de excepție privind achizițiile de servicii, dar și de produse și lucrări aferente funcționării turbinelor eoliene, ceea ce conduce la încălcarea legislației europene și implicit a celei naționale în materie.

De asemenea, având în vedere argumentele aduse în susținerea propunerii de modificare și completare a Legii nr. 99/2016 (respectiv mențiunile făcute în expunerea de motive aferentă proiectului de Lege) subliniem următoarele:

- cu privire la constrângerea entității contractante de a accepta încheierea unor contracte de achiziție guvernate de legi străine (condiții impuse de producătorii turbinelor eoliene).

Potrivit dispozițiilor art. 288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), directiva este un act juridic adoptat de Uniunea Europeană și este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele.

În acest sens, iterăm faptul că legislația națională în domeniul achizițiilor sectoriale transpune prevederile directivei europene în materie, respectiv dispozițiile Directivei 2014/25/UE.

Astfel, în conformitate cu prevederile art. 1 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE, *„Prezenta directivă instituie norme aplicabile procedurilor de achiziție utilizate de către entitățile contractante în legătură cu contractele și concursurile de proiecte a căror valoare este estimată ca fiind cel puțin egală cu pragurile prevăzute la articolul 15”.*

Acest articol este transpus în legislația națională, respectiv în Legea nr. 99/2016 prin prevederile art. 1 alin. (1), conform căreia *„Prezenta lege reglementează modul de realizare de către entitățile contractante a achizițiilor sectoriale, procedurile de atribuire a contractelor sectoriale și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor sectoriale, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor sectoriale.”*

Astfel, în vederea realizării achizițiilor sectoriale de produse, servicii și/sau lucrări în România, entitățile contractante au obligația respectării cadrului legal național în materie, aplicând prin urmare procedurile de atribuire prevăzute de Legea nr. 99/2016, respectiv, ca regulă generală, licitația deschisă, licitație restrânsă, negocierea competitivă, dialogul competitiv și procedură simplificată, și prin excepție, raportat la specificul achiziției, parteneriatul pentru inovare, negocierea fără invitație prealabilă la procedura concurențială de ofertare, concursul de soluții, procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice - proceduri de atribuire finalizate prin încheierea de contracte sectoriale, astfel cum sunt definite de legislația în domeniu aferentă.

Prin urmare, modul de realizare de către entitățile contractante a achizițiilor sectoriale în România este guvernat de Legea nr. 99/2016, legislație specifică la nivel național aplicabilă atribuirii contractelor sectoriale.

De asemenea, entitățile contractante pot atribui contracte sectoriale fără aplicarea normelor legale în materie numai atunci când se încadrează în situațiile de excepție legiferate în mod expres și limitativ la nivel național, conform directivei europene.

În aceeași ordine de idei, precizăm că un contract de achiziție sectorială reprezintă un acord de voință realizat între entitatea contractantă și contractant, un contract sinalagmatic prin care părțile stabilesc care este întinderea drepturilor și obligațiilor pe care și le asumă, cu respectarea atât a limitelor impuse de legislație, cât și a cerințelor prevăzute în documentația de atribuire.

Astfel, raportat la prevederile art. 1 din Legea nr. 99/2016, subliniem că, în afara acelor „*anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor sectoriale*” care sunt explicit reglementate de Legea nr. 99/2016, părțile au libertatea de a dispune cu privire la legislația aplicabilă în ceea ce privește derularea/executarea contractului sectorial. În acest sens, menționăm că în cadrul unui contract sectorial părțile au libertatea de a stipula anumite clauze care nu contravin normelor de drept aplicabile, chiar dacă acestea nu sunt reglementate în mod expres de legislația privind achizițiile sectoriale.

- cu privire la protejarea drepturilor exclusive de proprietate intelectuală deținute de către producătorii de turbine eoliene

În conformitate cu art. 117 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare dacă produsele/serviciile/lucrările pot fi furnizate/prestate/executate numai de către un anumit operator economic pentru unul dintre motivele expres prevăzute de lege, și anume:

- scopul achiziției este crearea sau achiziționarea unei opere de artă sau unei reprezentări artistice unice;
- concurența lipsește din motive tehnice;
- protecția unor drepturi exclusive, inclusiv drepturi de proprietate intelectuală.

De asemenea, potrivit dispozițiilor alin. (4) al aceluiași articol, entitatea contractantă poate aplica procedura de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare în cazul prevăzut la alin. (1) lit. c) al acestui text de lege numai dacă, în legătură cu motivele prevăzute la alin. (2) lit. b) și c), nu există o soluție alternativă sau înlocuitoare rezonabilă, cum ar fi utilizarea unor canale de distribuție alternative pe teritoriul României ori în afara acestuia sau achiziția unor lucrări, produse sau servicii comparabile din punct de vedere funcțional.

Într-un astfel de caz, absența concurenței nu trebuie să fie rezultatul unei restrângeri artificiale de către entitatea contractantă a parametrilor achiziției în vederea aplicării procedurii de atribuire în discuție, iar entitatea contractantă are obligația de a verifica dacă nu există o soluție alternativă sau înlocuitoare rezonabilă, cum ar fi utilizarea unor canale de distribuție

alternative pe teritoriul României ori în afara acestuia sau achiziția unor lucrări, produse sau servicii comparabile din punct de vedere funcțional.

Subliniem că, potrivit Considerentului (61) din Preambulul Directivei 25/2014/UE, primul paragraf „*Având în vedere efectele negative asupra concurenței, procedurile de negociere fără invitarea prealabilă la o procedură concurențială de ofertare ar trebui utilizate doar în circumstanțe excepționale. Excepțiile ar trebui să se limiteze la cazurile în care [...] există în mod obiectiv numai un singur operator economic care poate executa contractul. [...] Exclusivitatea poate apărea, de asemenea, din alte motive, dar utilizarea procedurii de negociere fără invitarea prealabilă la o procedură concurențială de ofertare poate fi justificată numai de o situație de exclusivitate obiectivă, în care exclusivitatea nu a fost creată de către entitatea contractantă însăși în vederea viitoarei proceduri de achiziție*”.

În concluzie, legislația în domeniul achizițiilor sectoriale oferă entității contractante pârghiile necesare privind realizarea unor achiziții specifice, care implică protecția unor drepturi de protecție intelectuală, respectiv atribuirea contractului unui anumit operator economic din motive tehnice, prin aplicarea în acest sens a unei proceduri de excepție, respectiv negocierea fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare, entitatea având însă obligația de a justifica temeinic respectivele circumstanțe și motivele care au făcut imposibilă aplicarea unei proceduri de atribuire concurențială.

Astfel, după cum prevede și paragraful al treilea al Considerentului (61) din Preambulul Directivei 25/2014/UE: „*În cazul în care situația de exclusivitate se datorează unor motive tehnice, acestea ar trebui definite în mod riguros și justificate de la caz la caz. Acestea ar putea include, de exemplu, cvasi-imposibilitatea tehnică ca un alt operator economic să atingă performanțele necesare sau necesitatea de a utiliza know-how, instrumente sau mijloace specifice de care dispune doar un singur operator economic. Motivele tehnice pot să fie generate, de asemenea, de cerințe specifice privind interoperabilitatea, care trebuie îndeplinite pentru a asigura funcționarea lucrărilor, produselor sau serviciilor care urmează a fi achiziționate*”.

Ca atare, raportat la contextul dat, apreciem că entitățile contractante au dreptul de a aplica procedura de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare în temeiul art. 117 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, în vederea realizării achizițiilor de produse/servicii/lucrări necesare funcționării în condiții optime a turbinelor eoliene sub rezerva justificării prealabile a motivelor invocate, respectiv a lipsei concurenței din motive tehnice, precum și a protecției unor drepturi intelectuale - o astfel de procedură de excepție implicând, prin urmare, realizarea în prealabil a unei analize amănunțite și distincte, de la caz la caz, privind circumstanțele de încadrare.

- cu privire la specificul achizițiilor, respectiv „**reprezintă interes pentru securitatea energetică a României, parte componentă a securității naționale a României**”

Din analiza expunerii de motive aferentă proiectului de Lege reiese invocarea în susținerea necesității de extindere/completare a cadrului legal în materie privind *Excepțiile* a unor articole din Directiva 2014/25/UE, în speță art. 18 alin. (1), art. 24 alin. (2) și (3) și art. 26 din Directiva 2014/25/UE.

Precizăm că articolele sus invocate au fost transpuse la nivelul legislației naționale în materie de nivel primar, respectiv în Legea 99/2016 prin:

- Art. 34 alin.(1) - excepții aplicabile contractelor sectoriale atribuite în scopul revânzării sau închirierii către terți;
- Art. 41 alin.(2)-(4) - achiziții care includ aspecte de apărare și securitate;
- Art. 43-45 - achiziții care se referă la mai multe activități relevante și implică aspecte legate de apărare sau securitate.

Astfel, după cum se poate observa legislația cadru în materie este reglementată în mod corespunzător la nivel național, asigurând transpunerea fidelă a normelor europene, entitatea contractantă având prin urmare pârghiile legale necesare de a analiza încadrarea achiziției într-una dintre situațiile specifice reglementate, conform legislației în domeniul achizițiilor sectoriale (Legea nr. 99/2016) sau legislației privind atribuirea anumitor contracte în domeniul apărării și securității (OUG nr. 114/2011³), cu precizarea că o astfel de analiză se realizează de la caz la caz, pentru fiecare contract în parte, necesar a fi atribuit.

Ca atare, pe lângă faptul că, așa cum am punctat la începutul prezentei adrese, propunerea legislativă în discuție aduce atingere normelor europene, invocarea în susținerea necesității de completare a cadrului legal în materie cu noi situații de excepții, a unor prevederi legale din directivă reglementate ca atare la nivelul legislației naționale, pe care inițiatorul propunerii legislative le consideră relevante în vederea realizării achizițiilor, nu este concludentă.

Având în vedere cele sus-menționate, precizăm că propunerea de modificare și completare a legislației naționale specifice în domeniul achizițiilor sectoriale de nivel primar contravine prevederilor art. 21 din Directiva 2014/25/UE (transpuse ca atare la nivel național în cuprinsul Capitolului II, Secțiunea 1, Paragraful 4-Excepții specifice pentru contractele sectoriale de servicii din Legea nr. 99/2016), creând astfel premisele declanșării de către Comisia Europeană a unei proceduri de *infringement* împotriva României.

Prin urmare, din considerentele expuse prin prezenta adresă, vă comunicăm că nu susținem adoptarea Propunerii legislative pentru completarea Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (Bp. 348/2024).

Cu stimă,

Iuliana FECLISTOV

Președinte

³ OUG nr. 114/2011 privind atribuirea anumitor contracte de achiziții publice în domeniile apărării și securității, cu modificările și completările ulterioare.