

LEGISLAȚIA, ACHIZIȚIILOR PUBLICE ÎN ROMÂNIA

Irina Alexe • Daniel-Mihail Șandru

Editori



EDITURA UNIVERSITARĂ

**LEGISLAȚIA ACHIZIȚIILOR PUBLICE
ÎN ROMÂNIA**

**IRINA ALEXE
DANIEL-MIHAIL ȘANDRU
(Editori)**

**LEGISLAȚIA ACHIZIȚIILOR PUBLICE
ÎN ROMÂNIA**



**EDITURA UNIVERSITARĂ
București, 2018**

Colecția ȘTIINȚE JURIDICE ȘI ADMINISTRATIVE

Redactor: Gheorghe Iovan

Tehnoredactor: Ameluța Vișan

Coperta: Monica Balaban

Foto coperta I: Franz Duschek Fiul, Perspectivă în lungul Podului de la Cernavodă, fotografie, 1895, 423 x 544 mm. Fotografia face parte din albumul fotografic „Podul Regele Carol I”, album cu cota topografică AF IV 310, care cuprinde fotografii executate în timpul șantierului Podului de la Cernavodă, între 1890-1895. Numerele de inventar cuprinse în album: 82074-82113. Mulțumim Bibliotecii Academiei Române.

Editură recunoscută de Consiliul Național al Cercetării Științifice (C.N.C.S.) și inclusă de Consiliul Național de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare (C.N.A.T.D.C.U.) în categoria editurilor de prestigiu recunoscut.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

Legislația achizițiilor publice în România / coord.: Irina Alexe, Daniel-

Mihail Șandru. - București : Editura Universitară, 2018

Conține bibliografie

ISBN 978-606-28-0701-6

I. Alexe, Irina (coord.)

II. Șandru, Daniel-Mihail (coord.)

34

DOI: (Digital Object Identifier): 10.5682/9786062807016

© Toate drepturile asupra acestei lucrări sunt rezervate, nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul Editurii Universitare

Copyright © 2018

Editura Universitară

Editor: Vasile Muscalu

B-dul. N. Bălcescu nr. 27-33, Sector 1, București

Tel.: 021 – 315.32.47 / 319.67.27

www.editurauniversitara.ro

e-mail: redactia@editurauniversitara.ro

Distribuție: tel.: 021-315.32.47 / 319.67.27 / 0744 EDITOR / 07217 CARTE

comenzi@editurauniversitara.ro

O.P. 15, C.P. 35, București

www.editurauniversitara.ro

Cuprins

Despre editori	8
Considerații privind modificările aduse în anul 2017 legislației achizițiilor publice din România.....	9
Legislație:	
✓ Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice	32
✓ Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice	121
✓ Ordinul nr. 264/2016 privind stabilirea metodologiei de selecție pentru evaluarea ex-ante a documentațiilor de atribuire aferente contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică care intră sub incidența art. 23 alin. (2) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv contractelor/acordurilor-cadru sectoriale care intră sub incidența art. 25 alin. (2) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, precum și pentru stabilirea modului de interacțiune cu autoritățile/entitățile contractante verificate	175
✓ Ordinul nr. 281/2016 privind stabilirea formularelor standard ale Programului anual al achizițiilor publice și Programului anual al achizițiilor sectoriale	178

- ✓ **Ordinul nr. 842/2016 privind aprobarea metodologiei de calcul al ratei de actualizare ce va fi utilizată la atribuirea contractelor de achiziție publică 181**
- ✓ **Ordinul nr. 141/2017 privind aprobarea Metodologiei de selecție și modului de interacțiune a autorităților/entităților contractante cu Agenția Națională pentru Achiziții Publice în legătură cu intenția de modificare a contractelor/ acordurilor-cadru de achiziție publică, respectiv a contractelor/ acordurilor-cadru sectoriale, în condițiile prevăzute la art. 221 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și la art. 238 din Legea nr. 99/2016 187**
- ✓ **Instrucțiunea nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale 193**
- ✓ **Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale 210**
- ✓ **Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale 226**
- ✓ **Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale 320**
- ✓ **Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii 373**
- ✓ **Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii 423**

- ✓ **Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor 464**
- ✓ **Legea nr. 184/2016 privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică 489**
- ✓ **Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/ acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/ acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii 498**
- ✓ **Legea nr. 233/2016 privind parteneriatul public-privat 511**
- ✓ **Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice 526**
- ✓ **Hotărârea Guvernului nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice 530**
- ✓ **Ordinul nr. 121/2017 privind acordarea de consiliere metodologică 536**

Despre editori

Irina ALEXE

Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române. Este absolventă a Facultății de Drept din cadrul Academiei de Poliție „Alexandru Ioan Cuza” și doctor în drept al Facultății de Drept a Universității din București. Și-a desfășurat activitatea timp de aproape 20 de ani în Ministerul Afacerilor Interne iar în prezent este ofițer în rezervă. Este expert în elaborarea și susținerea, în cadrul procedurilor guvernamentale și parlamentare, a proiectelor de acte normative ce vizează domeniul afacerilor interne, funcționarea administrației centrale și locale, respectiv coordonarea activității prefectilor. Autor al unor volume și articole în domeniu, ariile sale de interes vizează dreptul administrativ, dreptul constituțional și dreptul european. Poate fi contactată la adresa irina_alexe@yahoo.com.

Daniel-Mihail ȘANDRU

Profesor universitar la Universitatea din București și la Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”. A fondat și coordonează Centrul de Studii de Drept European al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române. Judecător ad hoc la Curtea Europeană a Drepturilor Omului și arbitru la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României. Președinte al Societății de Științe Juridice și al Asociației Române de Drept și Afaceri Europene. Redactor șef al Revistei române de drept european (Wolters Kluwer). Poate fi contactat la adresa mihai.sandru@csde.ro; pagina web: www.mihaisandru.ro.

Considerații privind modificările aduse În anul 2017 legislației achizițiilor publice din România¹

*Irina Alexe
Daniel-Mihail Șandru*

1. Introducere

La trecerea a 100 de ani de la înfăptuirea Marii Uniri, în 1918, dar și după scurgerea celor 11 ani de când România este parte integrantă a Uniunii Europene, și și-a asumat inclusiv valorile pe care aceasta se bazează, se poate afirma că sistemul legislativ național este consolidat și armonizat cu cel al Uniunii Europene, iar fluctuațiile care vizează normele ce îl compun țin și ele pasul cu modificările intervenite la nivel european, mai ales în domeniile a căror reglementare este în competența autorităților legislative ale Uniunii. Un astfel de domeniu, foarte important și care permite atât transformarea și dezvoltarea societății și a mecanismelor de funcționare a acesteia, dar și utilizarea eficientă a fondurilor publice, precum și transparentizarea și menținerea piețelor deschise spre libera concurență, în întreaga Uniune Europeană, este domeniul achizițiilor publice.

Reforme constante, succesive, au avut loc la nivel european dar și național², tocmai pentru a adapta legislația în domeniul la evoluția factorilor care îl influențează în mod decisiv, precum și la jurisprudența în materie a Curții de Justiție a Uniunii Europene³. Este necesar să subliniem,

¹ Această analiză este pregătită și va fi prezentată în cadrul Conferinței Naționale Achizițiile Publice în România – ediția a II-a. Modificările legislației în 2017, Târgu Mureș, 23 ianuarie 2018. Autorii mulțumesc domnului avocat dr. Florin Irimia pentru observațiile pertinente formulate. Eventualele neclarități ale textelor aparțin în exclusivitate autorilor.

² Pentru o analiză a contextului care a condus la adoptarea pachetului legislativ reformator în materia achizițiilor publice a se vedea; **Peter Kunzlik**, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 15, 2013, pp.283-356; pentru analiza reformelor în domeniu a se vedea **Irina Alexe**, *Reforma legislației europene în domeniul achizițiilor publice și transpunerea recentă a acesteia în România*, în volumul *Achizițiile publice în România - aplicarea și interpretarea noii legislații europene*, coord. Daniel-Mihail Șandru, Irina Alexe, Raul-Felix Hodoș, Ed. Universitară, 2017, pp.18-43.

³ Despre importanța jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene în domeniu, a se vedea **Christopher H. Bovis**, *Developing public procurement regulation: jurisprudence and its influence on law making*, Common Market Law Review 43: 461-495, 2006.

pentru cei care nu cunosc în mod concret mecanismele de luare a deciziilor și de reglementare la nivelul instituțiilor Uniunii Europene, că atât România, cât și celelalte state membre, sunt părți integrante și participă, atât prin cetățeni, prin intermediul consultărilor⁴ publice, precum și instituțional, în realizarea acestor mecanisme.

Ultima dintre aceste reforme majore a avut loc în anul 2014, după zece ani de aplicare, de monitorizare și de evaluare a aplicării legislației anterioare în domeniul achizițiilor publice. În mod firesc, pentru eliminarea birocrăției și pentru simplificarea procedurilor⁵ dar și a înțelegerii și aplicării normelor, ar fi fost de dorit ca prin această reformă să se realizeze și o simplificare normativă. Dar aceasta nu s-a realizat pe deplin, iar Parlamentul European și Consiliul au adoptat un *pachet legislativ* cuprinzând trei noi Directive, 2014/23/UE⁶ (concesiuni), 2014/24/UE⁷ (clasică), 2014/25/UE⁸ (sectorială), completat ulterior printr-o nouă directivă privind facturarea

Actualizarea jurisprudenței Curții de Justiție, cu sugestii bibliografice și comentarii, este disponibilă pe site-ul domnului prof. **Albert Sánchez Graells**: www.howtocrackanut.com; pentru analize aprofundate, a se vedea: **Sue Arrowsmith**, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3rd. Sweet & Maxwell, 2014.

⁴ Petru câteva detalii a se vedea, de exemplu: **Mihai Șandru** (coord.), *Poziție comună referitoare la "Cartea Verde privind modernizarea politicii UE în domeniul achizițiilor publice Către o piață europeană a achizițiilor publice mai performantă"* (proiect cercetare CSDE în Seria Consultări Europene: „Modernizarea pieței europene a achizițiilor publice” (CSDE-SCE-22) – februarie – aprilie 2011), disponibil la <http://iaduer.ro/?p=2097>; **Irina Alexe**, *Conferința de prezentare a Proiectului din Seria Consultări Europene: Eficacitatea Directivelor privind căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (ARDAE-SCE-2) – cum a fost*, Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 6/2015, pp.133-134. Pentru o cercetare din perspectiva competențelor UE, după adoptarea Tratatului de la Lisabona, a se vedea: **Ioan Lazăr**, *Considerații privind achizițiile publice în contextul adoptării Tratatului de la Lisabona*, RRDA, nr. 4/2010, p. 57 și urm.

⁵ Pentru necesitatea simplificării normative prin directive a se vedea **Daniel Mihail Șandru**, *Directiva – act de dreptul Uniunii Europene – și simplificarea normativă*, Pandectele Române, nr. 7/2015, pp. 47-53.

⁶ Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului, din 26 februarie 2014, privind atribuirea contractelor de concesiune, JO L 94, 28.3.2014, p.1.

⁷ Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului, din 26 februarie 2014, privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, JO L 94, 28.3.2014, p.65.

⁸ Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului, din 26 februarie 2014, privind achizițiile efectuate de entități care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, JO L 94, 28.3.2014, p.243.

electronică în domeniul achizițiilor publice⁹ și au stabilit că Directiva 2007/66/CE¹⁰, respectiv directivele-remedii, rămân aplicabile.

România a adoptat, în anul 2016, trei legi și trei hotărâri ale Guvernului, prin care a transpus, într-un termen rezonabil¹¹, noile directive, precum și o a patra lege prin care a transpus directivele-remedii. De asemenea, tot în anul 2016, a fost adoptată de către Parlament o lege¹² care instituie un nou mecanism de prevenire a conflictelor de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, prin care în cadrul Agenției Naționale de Integritate a fost constituit un sistem informatic integrat, pentru prevenirea și identificarea potențialelor conflicte de interese, denumit Sistemul prevenție. Totodată, în considerarea necesității reglementării unui alt domeniu, strâns legat de cel al achizițiilor publice, printr-o lege specială, adoptată tot în anul 2016, au fost stabilite normele care vizează parteneriatul public-privat¹³, în special pentru a evidenția distincția dintre regimul concesiunilor și cel al parteneriatul public-privat. Nu în ultimul rând, în cursul anilor 2015-2016, a fost stabilit cadrul normativ și organizatoric pentru ca autoritățile competente să coordoneze, în mod susținut și eficient, domeniul achizițiilor publice¹⁴.

Despre in/corecta transpunere sau aplicare a directivelor europene în materia achizițiilor publice s-a discutat în spațiul public, dar și în doctrină și între profesioniști, chiar din timpul dezbaterilor care au avut loc în Parlamentul României, în procedura de adoptare a legilor menționate. Cu atât mai mult, după mai mult de un an de la aplicarea lor, a reieșit

⁹ Directiva 2014/55/UE a Parlamentului European și a Consiliului, din 16 aprilie 2014, privind facturarea electronică în domeniul achizițiilor publice, JO L 133, 6.5.2014, p.1.

¹⁰ Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului, din 11 decembrie 2007, de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, JO L 335, 20.12.2007, p.31.

¹¹ Termenul de doi ani avut la dispoziție de statele membre ale Uniunii Europene pentru transpunerea directivelor, care s-a împlinit la 18 aprilie 2016, a fost depășit de România, dar toate cele șase acte normative au fost adoptate și aplicate până la sfârșitul anului 2016.

¹² Legea nr.184/2016, privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictelor de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.831 din 20 octombrie 2016.

¹³ Legea nr. 233/2016, privind parteneriatul public-privat, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr.954 din 25 noiembrie 2016.

¹⁴ Ne referim aici la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr.954 din 25 noiembrie 2016, modificată în anul 2016 prin Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, precum și la Hotărârea Guvernului nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr.645 din 25 august 2015, modificată în anul 2016 prin Hotărârea Guvernului nr. 774/2016.

necesitatea corelării anumitor texte, reglementării, nuanțării sau abrogării altora, astfel încât pe de o parte procesul de transpunere a legislației europene în legislația națională să reflecte în mod fidel intenția de reglementare a legiuitorului european iar, pe de altă parte, procedurile de achiziții publice să fie coerente, flexibile și să nu mai existe foarte multe dubii sau contradicții în interpretare.

Apreciem faptul că, la nivel național, a existat preocupare pentru corectarea erorilor și a deficiențelor de transpunere și de interpretare sau aplicare a legislației. De altfel, sunt de mare actualitate și preocupările autorităților competente, inclusiv la nivel european, de a profesionaliza domeniul achizițiilor publice¹⁵, de a încuraja investițiile mari în infrastructură, inclusiv prin realizarea unui control ex ante¹⁶, sau de a utiliza fondurile publice într-un mod strategic, eficient și durabil¹⁷, care să conducă la realizarea scopurilor pentru care actele normative au fost adoptate și care să stimuleze libera concurență, loială, pe piața unică, precum și asigurarea unor servicii de calitate tuturor cetățenilor Uniunii Europene.

Semnalăm și faptul că, în luna decembrie 2017, Guvernul a ales să modifice și să completeze, prin intermediul a trei ordonanțe de urgență distincte¹⁸, toate actele normative naționale de nivel superior menționate anterior, ce vizează domeniul achizițiilor publice, inclusiv organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice și realizarea controlului ex ante sau cel ex post, respectiv parteneriatul public-privat. Despre alegerea modalității de reglementare prin ordonanță de urgență a Guvernului, dar și despre principalele modificări pe care aceste trei acte normative le-au introdus în legislație ne vom expune opiniile critice în secțiunile următoare.

¹⁵ C(2017) 6654 final - Recomandarea Comisiei din 3.10.2017 cu privire la profesionalizarea achizițiilor publice Construirea unei arhitecturi pentru profesionalizarea achizițiilor publice; textul este disponibil la <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/st-12941-2017-init/ro/pdf>.

¹⁶ COM(2017) 573 final - Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor cu tema: Încurajarea investițiilor prin intermediul unei evaluări voluntare ex ante a aspectelor referitoare la achiziții pentru proiectele mari de infrastructură; textul este disponibil la <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12977-2017-INIT/ro/pdf>.

¹⁷ COM(2017) 572 final - Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor cu tema: Transformarea achizițiilor publice pentru ca acestea să funcționeze în și pentru Europa; textul este disponibil la <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13286-2017-INIT/ro/pdf>.

¹⁸ Ordonanțele de urgență ale Guvernului nr.98/2017, nr.104/2017 și nr.107/2017.

2. Achiziții publice

România a adoptat, în anul 2016, două măsuri naționale de transpunere a Directivei 2014/24/UE și anume Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice¹⁹ și Hotărârea Guvernului nr.395/2016²⁰, iar prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr.107/2017²¹ au fost aduse modificări substanțiale Legilor nr.98/2016 - 101/2016, precum și Ordonanței de urgență a Guvernului nr.13/2015, și au fost adoptate măsuri tranzitorii referitoare la procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a acestui act normativ, la legea aplicabilă privind condițiile și procedura ce vizează contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești, respectiv privind ajustarea/revizuirea prețului contractelor încheiate sau privind contractele subsecvente.

Subliniem că, în cazul în care Guvernul utilizează instituția delegării legislative prevăzută de art.115 alin.(4) din Constituția României și adoptă ordonanțe de urgență, trebuie să fie întrunite cel puțin condițiile prevăzute în textul menționat. Acestea se referă atât la existența unor situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată precum și la obligația Guvernului de a motiva urgența în cuprinsul acestora. Analizând preambulul Ordonanței de urgență a Guvernului nr.107/2017 observăm că emitentul actului doar declară dar nu motivează, în sens constituțional, urgența reglementării, ci încearcă să o justifice prin propria incapacitate administrativă sau prin necesitatea corelării cu măsuri legislative adoptate anterior și prin faptul că procedura parlamentară de adoptare a unei legi presupune o perioadă mai lungă de timp. De asemenea, se precizează că legile care sunt modificate prin acest act normativ au fost adoptate de Parlament prin procedura de urgență și că în procesul de adoptare a fost introdusă o serie de elemente noi care, după aplicarea practică, necesită corelări urgente. Susținem în continuare că o astfel de motivare a urgenței reglementării nu are cum să fie conformă cu textul constituțional, chiar dacă ea corespunde într-o oarecare măsură interesului general public întrucât recurgerea tot mai des de către guverne la instituția delegării legislative, prin

¹⁹ Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.390 din 23 mai 2016.

²⁰ Hotărârea Guvernului nr.395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.423 din 6 iunie 2016.

²¹ Ordonanța de urgență a Guvernului nr.107/2017 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.1022 din 22 decembrie 2017.

adoptarea ordonanțelor de urgență, fără îndeplinirea cerințelor constituționale²², nu face decât să anihileze scopul pentru care aceasta a fost reglementată. A invoca emiterea unei ordonanțe de urgență prin faptul că, anterior, Parlamentul a adoptat legile prin procedura de urgență pe care tot Guvernul a solicitat-o, nu este de natură decât să evite atât dezbaterea publică²³, transparența în luarea deciziilor, cât și dezbaterea parlamentară, afectând în final chiar principiul constituțional al separației și echilibrului puterilor în stat. Este cu atât mai greu de înțeles recurgerea la o astfel de soluție cu cât Parlamentul se afla în sesiune la data adoptării ordonanței de urgență, iar Guvernul era susținut de o majoritate parlamentară consistentă.

Principalele modificări pe care actul normativ în discuție le-a adus Legii nr.98/2016 sunt evidențiate și în documentul de prezentare și motivare a proiectului care a devenit Ordonanța de urgență a Guvernului nr.107/2017, dar și în expunerea de motive²⁴ care însoțește proiectul de lege pentru aprobarea acesteia. Analizând comparativ aceste documente, textul inițial și textul modificator, subliniem că acestea vizează atât corelarea normelor, explicitarea noțiunilor, o transpunere mai fidelă a prevederilor directivei²⁵, dar și abrogarea unor texte. Nu vom analiza în detaliu aceste 41 puncte prevăzute în textul art.I din ordonanță, prin care au fost aduse modificări legii în discuție, având în vedere atât numărul impresionant, dar și întrucât ele sunt deja argumentate și detaliate, pentru fiecare articol, în documentul de motivare. Alegem să evidențiem, în cele ce urmează, categoriile de modificări, dar vom oferi și câteva exemple concrete, astfel:

a) clarificarea conceptelor sau a procedurilor și simplificarea acestora: art.4 alin.(1) lit.c), art.4 alin.(3), art.19, art.28 alin.(1) și (2), art.33, art. 53, art.68, art.109 alin.(3), art.111 alin.(1) și (4), art.113 alin. (4)¹ – nou

²² De exemplu, în textul preambulului actului respectiv se precizează că „aspectele....constituie situații de urgență”, deși am arătat deja că textul constituțional impune obligația de a motiva urgența situațiilor extraordinare, nu a celor de urgență.

²³ În cazul acesta punctual au existat dezbateri publice încă din luna mai a anului 2017, cu câteva luni înaintea adoptării ordonanței de urgență, dar acest fapt este de natură să argumenteze cu atât mai mult opiniile ce vizează inexistența situației extraordinare, în sens constituțional, și invocarea propriei incapacități administrative pentru a eluda dezbaterea parlamentară. Pentru detalii a se vedea **Irina Alexe**, *op.cit.*, supra 2, pp.22-23.

²⁴ Documentul este disponibil la <https://www.senat.ro/legis/PDF/2017/17b695EM.pdf>.

²⁵ Pentru critica transpunerii directivei prin ordonanțe de urgență ale Guvernului a se vedea **Irina Alexe, Constantin Mihai Banu**, *Transpunerea directivei prin ordonanță de urgență. Exemple recente din dreptul român și aspecte comparate*, în volumul Daniel-Mihai Șandru, Constantin Mihai Banu, Dragoș Călin (coord.) *Directiva – act de dreptul Uniunii Europene și dreptul român*, Ed. Universitară, București, 2016, pp.132-174; concluziile studiului reliefează faptul că în toate statele membre este preferabilă transpunerea directivei prin lege, dezbătută și asumată în Parlament și nu prin ordonanțe de urgență, cum este cazul actului normativ menționat.

introdus, art.114, art.131 alin.(1) lit.a), art.153 alin.(1) lit.a), art.160 alin.(1) și (2), art.175 alin.(2) lit.a), art.176 alin.(1), art.187 alin.(8) lit.b), art.193 alin.(2) și (3), art.200 alin.(1), art.212 alin.(1) lit.b), art.213 alin.(2), art.214 alin. (2) și (3), art.215 alin. (2) lit.b) și art.224 alin.(1) lit.i). Ne referim, cu titlul de exemplu, la faptul că sunt prevăzute în mod expres procedurile care pot fi aplicate pentru atribuirea de loturi individuale în condițiile art.19 din lege, respectiv procedura simplificată/achiziția directă. De asemenea, pentru a nu mai genera confuzii, se elimină precizările privind subcontractanții și terții susținători, întrucât aceștia nu fac parte din categoria participanților la procedura de atribuire. Un alt exemplu vizează asigurarea clarității normelor ce reglementează clarificarea obligațiilor pe care le au autoritățile contractante în cazul atribuirii contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice prevăzute în anexa nr.2 la lege. De asemenea, în cazul acestor contracte, se clarifică faptul că vor fi utilizate exclusiv criteriile de atribuire cel mai bun raport calitate-preț sau cel mai bun raport calitate-cost, ținându-se seama de criteriile de calitate și de sustenabilitate ale serviciilor sociale. Totodată, au fost stabilite cu exactitate termene de solicitare și de răspuns la clarificările asupra documentelor achiziției, dar există totuși dubii serioase cu privire la aplicarea în practică a mecanismului nou care, deși impune mai multă rigoare pentru operatorii economici, va genera în fapt noi oportunități de contestare raportat la faptul că, de multe ori, un singur răspuns la solicitările de clarificări nu este suficient, fiind necesare unele reveniri. Un ultim exemplu vizează clarificarea faptului că acordurile-cadru pot fi atribuite și prin aplicarea procedurii simplificate.

b) o mai fidelă, exactă și completă²⁶ transpunere a prevederilor directivei²⁷ respectiv ale Regulamentului de punere în aplicare 2016/7/UE²⁸: art.4 alin.(1) lit.c), art.4 alin.(3), art.6 alin.(3) lit.b), art.7 alin.(1) lit.b¹ - nou introdus, art.28 alin. (1) și (2), art.55 alin.(1), art.104 alin.(1), lit.a) și c),²⁹ art.167 alin.(4) – abrogat, art.176 alin.(1), art.182

²⁶ Despre aspectele de ordin terminologic aferente directivei, în ceea ce privește transpunerea, punerea în aplicare, executarea sau implementarea, corecta sau incorecta transpunere, a se vedea **Constantin Mihai Banu**, *Introducere. Directiva – act de dreptul Uniunii Europene*, în *vol. cit.* supra 25, pp.20-27.

²⁷ Apreciem că, în majoritatea cazurilor, pentru înțelegerea exactă a conceptelor, este necesar să analizăm textul unui act legislativ al Uniunii Europene în strânsă corelare cu textul considerentului din preambul, corespunzător normei respective.

²⁸ Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei, din 5 ianuarie 2016, de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, disponibil la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=OJ:L:2016:003:TOC>.

²⁹ Pentru interpretarea și aplicarea art. 104 alin. 1, lit. c), a se vedea Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 324/2017 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/58bd1eae49009381500004d>.

alin.(2), art.193 alin.(2) și (3), art.200 alin.(1), art.210 alin.(1), art.215 alin. (3) – (6) și alin.(5¹) – nou introdus și art.221 alin.(1), lit.d) pct.iii). Ne referim, de exemplu, la clarificarea conceptelor de ofertă admisibilă, inacceptabilă, neconformă sau a solicitării de participare neadecvată, respectiv a conceptului de organism public, prin preluarea explicațiilor incluse în considerentul (10) al preambulului directivei, sau la cel de asociere creată de una/mai multe autorități contractante. Un alt exemplu vizează transpunerea completă a prevederilor referitoare la pragul inclus la art.4 din directivă și asigură o mai mare flexibilitate a procedurilor în cazul autorităților contractante locale prevăzute în art.23 din Legea administrației publice locale, nr.215/2001, și a celor aflate în subordinea acestora; astfel dacă pragul este mai mic de 929.089 lei, aceste autorități organizează procedura simplificată. Alt exemplu vizează reglementarea necesității completării documentului unic de achiziții european de către terțul/terții susținător/i, precum și de către subcontractant/subcontractanți, pentru asigurarea corespondenței cu regulamentul. Ultimul exemplu pe care ne-am propus să îl evidențiem vizează asigurarea corespondenței cu prevederile regulamentului, astfel încât autoritatea contractantă să solicite ofertantului/candidatului precizarea datelor de identificare ale subcontractanților propuși, doar dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

c) corelarea textelor existente în actul normativ, între ele dar și cu cele nou introduse: art.6 alin.(3) lit.b), art.7 alin.(1) lit.b¹ - nou introdus, art.7 alin.(1), art.109 alin.(3), art.113 alin. (4¹) – nou introdus, art.131 alin.(1) lit.a), art.153 alin.(1) lit.a), art.161, art.182 alin.(2), art.182 alin.(5) – abrogat și art.207 alin.(1) lit.b). De exemplu, dispozițiile art.7 alin.(1) sunt corelate cu textele art.7 alin.(2) și art.113 alin.(1) din lege, clarificând condițiile și modalitățile de aplicare a procedurii simplificate. Un alt exemplu vizează reglementarea, prin art.131, a modalității de organizare a unei etape finale de licitație electronică în cazul procedurii simplificate, în corelare cu textul modificat al art.113. Menționăm, de asemenea, corelarea realizată între textul art.207 alin.(1) lit.b), care precizează motivele de excludere, cu cel al art.172 alin.(1), care stabilește criteriile privind capacitatea.

d) corelarea textului Legii nr.98/2016 cu cel al Legii nr.99/2016³⁰: art.19, art.68³¹, art.111 alin.(1) și (4), art.113 alin. (4¹) – nou introdus, art.175 alin.(2) lit.a), art.193 alin.(2) și (3), art.213 alin.(2), art.214 alin. (2)

³⁰ Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.391 din 23 mai 2016.

³¹ În acest sens, a se vedea, de ex: Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, Sentința Civilă nr. 1396/2017 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5983d6b0e49009342300080c>.

și (3), art.215 alin. (2) lit.b) și art.224 alin.(1) lit.i). Un prim exemplu ar fi cel care vizează textul art.19, prin care se clarifică situația de excepție în care autoritatea contractantă poate aplica procedura simplificată sau achiziția directă, pentru loturi individuale, atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ condițiile legale; noul text se corelează cu cel al art.24 din Legea nr.99/2016. Un alt exemplu vizează corelarea dintre textul nou introdus al art.113 alin.(4¹) - prin care a fost prevăzut, pentru autoritatea contractantă, dreptul de a decide organizarea unei etape finale de licitație electronică în cazul procedurii simplificate desfășurate într-o singură etapă, condiționat de precizarea acestei decizii în anunțul simplificat și în documentația de atribuire – cu textul nou introdus pentru art.126 alin.(4¹) din Legea nr.99/2016, iar un ultim exemplu vizează, textul art.231 alin (2), în care a fost stabilit termenul de 5 zile pentru a fi făcută publică decizia de anulare a procedurii de atribuire de către autoritatea contractantă, iar pentru abordare unitară se modifică în mod corespunzător și textul art.226 alin.(2) din Legea nr.99/2016.

e) abrogarea normelor care au generat confuzii sau dificultăți de aplicare sau erau contrare sensului directivei, ori contraveneau jurisprudenței Înaltei Curți de Casație și Justiție³² : art.113 alin.(2) și (3), art.167 alin.(4)³³, art.182 alin.(5) și art.225. Cu titlu de exemplu evidențiem textul abrogat al art.113 alin.(2) care, contrar filosofiei legii, afecta posibilitatea IMM-urilor de a participa la procedurile simplificate, respectiv textul abrogat al art.167 alin.(4), care restricționa participarea, la procedura de atribuire, pentru ofertanții care erau supuși anumitor proceduri judiciare de investigație, dar care nu erau condamnați definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni; textul respectiv era contrar atât normelor directivei cât și celor constituționale, referitoare la prezumția de nevinovăție.

Am precizat deja anterior că, în ceea ce privește modificările aduse legii achizițiilor publice în anul 2017, prin actul normativ în discuție, sunt

³² În documentul de motivare menționat supra 24, pentru justificarea abrogării art.225 din Legea nr.98/2016, este menționată „decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr.3402/2014 în dosarul 21001/3/2012.”

³³ Pentru o interpretare a acestui articol, a se vedea Secția a VIII-a, Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia Civilă nr. 1500/2017, disponibilă în rolul.ro (<http://rolul.ro/hotarari/58f0668de49009048b0000e5>). În alte situații instanțele au trecut la aplicarea dispozițiilor fără considerente referitoare la interpretare: Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a Contencios administrativ și Fiscal, decizia Civilă nr. 3434/2017 disponibilă aici: <http://rolul.ro/hotarari/59fbde99e49009c811000029>. În fine, într-o altă cauză, soluționată de Curtea de Apel Craiova, s-a invocat excepția de neconstituționalitate [Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 1326/2017, disponibilă în rolul.ro (<http://rolul.ro/hotarari/590033cae49009848d0000aa>)], instanța admitând cererea și, în subsidiar, soluția legislativă națională fiind criticată prin raportare la transpunerea directivei.

aplicabile măsurile tranzitorii prevăzute la art. VI-VIII din ordonanța de urgență, referitoare la procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a acestui act normativ, la legea aplicabilă privind condițiile și procedura ce vizează contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești, respectiv privind ajustarea/revizuirea prețului contractelor încheiate sau privind contractele subsecvente.

Este evident, deși ordonanța nu include în mod expres nici o mențiune de acest fel și nici nu instituie vreun termen de realizare, că Guvernul ar fi trebuit să aibă pregătit deja proiectul de hotărâre prin care Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr.395/2016, să fie modificate și completate, pentru a fi puse în acord cu prevederile din legislația primară, cu atât mai mult cu cât modificările acesteia au fost adoptate prin ordonanță de urgență, intrată în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial. Însă nu am identificat, consultând³⁴ site-ul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice³⁵, nici un proiect cu un astfel de obiect de reglementare.

3. Achiziții sectoriale

Directiva 2014/25/UE, care instituie norme specifice privind achizițiile efectuate de entitățile ce își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, constituie, așa cum am mai precizat, cel de-al doilea act important din pachetul legislativ privind achizițiile publice, iar prevederile sale au fost transpuse de România prin Legea nr.99/2016 și prin Hotărârea Guvernului nr.394/2016³⁶.

Pentru aceleași motive pentru care a fost modificată Legea nr.98/2016, invocate în secțiunea anterioară, prin aceeași ordonanță de urgență, potrivit art.II, a fost modificată și completată Legea nr.99/2016, în acest caz fiind necesară o transpunere mai fidelă a prevederilor Directivei 2014/25/UE, precum și corelarea unor texte referitoare la achizițiile publice cu cele referitoare la achizițiile sectoriale. Nu vom mai relua criticile de

³⁴ Data la care este actualizată legislația și ultima dată la care au fost consultate site-urile menționate în cuprinsul volumului este 2 ianuarie 2018.

³⁵ Site-ul oficial a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice este <http://anap.gov.ro>.

³⁶ Hotărârea Guvernului nr.394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.422 din 6 iunie 2016.

ordin general expuse anterior, care sunt valabile și pentru modificarea acestui actului normativ, privind achizițiile sectoriale.

Cele 51 de modificări și completări aduse Legii nr.99/2016 sunt și ele deja argumentate și detaliate, pentru fiecare articol, în documentul de motivare, iar tipologia acestora este similară cu cea a modificărilor aduse legii achizițiilor publice. Întrucât în analiza modificărilor aduse Legii nr.98/2016 am exemplificat mai vast categoriile de modificări, iar acestea sunt în mare parte aplicabile și Legii nr.99/2016, în continuare vom menționa câte un singur exemplu pentru fiecare dintre tipologiile de modificări aduse legii privind achizițiile sectoriale, evidențiate după cum urmează:

a) clarificarea conceptelor sau a procedurilor și simplificarea acestora: art.3 alin.(1) lit.e) r), bb), jj) și ccc), art.4 alin.(1) lit.a), art.5 alin.(2), art.6 alin.(2), art.12 alin.(1), art.17 lit.a), art.24, art.66, art.80 alin.(2) lit.a), art.82 alin.(1¹) - nou introdus, art.117 alin.(1) lit.a) și d), art.127, art.173, , art.197 alin.(2), art.199, art.201, art.219 alin.(1) lit.b), art.226 alin.(2), art.227 alin.(2) și (3), art.228 alin.(3) - (6) și alin.(5¹) – nou introdus, art.245 alin.(2) partea introductivă și lit.g). Exemplul ales a fi evidențiat îl constituie textul art.188 alin.(2) lit.a), potrivit căruia se clarifică faptul că, în cazul procedurii desfășurate în vederea încheierii unui acord-cadru, cerința privind nivelul minim al cifrei de afaceri anuale se raportează, atunci când valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează a se executa în același timp nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent.

b) o mai fidelă, exactă și completă transpunere a prevederilor directivei, respectiv ale Regulamentului de punere în aplicare 2016/7/UE al Comisiei: art.3 alin.(1) lit.e), bb) și jj), art.4 alin.(1) lit.a), art.5 alin.(2), art.6 alin.(2), art.7 alin.(3), art.12 alin.(1), art.17 lit.a), art.38, art.67 alin.(2), art.68 alin.(1), art.80 alin.(2) lit.a), art.195 alin.(1), art.202 alin.(2) și (3), art.228 alin.(3) - (6) și alin.(5¹) – nou introdus, art.240 alin.(1) lit.c). Exemplul ales vizează textul art.80 alin.(2) lit.a), prin care se asigură transpunerea corectă a textului directivei și se elimină contradicția de termeni între invitația la procedura concurențială de ofertare/invitației pentru confirmarea interesului și anunțul de participare.

c) corelarea textelor existente în actul normativ, între ele dar și cu cele nou introduse: art.12 alin.(1), alin.(2¹) – nou introdus și alin.(5) – nou introdus, art.17 lit.a), art.82 alin.(1), art.82 alin.(1¹) - nou introdus, art.95 alin.(4), art.126 alin.(11) lit.b), art.126 alin.(4¹) – nou introdus, art.127, art.173, art.188 alin.(2) lit.a), art.189 alin.(1), art.196 alin.(2) și alin.(5) – abrogat, art.209 alin.(10), art.228 alin.(3) - (6) și alin.(5¹) – nou introdus. Exemplul ales se referă chiar la aceste ultime texte invocate, privind art.228,

unde datorită modificărilor și completărilor aduse alin.(3)-(6), a fost necesară și introducerea unui noi alineat, alin.(5¹), care să expliciteze situațiile în care oferta trebuie considerată neadecvată.

d) corelarea textului Legii nr.99/2016 cu cel al Legii nr.98/2016: art.24, art.51 lit.d), art.68, art.82 alin.(1), art.124 alin.(1) și (4), art.126 alin.(4¹), art.189 alin.(1), art.202 alin.(2) și (3), art.226 alin.(2), art.227 alin.(2) și (3), art.228 alin.(2) lit.b) și art.245 alin.(2) partea introductivă și lit.g), precum și art.245 alin.(2) lit.m). Un exemplu pe care nu l-am menționat anterior în analiza corelării textului Legii nr.98/2016 cu cel al Legii nr.99/2016 vizează textul art.245 alin.(2) lit.m), nou introdusă, care stabilește o nouă contravenție pentru încălcarea dispozițiilor art.2 din legea privind achizițiile sectoriale, pentru a avea un regim sancționator similar celui instituit prin legea privind achizițiile publice.

e) abrogarea normelor care au generat confuzii sau dificultăți de aplicare sau erau contrare sensului directivei: art.4 alin.(1) litera d), art.6 alin.(3), art.126 alin.(12) și (13), art.196 alin.(5) și art.246. Exemplul selectat vizează textul art.196 alin.(5), referitor la faptul că „în cazul în care susținerea tertului/terților vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură entității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului”. Aceste norme nu au corespondent în directivă iar textul a devenit inutil în considerarea modificărilor operate în textul art.196 alin.(2), respectiv având în vedere textul nemodificat al art.198 din lege.

Reiterăm că și în acest caz sunt aplicabile măsurile tranzitorii incluse la art.VI-VIII din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.109/2017.

Semnalăm, de asemenea, că sunt necesare modificări ale Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr.394/2016, însă nu am identificat vreun proiect de act normativ cu un astfel de obiect de reglementare.

4. Concesiuni

Alături de directiva clasică, respectiv de cea sectorială și în strânsă complementaritate cu acestea, în pachetul legislativ ce a realizat reforma domeniului achizițiilor publice la nivel european, în anul 2016, a fost promovată și adoptată prima directivă distinctă care vizează atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și de servicii, Directiva 2014/23/UE. România a transpus actul european prin Legea nr.100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii³⁷, iar pentru aplicarea unor

³⁷ Legea nr.100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.392 din 23 mai 2016.