

Monica Amalia Rațiu

Dreptul achizițiilor publice

Volumul 1

Contractul de achiziție publică

Regimul juridic aplicabil atribuirii contractului

Monica Amalia Rațiu

Dreptul achizițiilor publice

Volumul 1

**Contractul de achiziție publică
Regimul juridic aplicabil atribuirii contractului**

Ediția a III-a, revăzută și adăugită

Universul Juridic
București
-2022-

Capitolul I

EVOLUȚIA REGULILOR PRIVIND ACHIZIȚIILE PUBLICE



Secțiunea 1

Rolul achizițiilor publice

Conceptul de achiziție publică este legat de conținutul unor raporturi juridice asemănătoare celor de vânzare-cumpărare, apreciat însă într-un sens foarte larg și cu conotații specifice. Reglementarea achiziției publice se diferențiază de reglementarea „achiziției” private (astfel cum aceasta se poate realiza prin cumpărare *stricto sensu*, dar și prin închiriere, antrepriză de construcții ș.a.) datorită unor scopuri specifice urmărite de legiuitor. Legiuitorul european consideră achiziția publică un instrument de dezvoltare și consolidare a pieței unice. La nivel mondial, Organizația Mondială a Comerțului urmărește facilitarea schimburilor transfrontaliere și asigură, cu acest scop, încheierea de acorduri cu aplicabilitate internațională și în domeniul achizițiilor publice. Statele sunt preocupate, în primul rând, de cheltuirea judicioasă a fondurilor publice de care dispun. Cum în Uniunea Europeană legiferarea în domeniul achizițiilor publice presupune emiterea de directive cu respectarea principiilor din acordurile mondiale privind achizițiile publice și transpunerea acestora în dreptul intern al statelor membre, toate aceste scopuri variate și, totodată, complementare au drept rezultat adoptarea unor reglementări care s-au îndepărtat de la regulile generale care caracterizează cumpărarea de bunuri, lucrări și servicii în sectorul privat. În plus, cercetătorii fenomenului achiziției publice au identificat, pe parcursul evoluției conceptului, fațete dintre cele mai diverse, observând că achiziția publică nu este doar un instrument care asigură punerea de servicii publice la dispoziția membrilor societății, mijlocit sau nemijlocit, ci și o manieră de exercitare a puterii publice, respectiv un mijloc de implementare a unor opțiuni de politică publică¹.

Pentru a fi în prezența unui contract de achiziție publică, este obligatoriu ca persoana care cumpără să fie autoritate contractantă, iar persoana care vinde să fie un operator economic. Însă nu orice contract de vânzare-cumpărare în care cumpărător este o autoritate contractantă, iar vânzător este un operator economic reprezintă o achiziție publică guvernată, fie și parțial, de prevederile legislației de profil.

¹ C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, ed. a 2-a, Elgar European Law, 2012, p. 1; A. Semple, *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, 2015, p. XXXVIII.

În încercarea de a determina domeniul de incidență al legislației privind achizițiile publice, este important de observat dintr-un bun început că achiziția publică este un concept care aparține dreptului Uniunii Europene, care trebuie înțeles, în primul rând, prin prisma regulilor specifice acestui sistem de drept.

Legiuitorul european nu a inclus normele juridice privind achizițiile publice într-un tratat. Cu toate acestea, în timp, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (numită în continuare „Curtea de Justiție”) a indicat incidența directă și în materia achizițiilor publice a unor prevederi ale Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (numit în continuare, după caz, „TFUE” sau „Tratat”), prevederi ce reglementează fie anumite principii care privesc manifestarea unor libertăți fundamentale, cum ar fi libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, fie care derivă din acestea, respectiv egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența¹.

Incidența acestor principii a fost indicată expres de Curtea de Justiție într-o multitudine de cauze care au avut drept obiect diferite contestări ale deciziilor unor autorități contractante de a atribui în mod direct contracte de achiziție publică, fără aplicarea fie și a unei minime proceduri concurențiale, motivat fie de valoarea inferioară pragurilor prevăzute în directive a obiectului contractului, fie de particularitatea obiectului contractului de a fi exceptat parțial sau integral de la aplicarea regulilor prescrise de directive.

În încercarea de a clarifica, la rândul său, regulile de atribuire a unor astfel de contracte, Comisia Europeană a publicat în anul 2006 un document de îndrumare intitulat *Comunicare interpretativă privind legislația comunitară aplicabilă procedurilor de atribuire a contractelor nesupuse sau parțial supuse dispozițiilor directivelor privind achizițiile publice*², prin care a pus în vedere statelor membre că au obligația ca și la atribuirea contractelor de achiziție publică excluse sau parțial excluse de la aplicarea directivelor (cum ar fi contractele cu valori sub prag, cele care au drept obiect servicii listate în anexa II B la Directiva 2004/18/CE și anexa XVII B la Directiva 2004/17/CE, a căror valoare depășește pragurile, și contractele excluse) să asigure, de regulă, respectarea principiului transparenței și al nediscriminării chiar dacă directivele privind achizițiile publice nu menționează expres aceste obligații. Multe state membre au considerat că textul comunicării interpretative, în fapt, este creator de norme juridice care adaugă la directive, chiar dacă poziția Comisiei Europene a fost în sensul că documentul doar clarifică aspecte care derivă din Tratat și jurisprudența Curții de Justiție. Comunicarea menționată a fost contestată cu prilejul unui proces de referință³ prin care Republica Federală

¹ D. Edward, R. Lane, *European Union Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 517 și urm.; J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *EU Law*, ed. a 9-a, Oxford University Press, 2006, p. 310-313, S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2014, secțiunea 4.

² 2006/C-179/02.

³ Hotărârea Tribunalului din 20 mai 2010 pronunțată în Cauza T-258/06, *Republica Federală Germania împotriva Comisiei Europene*.

Germania, susținută de Parlamentul European și de un număr important de state membre¹, a solicitat anularea documentului pe considerentul că acesta instituie reguli juridice cu forță obligatorie, contrar atribuțiilor Comisiei Europene. Instanța a respins acțiunea Germaniei ca inadmisibilă (pentru considerentele care vor fi detaliate la Titlul IV din prezenta lucrare), consolidând, astfel, *rolul de îndrumar de bune practici* al respectivei comunicări.

În ceea ce privește legislația dedicată achizițiilor publice, anumite reguli imperative în domeniu au fost codificate încă de la debutul anilor 1970 în diferite directive publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (numit în continuare „JOUE” sau „Jurnalul Oficial”) și care au impus statelor membre, de fiecare dată, obligația de transpunere într-un interval de timp predeterminat. Directivele în materia achizițiilor publice au fost transpuse de statele membre prin acte normative intitulate, în funcție de specificul național în materie de tehnică legislativă², cod, regulament, lege, ordonanță etc. Comisia Europeană a urmărit constant modul de transpunere a normelor imperative din directivele privind achizițiile publice, iar Curtea de Justiție a sancționat derapajele statelor din cadrul fixat de directive, semnalate atât de operatori economici din piață, cât și de Comisia Europeană.

Este important de observat că marja de **îndepărtare a legislației naționale de la scopurile urmărite de Uniunea Europeană prin legiferarea la nivel de directivă** a unor aspecte privind achizițiile publice a fost redusă, în general, la elemente precizate expres în legătură cu care s-a permis statelor opțiunea de a nu transpune sau de a adăuga/detalia reguli. Cu titlu de exemplu, Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii³ (numită în continuare „directiva clasică din anul 2004”) nu a obligat statele membre să reglementeze dialogul competitiv în actul juridic de transpunere a Directivei⁴. În schimb, actuala directivă clasică (Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE⁵)

¹ Statele membre care au susținut Republica Federală Germania în acest demers au fost Republica Franceză, Republica Austria, Republica Polonă, Regatul Țărilor de Jos, Republica Elenă și Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord.

² Vom regăsi, astfel, cu titlu de exemplu, un *Code des marchés publics* în Franța, *Public Contract Regulation* în Marea Britanie, o lege privind achizițiile publice în Polonia sau o ordonanță de urgență în România la momentul transpunerii generației de directive din anul 2004.

³ Publicată în JO L 134/114 din 30 aprilie 2004.

⁴ Paragraful (16) din preambulul Directivei din 2004 a precizat explicit considerentul pentru care directiva respectivă a permis aplicarea diferită a unor reguli de către statele membre: „Pentru a ține seama de diversitatea circumstanțelor existente în statele membre, trebuie lăsat la latitudinea acestora din urmă să decidă dacă autoritățile contractante din statele respective pot recurge la acorduri-cadru, la organisme centrale de achiziție, la sisteme dinamice de achiziție, la licitații electronice și la procedura dialogului competitiv, astfel cum sunt definite și reglementate în prezenta directivă”.

⁵ Publicată în JO L 94/65 din 28 martie 2014.

obligă statele membre să reglementeze fără excepție toate procedurile de atribuire prevăzute, însă permite, de exemplu, să nu se reglementeze anumite mecanisme cum ar fi cele privind subcontractarea și lasă la decizia statelor dacă renunță integral sau doar parțial la recurgerea la prețul cel mai scăzut ca criteriu unic de atribuire a contractului.

Cum legiuitorul european urmărește și consolidarea pieței unice prin aplicarea unor **norme uniforme de contractare** în domeniul achizițiilor publice, Curtea de Justiție sancționează situațiile în care statele membre decid să fie mai restrictive sau mai permissive în norma de transpunere față de prevederile imperative din textul Directivei, dacă o astfel de opțiune nu este îngăduită în mod expres. Cu titlu de exemplu, Curtea de Justiție a clarificat aspectul că legislația europeană a achizițiilor publice interzice o prevedere ca aceea cuprinsă în actul normativ de transpunere în dreptul belgian a directivelor privind achizițiile publice prin care legea belgiană prevedea (mai restrictiv decât norma europeană) că se exclude automat de la procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică un ofertant care a participat la redactarea documentației de atribuire fără să i se dea acestuia posibilitatea de a demonstra că experiența dobândită în respectiva circumstanță nu a fost de natură să distorsioneze concurența¹.

Regulile stricte privind achizițiile publice prevăzute de directive nu au în vedere întreg spectrul de contracte de cumpărare care ar putea fi încheiate de reprezentanții sectorului public. Legislația și jurisprudența Uniunii Europene au selectat, în timp, anumite elemente care determină includerea unor operațiuni în sfera achizițiilor publice reglementate strict prin directive, între care:

- ✓ operațiunea să presupună în mod obligatoriu o cumpărare, în sens larg, de produse și/sau servicii și/sau lucrări;
- ✓ cumpărătorul trebuie să aibă calitate de autoritate contractantă;
- ✓ vânzătorul trebuie să se încadreze în categoria operatorilor economici;
- ✓ operațiunea să prezinte interes transfrontalier;
- ✓ valoarea contractului este necesar să depășească anumite praguri;
- ✓ bunurile, serviciile și lucrările care formează obiectul contractului să nu facă obiect al exceptării totale sau parțiale de la aplicarea directivelor.

„Cumpărarea” supusă normelor ce reglementează achizițiile publice trebuie înțeleasă într-un sens diferit de abordarea consacrată în dreptul civil, care presupune dobândirea de către cumpărător, în schimbul plății prețului, a dreptului de proprietate asupra unui bun. Achiziția publică are în vedere dobândirea de către autoritatea contractantă, în legătură cu produsele, lucrările și serviciile care formează obiectul contractului, în schimbul unui preț, *a unor drepturi care nu sunt, în mod obligatoriu, de proprietate*. După cum vom detalia la Titlul II din prezenta lucrare, plata de către o autoritate contractantă și numai a folosinței unui produs pentru o

¹ Hotărârea pronunțată în data de 3 martie 2005 în cauzele reunite C-21/03 și C-34/03, *Fabricom S.A. împotriva Regatului Belgiei*, par. (36).