

Titlul I

NOUL CADRU NORMATIV INTERN ȘI UNIONAL ÎN MATERIA ACHIZIȚIILOR PUBLICE, ACHIZIȚIILOR SECTORIALE, CONCESIUNILOR DE LUCRĂRI ȘI CONCESIUNILOR DE SERVICII

Capitolul I

Considerații preliminare

Materia achizițiilor publice, a achizițiilor sectoriale și a concesiunilor de lucrări și de servicii constituie un domeniu de importanță majoră atât la nivel unional, cât și în dreptul nostru intern, în contextul în care, odată cu intrarea României în Uniunea Europeană (UE), *Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene* (TFUE) garantează cetățenilor statelor membre libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii. În același context, importanța majoră a acestui domeniu derivă din faptul că prin punerea în valoare a bunurilor proprietate publică este vizat interesul public care primează față de interesul privat.

Pornind de la aceste considerente, importanța majoră acordată de legiuitorul unional materiei achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și concesiunilor de lucrări și de servicii este concretizată prin adoptarea în anul 2014 a trei directive, precum și a unei directive distincte privitoare la căile de atac și remediile judiciare în această materie, directive transpuse parțial și în dreptul nostru intern prin patru acte normative speciale.

În ambianța normelor unionale și a normelor din dreptul nostru intern care au transpus directivele unionale din anul 2014, lucrarea de față își propune o analiză a noului cadru normativ unional și intern privitor la soluționarea litigiilor în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale, concesiunilor de lucrări și concesiunilor de servicii, care să reliefeze noutățile aduse de aceste reglementări normative, precum și necesitatea unei mai riguroase corelări a unor acte normative cu normele unionale și cu celelalte acte normative cu incidență în această materie.

Noul cadru normativ instituit la nivel unional în materia atribuirii contractelor de achiziții publice, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii

Secțiunea 1. Considerații preliminare

Încă de la început se impune precizarea că, pe de o parte, așa cum corect s-a remarcat în literatura de specialitate¹, *achiziția publică* este un concept ce aparține dreptului UE, concept care trebuie înțeles prin prisma regulilor specifice acestui sistem de drept, iar, pe de altă parte, legiuitorul european nu a inclus norme juridice privind achizițiile publice într-un tratat, dar incidența directă și în materia achizițiilor publice a unor prevederi ale TFUE a fost indicată de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), prevederile invocate în această jurisprudență fiind cele care 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 pe cele care derivă din acestea, respectiv egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența².

O altă precizare care se impune a fi reliefată este aceea că, după cum rezultă din conținutul actelor normative speciale în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale, concesiunilor de lucrări și concesiunilor de servicii, acestea nu transpun în dreptul nostru intern în integralitate directivele europene din anul 2014, aceste directive permițând o anumită îndepărtare de la prevederile lor, dar numai în privința unor elemente menționate în mod expres în aceste directive. *Per a contrario*, dacă o anumită abatere de la prevederile directivei nu este reglementată expres de directivă, și statele membre decid să fie mai restrictive sau mai permissive în norma de implementare, CJUE sancționează conduita statelor membre în aceste situații³.

Pe de altă parte, în același context al marjei de apreciere pe care normele directivei din anul 2014 le permit statelor membre, după cum s-a remarcat în literatura de specialitate⁴, regulile stricte privind achizițiile publice prevăzute de directive nu au în vedere întreg spectrul de contracte care ar putea fi încheiate de reprezentanții sectorului public, legislația și jurisprudența UE, selectând, în acest sens, anumite elemente care determină includerea unor operațiuni în sfera achizițiilor publice reglementate prin directive, între care:

– operațiunea să presupună în mod obligatoriu o cumpărare în sens larg de produse și/sau servicii și/sau lucrări (în sens de dobândire de către autoritatea contractantă în schimbul plății prețului a unor drepturi, nu în mod obligatoriu de proprietate, în legătură cu produsele, lucrările și serviciile care formează obiectul contractului);

– cumpărătorul trebuie să aibă calitatea de autoritate contractantă;

¹ A se vedea M.-A. Rațiu, *Studiu introductiv. Câteva cuvinte privind achizițiile publice și evoluția legislației Uniunii Europene în domeniu, în Noua legislație a achizițiilor publice și a concesiunilor. Legislație consolidată și index*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 5.

² Pentru un studiu referitor la această problematică, v. O. Puie, *Noul cadru normativ instituit de directivele unionale din anul 2014 și actele normative speciale din dreptul nostru intern în materia procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii. Aspecte jurisprudențiale*, Partea I, în RRDJ nr. 4/2016, pp. 164-178; și Partea a II-a, în RRDJ nr. 5/2016, pp. 149-167.

³ M.-A. Rațiu, *Studiu introductiv ...*, op. cit., p. 6.

⁴ *Ibidem*.

- 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 de la aplicarea directivelor.

Ca atare, se concluzionează că noile norme privind achizițiile publice sunt destinate să acopere în continuare acele plăți efectuate din fonduri publice care vizează cumpărarea de lucrări, de produse sau de servicii cu titlu oneros, prin intermediul unui contract de achiziție publică, indiferent de caracteristicile și forma în care se încheie contractul (cu titlu de exemplu: cumpărarea neafectată de termen sau modalități, contract de leasing, contract de credit furnizor)¹.

Încă o precizare de ordin general care se impune a fi reliefată este aceea că legiuitorul unional, în considerarea dezideratului de a realiza o simplificare și flexibilizare a normelor care reglementează materia achizițiilor publice, a optat pentru reglementarea prin directive distincte a achizițiilor publice din sectorul utilităților și, respectiv în materia concesiunilor de lucrări și a concesiunilor deservicii, tocmai pentru a se delimita contractul de achiziție publică de contractul de concesiune.

De asemenea, noua reglementare în materia achizițiilor publice a preluat unele principii enunțate la nivelul UE prin „Strategia Europa 2020” pentru o creștere inteligentă, durabilă și favorabilă incluziunii, această strategie propunând o nouă viziune economică care să ajute UE să iasă din criză și să edifice o economie inteligentă, durabilă și favorabilă incluziunii, cu niveluri ridicate de ocupare a forței de muncă, de productivitate și de coeziune socială, în care politica de achiziții publice este abordată prin raportare la utilizarea eficientă a fondurilor publice cu asigurarea, totodată, a creșterii calității și eficienței fondurilor².

Secțiunea 2. Reglementarea la nivel unional în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și a concesiunilor de lucrări și de servicii. Aspecte desprinse din jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene (CJCE) și jurisprudența CJUE în materia achizițiilor publice

Noul cadru normativ în materia atribuirii contractelor de achiziții publice, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii este marcat de adoptarea în anul 2014 a trei directive europene, care au fost transpuse parțial în dreptul nostru intern prin actele normative speciale mai jos expuse³, respectiv:

a) Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune⁴. Necesitatea adoptării acestei directive s-a impus

¹ *Ibidem*, p. 7.

² *Ibidem*, p. 11.

³ A se vedea, pe larg, cu privire la necesitatea reformării legislației în materia achizițiilor publice în acord cu directivele europene adoptate în anul 2014 în materia achizițiilor publice, anterior transpunerii în dreptul nostru intern a acestor directive, O. Puie, *Tratat teoretic și practic de contencios administrativ*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, vol. II, pp. 555-559; a se vedea, de asemenea, privitor la contractele de achiziție publică, contractele de concesiune de lucrări publice și concesiunile de servicii, în perioada de incidență a O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (abrogată prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice), precum și unele aspecte referitoare la directivele unionale din anul 2014, O. Puie, *Tratat teoretic și practic de contencios administrativ*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, vol. I pp. 359-367.

⁴ Publicată în JOUE L94 din 28 martie 2014; Prin Regulamentul delegat (UE) 2015/2172 al Comisiei din 24 noiembrie 2015 de modificare a Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește pragurile de aplicare pentru procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (publicat în JOUE

în considerarea faptului că, până la adoptarea acesteia, nu au existat norme clare care să reglementeze atribuirea contractelor de concesiune, ceea ce a antrenat, după cum se arată în preambulul Directivei 2014/23/UE, incertitudine juridică și obstacole în calea liberei circulații a serviciilor, precum și perturbarea funcționării pieței interne.

Ca atare, se arată în motivarea adoptării Directivei 2014/23/UE, operatorii economici, în general întreprinderi mici și mijlocii, erau privați de dreptul lor pe piața internă și ratau oportunități de afaceri importante, în timp ce autoritățile publice se puteau găsi în situația de a nu identifica utilizarea publică a banilor publici, astfel încât cetățenii UE să beneficieze de servicii de calitate la cele mai bune prețuri. Astfel, până la adoptarea acestei directive, atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice intra sub incidența normelor de bază prevăzute în Directiva 2004/18/CE, în timp ce atribuirea concesiunilor de servicii care prezintă interes transfrontalier intră sub incidența principiilor TFUE, în special a principiului liberei circulații a mărfurilor, al liberei stabiliri și al libertății de a presta servicii. Pe de altă parte, prevederile O.U.G. nr. 34/2006 (în prezent abrogată) deși reglementau sumar concesiunea de lucrări și de servicii, făceau trimitere și în cazul acestor contracte de concesiune la procedurile care se aplică contractului de achiziție publică. În acest context, se întâmpinau dificultăți legate de interpretarea conceptelor de concesiune și de contract de achiziție publică, care generau o constantă incertitudine juridică și conduceau la numeroase hotărâri ale CJUE. Pornind de la aceste inconveniente, Directiva 2014/23/UE delimitează contractul de concesiune de contractul de achiziții publice.

Sub acest aspect, Directiva 2014/23/UE, pentru a se delimita contractul de concesiune de contractul de achiziție publică, definește concesiunile ca fiind contracte cu titlu oneros, încheiate în scris, prin intermediul cărora una sau mai multe autorități contractante sau entități contractante încredințează executarea de lucrări sau prestarea de servicii și gestionarea de servicii unuia sau mai multor operatori economici.

Directiva 2014/23/UE definește concesiunea de servicii ca fiind un contract cu titlu oneros, încheiat în scris, prin care una sau mai multe autorități contractante sau entități contractante încredințează prestarea și gestionarea de servicii, altele decât executarea de lucrări, mai multor operatori economici, și în care contraprestația pentru serviciu este reprezentată fie exclusiv de dreptul de a exploata serviciile care fac obiectul contractului, fie de acest drept însoțit de o plată.

Prin noua directivă (art. 5 pct. 1) se precizează că atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică transferul către concesionar a unui risc de operare legat de exploatarea acestor lucrări sau servicii, care cuprinde riscul de cerere și riscul de ofertă ori ambele.

Se poate, așadar, concluziona faptul că transferul riscului de operare către concesionar constituie un criteriu determinant pentru calificarea contractului ca fiind de concesiune, achiziție publică sau sectorial. O atare distincție între aceste tipuri de contracte, prin raportare la transferul riscului de operare, se desprinde din faptul că, în cazul contractelor de achiziție publică riscul exploatării este suportat de către autoritatea contractantă, pe când în cazul contractului de concesiune riscul exploatării este suportat de operatorul economic.

De asemenea Directiva 2014/23/UE privind concesiunile definește, prin art. 2 și, respectiv, art. 4 două principii esențiale în materia concesiunilor pentru prestarea de servicii, și anume *principiul libertății administrative a autorităților publice și principiul libertății de a defini serviciile de interes economic general*.

În ceea ce privește principiul libertății administrative a autorităților publice, se arată că prezenta directivă recunoaște principiul libertății administrative a autorităților naționale,

seria L 307/9 din 25 noiembrie 2015), în vigoare de la data de 1 ianuarie 2016, au fost modificate pragurile valorice prevăzute la art. 8 alin. (1) din Directiva 2014/23/UE, care în urma modificării prevăd că valoarea concesiunilor de 5.186.000 EUR se înlocuiește cu valoarea concesiunilor de cel puțin 5.225.000 EUR. Regulamentul delegat (UE) 2015/2172 prevede că acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în statele membre.

regionale și locale în conformitate cu dreptul intern și cu dreptul UE. Autoritățile respective au libertatea de a decide cel mai bun mod de a administra executarea lucrărilor sau prestarea serviciilor, pentru a asigura un nivel ridicat al calității, siguranței și accesibilității, egalitatea de tratament și promovarea accesului universal la serviciile publice, precum și dreptului utilizatorilor cu privire la acestea –prin alin. (2) al art. 2 din Directivă se arată că autoritățile respective pot alege să-și îndeplinească serviciile de interes public cu propriile resurse sau în cooperare cu alte autorități sau să le atribuie operatorilor economici.

Referitor la principiul libertății de a defini serviciile de interes economic general, art. 4 din Directiva 2014/23/UE arată că această directivă nu aduce atingere libertății statelor membre de a defini, în conformitate cu dreptul UE, serviciile pe care acestea le consideră a fi servicii de interes economic general, modul în care aceste servicii ar trebui organizate și finanțate în conformitate cu normele privind ajutoarele de stat, precum și obligațiile specifice cărora aceste servicii ar trebui să li se supună. Totodată, se precizează că această directivă nu aduce atingere modului în care statele membre își organizează serviciile de asigurări sociale. Potrivit art. 4 alin. (2) din Directiva 2014/23/UE, serviciile de interes general fără caracter economic nu sunt incluse în domeniul de aplicare a acestei directive.

În acest context, se poate constata faptul că prevederile Directivei 2014/23/UE transpun prevederile art. 14 din versiunea consolidată a TFUE (ex-art. 16 TCE), care, pornind de la rolul deosebit pe care îl au serviciile de interes economic general în cadrul valorilor UE, arată că Uniunea și statele membre, fiecare în limitele competențelor ce le revin și în limita domeniului de aplicare a tratatelor, asigură funcționarea serviciilor respective pe baza principiilor și în condiții, în special economice și financiare, care să le permită îndeplinirea misiunilor lor.

În aplicarea prevederilor art. 14 din versiunea consolidată a TFUE a fost adoptat, de către Înaltele Părți Contractante, Protocolul(nr. 26) privind serviciile de interes general, care se anexează la Tratatul privind Uniunea Europeană și la TFUE. Astfel, potrivit art. 1 din Protocolul (nr. 26) privind serviciile de interes general, valorile comune ale Uniunii în privința serviciilor de interes economic general, în înțelesul art. 14 din TFUE, includ în special:

- rolul esențial și competențele discreționare ample ale autorităților naționale, regionale și locale în ceea ce privește furnizarea, punerea în funcțiune și organizarea serviciilor de interes economic general într-un mod care să răspundă cât mai bine nevoilor utilizatorilor;
- diversitatea existentă la nivelul diferitelor servicii de interes economic general și diferențele dintre nevoile și preferințele utilizatorilor, care pot rezulta din circumstanțe geografice, sociale sau culturale diferite;
- un nivel ridicat al calității, siguranței și accesibilității, egalitatea de tratament și promovarea accesului universal și al dreptului utilizatorilor.

Art. 2 din Protocolul (nr. 26) precizează că dispozițiile tratatelor nu aduc atingere în niciun fel competențelor statelor membre în ceea ce privește furnizarea, punerea în funcțiune și organizarea de servicii de natură non-economică de interes general.

În ceea ce privește durata concesiunilor, pct. 52 din preambulul Directivei arată că durata concesiunilor trebuie limitată, astfel încât să se evite închiderea pieței și limitarea concurenței. Prin urmare, art. 18 din Directivă prevede că durata concesiunii este limitată, autoritatea contractantă estimând durata concesiunii pe baza lucrărilor sau serviciilor solicitate.

În cazul concesiunilor cu durată mai mare de 5 ani, durata concesiunilor trebuie limitată la timpul preconizat a-i fi necesar în mod rezonabil concesionarului pentru a-și recupera investițiile efectuate pentru exploatarea lucrărilor și a serviciilor și a obține o rentabilitate rezonabilă a capitalului investit în condiții de exploatare normale, ținând seama de obiectivele contractuale specifice asumate de concesionar pentru a-și îndeplini cerințele referitoare, de exemplu, la calitatea sau la prețul practicat la nivel de utilizatori.

b) Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE¹. De asemenea, la fel ca și în cazul Directivei 2004/18/CE, și noua directivă precizează că nu intră sub incidența acesteia contractele de achiziții publice și concursurile de proiecte care sunt atribuite de către entitățile care își desfășoară activitatea în domeniile apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, în privința acestor contracte de achiziții publice aplicându-se prevederile Directivei 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în domeniile apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE.

Achiziția publică, în accepțiunea art. 1 alin. (2) din Directiva 2014/24/UE, înseamnă achiziționarea, prin intermediul unui contract de achiziții publice, de lucrări, de produse sau de servicii de către una sau mai multe autorități contractante de la operatori economici aleși de aceste autorități contractante, indiferent dacă lucrurile, produsele sau serviciile sunt destinate sau nu unui scop public.

Contractul de achiziție publică este definit, potrivit art. 2 alin. (4) pct. 5 din Directiva 2014/24/UE, ca fiind un contract cu titlu oneros, încheiat în scris, între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante, și care are ca obiect executarea de lucrări, furnizarea de produse sau servicii. Ca atare, se poate constata că este păstrată definiția contractului de achiziție publică din Directiva 2004/18/CE, definindu-se, de asemenea, și prin noua directivă, în mod distinct, contractele de achiziții publice de lucrări, de produse și de servicii.

O precizare importantă este adusă prin art. 3 din Directivă, având denumirea marginală „achiziții mixte”, și care stipulează că, în cazul contractelor care au ca obiect două sau mai multe tipuri de activități (de lucrări, servicii sau produse), acestea se atribuie în conformitate cu dispozițiile aplicabile pentru tipul de achiziție care caracterizează obiectul principal al contractului.

Noul cadru normativ european în materia achizițiilor publice, reglementat de Directiva 2014/24/UE, aduce elemente de noutate în ceea ce privește conceptele de *autorități contractante și operatori care încheie contracte de achiziții cu autoritățile contractante*.

Astfel, noua directivă distinge între autoritățile guvernamentale centrale, autoritățile regionale sau locale și organismele de drept public, ca autorități contractante. Prin autorități contractante în sensul Directivei 2014/24/UE se înțelege statul, autoritățile regionale sau locale, organismele de drept public sau asociațiile formate din una sau mai multe astfel de autorități sau unul sau mai multe astfel de organisme de drept public. Prin art. 2 alin. (1) pct. 2

¹ Publicată în JOUE L94 din 28 martie 2014; Prin Regulamentul delegat (UE) 2015/2170 al Comisiei din 24 noiembrie 2015 de modificare a Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește pragurile de aplicare pentru procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (publicat în JOUE seria L 307/5 din 25 noiembrie 2015), în vigoare de la data de 1 ianuarie 2016, au fost modificate pragurile valorice prevăzute la art. 4 din Directiva 2014/24/UE pentru atribuirea contractelor de achiziții publice, respectiv: lit. a), cu referire la achiziții publice de lucrări, valoarea de 5.186.000 EUR, se înlocuiește cu 5.225.000 EUR; lit. b), cu referire la achizițiile publice de produse și de servicii atribuite de către autoritățile guvernamentale centrale și concursurile de proiecte atribuite de aceste autorități, valoarea de 134.000 EUR se înlocuiește cu 135.000 EUR; lit. c), cu referire la achizițiile publice de produse și de servicii atribuite de către autoritățile contractante regionale și locale și concursurile de proiecte organizate de aceste autorități, valoarea de 207.000 EUR se înlocuiește cu 209.000 EUR. De asemenea, pentru contractele de achiziții publice de servicii pentru serviciile sociale și alte servicii specifice enumerate în anexa XIV s-a stabilit pragul valoric la 750.000 EUR. De asemenea, au fost modificate prin Regulamentul delegat (UE) 2015/2170 în mod corespunzător prevederile art. 13 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE, care în urma modificării prevăd următoarele praguri valorice: la lit. a), valoarea de 5.186.000 EUR se înlocuiește cu 5.225.000 EUR; la lit. b), valoarea de 207.000 EUR se înlocuiește cu 209.000 EUR. Regulamentul delegat (UE) 2015/2170 prevede că acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în statele membre.

din Directivă sunt definite autoritățile guvernamentale centrale ca fiind acele autorități contractante enumerate în *Anexa I* și, în măsura în care sunt operate corecții sau modificări la nivel național, entitățile care le succed acestora. Prin autorități contractante regionale se înțeleg toate autoritățile contractante care nu sunt autorități guvernamentale centrale, respectiv, toate autoritățile din unitățile administrativ-teritoriale enumerate neexhaustiv în Nomenclatorul comunal unităților teritoriale de statistică (NUTS 1 și 2), astfel cum sunt prevăzute în Regulamentul CE 1059/2003 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 mai 2003 privind instituirea unui nomenclator comun al unităților teritoriale de statistică. La rândul lor, autoritățile locale cuprind toate autoritățile din unitatea administrativă incluse în NUTS 3, și unitățile administrative mai mici, astfel cum sunt prevăzute în Regulamentul CE 1059/2003.

Noțiunea de organism de drept public, prin definiția dată, aduce unele clarificări, în sensul că un organism care funcționează în condiții normale de piață, care urmărește obținerea unui profit și care suportă pierderile care rezultă din exercitarea activității sale nu este considerat un organism de drept public, deoarece necesitățile de interes general, pentru îndeplinirea cărora a fost creat sau pentru care i s-a încredințat sarcina de a le îndeplini, pot fi considerate ca având caracter industrial sau comercial.

Pe cale de consecință, noțiunea de organism de drept public este definită ca fiind organismul care are toate caracteristicile următoare:

a) sunt create cu obiectivul specific de a răspunde unor necesități de interes general, fără caracter industrial sau comercial;

b) au personalitate juridică și

c) sunt finanțate, în cea mai mare parte, de autorități de stat, regionale sau locale, sau de alte organisme de drept public; sau fac obiectul supravegherii administrării lor de către organismele sau autoritățile respective; sau au un consiliu de administrație, de conducere sau de supraveghere, alcătuit din membrii desemnați în proporție de peste 50% de autorități de stat, regionale sau locale sau de alte organisme de drept public.

În ceea ce privește noțiunea de operator economic, art. 2 alin. (1) pct. 10 din Directivă arată că are calitatea de operator economic orice persoană fizică sau juridică sau o entitate publică sau grup de astfel de persoane și/sau entități, inclusiv orice asocieră temporară de întreprinderi care oferă execuția de lucrări și/sau o lucrare, furnizarea de produse sau prestarea de servicii pe piață.

Rezultă, așadar, că potrivit noii directive, după cum se arată și în preambulul acesteia, noțiunea de operator economic are un înțeles mai larg, incluzând orice persoane și/sau entități care asigură executarea de lucrări/lucrare, de produse sau de servicii, indiferent de forma juridică în baza căruia au ales să funcționeze. Prin urmare, firmele, sucursalele, filialele, parteneriatele, societățile cooperatiste, societățile cu răspundere limitată, universitățile publice sau private și alte tipuri de entități, în afara persoanelor fizice, sunt cuprinse în noțiunea de operator economic, indiferent dacă sunt sau nu persoane juridice în toate circumstanțele.

Cu privire la criteriile de selecție a ofertanților, art. 58 alin. (4) din Directivă prevede că autoritățile contractante pot impune, în special, ca operatorii economici să aibă un nivel suficient de experiență, demonstrată prin referințe adecvate din cadrul contractelor executate în trecut. Sub aspectul acestui criteriu de selecție, prin hotărârea Trib. (camera întâi) din 16 septembrie 2013, în cauza T-402/06 *Regatul Spaniei împotriva Comisiei Europene*¹, se arată în par. 103 că, criteriul experienței în lucrările anterioare privește capacitatea ofertantului de a executa contractul, și nu are, așadar, calitatea de criteriu de atribuire a contractului în sensul art. 36 alin. (1) din Directiva 92/50 și art. 30 alin. (1) din Directiva nr. 93/37. Se arată că, în consecință, acest criteriu nu poate fi utilizat în cadrul procedurilor de cerere de ofertă. În par. 107 din aceeași hotărâre se arată că evaluarea calității ofertelor trebuie făcută pe baza

¹ Sursa www.juridice.ro.

ofertei propriu-zise, iar nu pornind de la experiența dobândită de ofertanți în relațiile cu autoritatea contractantă cu ocazia unor contracte anterioare sau pe baza unor criterii de selecție, cum ar fi capacitatea tehnică a candidaților, care au fost deja verificate în faza de selecție a candidaturilor și care nu puteau fi luate din nou în considerare în scopul comparării ofertelor.

Economia contractului este apreciată în funcție de condițiile adjudecării sale. De altfel, această linie de analiză a fost adoptată de către CJCE, atunci când ea a decis că după încheierea contractului „puterea adjudecatară nu este autorizată să altereze economia generală a adjudecării modificând mai târziu unilateral una din condițiile esențiale ale acestuia și, în particular o stipulație care, dacă ar fi figurat în hotărârea de adjudecare, ar fi permis participanților să prezinte o ofertă substanțial diferită”¹.

c) Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE². Cu privire la Directiva 2014/25/UE, aceasta a fost adoptată în considerarea oportunității ca noțiunea de achiziție publică să fie cea mai apropiată de cea aplicabilă conform Directivei 2014/24/UE.

Prin art. 2 pct. 1 din Directiva 2014/25/UE este definită noțiunea de „contracte de achiziții de produse, lucrări și servicii” ca fiind contracte cu titlu oneros, încheiate în scris, între una sau mai multe entități contractante și unul sau mai mulți operatori economici și care au ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii.

De asemenea, ca element de noutate, prevederile art. 20 din Directiva 2014/24/UE privitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice, supra cit., și Directiva 2014/23/UE privind atribuirea contractelor de concesiune, supra cit., reglementează așa-numitele „contracte de achiziții rezervate” și, respectiv, „concesiuni rezervate”, în sensul că statele membre își pot rezerva dreptul de participare la procedurile de atribuire a acestor contracte a unor ateliere protejate și a unor operatori economici al căror scop principal este integrarea socială și profesională a persoanelor cu handicap sau defavorizate, sau pot prevedea că astfel de contracte să fie executate în contextul programelor de angajare protejate, dacă cel puțin 30% dintre angajații atelierelor, operatorilor economici sau programelor în cauză sunt lucrători cu handicap sau defavorizați.

Din conținutul acestor directive rezultă cu evidență faptul că contractele care fac obiectul de reglementare al acestora fac parte din categoria contractelor publice, definite prin art. 101 din Regulamentul 966/2012 privind regulile financiare aplicabile bugetului general al Uniunii, în sens de *marche public and öffentlicher Auftrag*, ca fiind contracte în care există un interes patrimonial prevăzut în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante în înțelesul art. 117 și 190, pentru a obține, în schimbul plății unui preț

¹ A se vedea CJCE hotărârea din 29 aprilie 2004, afacerea C-496/99 P, *CAS Succhi di Fruta Spa*, (C. Yannakopoulos, *L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif*, în *Revue du droit public* nr. 2/2008, *infra* nota 58, p. 438).

² Publicată în JOUE L94 din 28 martie 2014. Prin Regulamentul delegat (UE) 2015/2171 al Comisiei din 24 noiembrie 2015 de modificare a Directivei 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește pragurile de aplicare pentru procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice în materia utilităților (în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale), publicat în JOUE seria L 307/7 din 25 noiembrie 2015, în vigoare de la data de 1 ianuarie 2016, au fost modificate pragurile valorice prevăzute la art. 15 din Directiva 2014/25/UE, care în urma modificării prevăd că: la lit. a), cu referire la contractele de achiziții de produse și de servicii, precum și pentru concursurile de proiecte, valoarea de 414.000 EUR se înlocuiește cu 418.000 EUR; la lit. b), cu referire la contractele de achiziții de lucrări, valoarea de 5.186.000 EUR se înlocuiește cu 5.225.000 EUR. De asemenea se stabilește pragul valoric de 1.000.000 EUR pentru contractele de achiziții de servicii pentru servicii sociale și alte servicii specifice enumerate în anexa XVII. Regulamentul delegat (UE) 2015/2171 prevede că acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în statele membre.

total sau parțial din bani publici, aprovizionarea de bunuri mobile sau imobile, executarea de lucrări sau furnizarea de servicii. Astfel de contracte includ: a) contracte de construcții; b) contracte de achiziții; c) contracte de muncă; d) contracte de prestare de servicii.

Secțiunea 3. Necesitatea compatibilizării procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice, contractelor sectoriale, contractelor de concesiune de lucrări și a contractelor de concesiune de servicii cu prevederile normelor unionale în materia codificării

În contextul în care materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări sau de servicii fac obiectul de reglementare al directivelor unionale adoptate în anul 2014 și al actelor normative speciale adoptate în dreptul nostru intern, este evident că procedura de atribuire a acestor contracte publice trebuie să fie reglementată în concordanță cu normele unionale privitoare la codificarea administrativă a UE.

Sub acest aspect, o primă precizare care se impune a fi reliefată este aceea că trebuie să distingem între normele de drept procedural și cele de drept substanțial în dreptul contractelor publice. Ca atare, normele de drept procedural din dreptul intern în materia atribuirii contractelor de achiziție publică, contractelor sectoriale și contractelor de concesiune trebuie să facă obiectul unor reglementări procedurale inserate într-un *Cod de procedură administrativă*, care, la rândul său, trebuie să fie corelat cu reglementările unionale în materia codificării procedurilor administrative.

În acest context, se constată că în dreptul nostru intern au fost aprobate prin H.G. nr. 1360/2008 tezele prealabile ale Codului de procedură administrativă¹, iar, ulterior, prin H.G. nr. 196/2016 au fost aprobate tezele prealabile ale proiectului Codului administrativ².

Prin ambele acte normative se precizează necesitatea concordanței legislației naționale cu legislația unională.

Pornind de la aceste considerente, se impune precizarea că și în dreptul nostru intern, după cum se precizează în tezele prealabile ale Codului de procedură administrativă aprobate prin H.G. nr. 1360/2008, dreptul administrativ modern este un domeniu evolutiv, iar influențele exercitate de dreptul european asupra sistemelor de drept naționale, precum și procesul invers de influențare sunt în prezent o evidență. La nivel european există deja tendințe de codificare a regulilor juridice (spre exemplu, inițiativa Comisiei Europene „Actualizarea și simplificarea acquis-ului comunitar”), prin urmare este normal ca acest demers să fie promovat și în plan intern, în cadrul sistemelor juridice naționale.

La rândul lor, prevederile H.G. nr. 196/2016 pentru aprobarea tezelor prealabile ale proiectului Codului administrativ statuează că legislația UE nu conține prevederi privind codificarea actelor administrative din administrația publică, existând doar inițiative la nivelul UE privind codificarea dreptului civil sau de adoptare a unor principii comune de bună guvernare. În același context, prevederile H.G. nr. 196/2016 arată că codificarea dreptului administrativ – ca o caracteristică generală la nivelul statelor membre ale UE – se oprește la uniformizarea regulilor de procedură administrativă, combinată uneori cu codificarea regulilor de procedură în fața justiției administrative, cu excepția Franței, unde s-a realizat o codificare parțială a regulilor substanțiale, fragmentată pe foarte multe domenii, iar în domeniul contenciosului administrativ există un vast *Cod al justiției administrative*.

¹ Publicată în M. Of. nr. 734 din 30 octombrie 2008.

² Publicată în M. Of. nr. 237 din 31 martie 2016.

Pornind de la aceste considerente, la nivelul UE a fost inițiat un proiect al Codului de procedură administrativă a UE (Codul ReNEUAL de procedură administrativă a UE)¹.

Pornind de la aceste considerente, un prim aspect pe care dorim să îl reliefăm este acela că, în acord cu directivele unionale din anul 2014, actele normative adoptate în dreptul nostru intern care transpun, în parte, prevederile directivelor unionale din anul 2014, conceptualizează, *omnia periculosa est*, termenii generali ai contractului.

O atare conceptualizare legală a termenilor generali ai contractului, dacă aceștia sunt prezentați într-o manieră sistematică în toate contractele publice, după cum se arată în Codul ReNEUAL de procedură administrativă a UE, poate conduce la o standardizare a conținutului acestor contracte și poate garanta nu doar o simplificare pentru autoritatea UE contractantă, ci și un tratament egal pentru contractanți. Totodată, după cum prevăd dispozițiile din proiectul Codului ReNEUAL de procedură administrativă a UE, un efect secundar al regulilor propuse ar putea fi reducerea varietății de modele de termeni generali ai contractului utilizați de către diferite autorități UE și, pe cale de consecință, o reducere a complexității datorită transparenței și publicării acestor termeni. În același context, după cum se precizează în acest proiect, spre deosebire de regulile administrative propriu-zise, termenii generali ai contractului nu au aplicabilitate directă, ci trebuie transpuși într-un contract pentru a avea forță juridică.

Pe de altă parte, după cum statuează prevederile proiectului Codului ReNEUAL de procedură administrativă a UE, chiar dacă contractul este guvernat de dreptul național, termenii sau clauzele contractuale standard ar trebui să permită adaptarea contractului la specificațiile dreptului UE, în special la acelea care servesc la garantarea drepturilor protejate, precum și la consecințele ulterioare ale dreptului la o bună administrare. În același context, termenii generali ai contractului impuși de autoritatea UE și care nu au fost negociați individual pot fi invocați împotriva contractantului doar dacă acesta avea cunoștință de acești termeni sau dacă autoritatea publică a făcut demersuri rezonabile pentru a aduce la cunoștință despre acești termeni contractantului, înainte sau la data încheierii contractului. O simplă referire la acești termeni inserată în interiorul contractului nu va fi considerată suficientă pentru a considera că termenii au fost aduși la cunoștința contractantului, chiar dacă acesta a semnat documentul.

O altă precizare care se impune a fi reliefată este aceea care derivă din prevederile proiectului Codului ReNEUAL de procedură administrativă a UE, în sensul că, chiar dacă se impune o distincție între contractele UE care sunt guvernate exclusiv de dreptul UE și contractele care sunt guvernate exclusiv de legislația unui stat membru, prin contrast, în general nu există o necesitate de a diferenția între aceste tipuri de contracte UE în ceea ce privește procedurile administrative care duc la încheierea contractului și care privesc executarea și rezoluțiunea acestor contracte.

¹ A se vedea, în acest sens, *Codul ReNEUAL de procedură administrativă a Uniunii Europene*, coordonatori: H.C.H. Hofmann, J.-P. Schneider, J. Ziller, D.C. Dragoș, Ed. Universul Juridic, București, 2016, passim.

Capitolul III

Transpunerea în dreptul nostru intern a directivelor unionale adoptate în anul 2014 privind atribuirea contractelor de achiziții publice, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și a directivelor comunitare în materia căilor de atac care pot fi exercitate împotriva actelor administrative adoptate de către autoritățile contractante în procedura de atribuire a acestor contracte, acordării de despăgubiri în procedura de atribuire a contractului și în materia soluționării litigiilor derivate din executarea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor

Pornind de la necesitatea transunerii în dreptul nostru intern a celor trei directive europene, a fost adoptată H.G. nr. 901/2015 privind Strategia națională în domeniul achizițiilor publice¹, document care propune acțiuni ce definesc politica Guvernului cu privire la reformarea sistemului național de achiziții publice în perioada 2015-2020. Prin această strategie, după cum se arată în conținutul acesteia, se aduce o nouă abordare în domeniul achizițiilor publice, mutând accentul de la procedură la proces, de la valoarea contractului propriu-zis la costul întregului ciclu de viață al unei achiziții, de la o suprareglementare la o legislație suplă, dublată de ghiduri coerente, actualizate, consolidate și validate de Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Un sistem de achiziții publice performant presupune o bună funcționare a controalelor, a sistemului de remedii și căi de atac, a sistemului de prevenire a conflictului de interese și a competenței.

Prin Strategie se arată că este necesar a se elabora de către autoritatea legiuitoare trei legi separate privind achizițiile în sectorul clasic, utilitățile, concesiunile și parteneriatul public-privat, precum și o lege separată privind remediile și căile de atac. De asemenea, se

¹ Publicată în M. Of. nr. 881 din 25 noiembrie 2015, a se vedea, de asemenea, și Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 1140/2015 privind aprobarea Regulamentului privind controlul *ex-post* al modului de atribuire al contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (Publicat în M. Of. nr. 939 din 18 decembrie 2015), control care se efectuează de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice și care se finalizează prin întocmirea de către echipa de control a raportului de control/notă de control. Procedura de control *ex-post* vizează activitatea de verificare a aspectelor sesizate/semnalate de alte instituții publice/entități cu atribuții în zona achizițiilor publice/operatori economici/alte persoane sau identificate în mass-media/din oficiu, precum și procedurilor de atribuire desfășurate de către autoritățile contractante/beneficiari în cadrul proiectelor finanțate din fonduri europene. A se vedea, de asemenea și Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 773/2015 privind unele măsuri de eficientizare a activităților de evaluare *ex-ante* a documentațiilor de atribuire (publicat în M. Of. nr. 932 din 16 decembrie 2015). De asemenea, potrivit art. 1 din Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 1139/2015 privind notificarea încheierii contractului de achiziție publică/acordului-cadru (publicat în M. Of. nr. 938 din 18 decembrie 2015), autoritatea contractantă are obligația de a transmite Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, în cel mult 48 de ore de la data încheierii contractului de achiziție publică/acordului-cadru, o notificare cu privire la contractul de achiziție publică/acordul-cadru încheiat. Ofertantul declarat câștigător care se consideră lezat prin neîncheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru în termenul prevăzut la art. 93 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 34/2006 (abrogată prin H.G. 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) are dreptul de a sesiza Agenția Națională pentru Achiziții Publice.