



GVERNUL ROMÂNIEI
PRIMUL – MINISTRU

NR. 2175 / DPSG
DATA 31.10.2014

Biroul permanent al Senatului
Bp 398 / 17.11.2014

SENATUL ROMÂNIEI
DATA 17.11.2014

Domnule președinte,

În conformitate cu prevederile art. 111 alin. (1) din Constituție, Guvernul României formulează următorul

PUNCT DE VEDERE

referitor la propunerea legislativă intitulată „*Lege pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii*”, inițiată de domnul senator independent Valeriu Todirașcu (Bp. 398/2014).

I. Principalele reglementări

Obiectul de reglementare al inițiativei legislative îl constituie modificarea articolului 188 alineatul (1) lit. e) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare*, prin completarea elementelor care pot fi solicitate de către autoritatea contractantă în cadrul unei proceduri de achiziție publică, în scopul verificării capacității tehnice a ofertanților/candidaților. Astfel, se propune ca, pe lângă „*mostre, descrieri și/sau fotografii*”, autoritatea contractantă să poată solicita „*mostre ori echivalent, (...) dovezi prin care ofertantul demonstrează în mod adecvat că produsele, serviciile sau lucrările oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale (...)*”.

În motivarea măsurilor propuse, inițiatorul arată că, în forma actuală, dispozițiile art. 188 alin. (1) lit. e) sunt în contradicție cu principiul bunei administrări a fondurilor publice.

II. Observații

1. Facem precizarea că, potrivit art. 22 alin. (1) din *Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare*, soluțiile legislative preconizate printr-o reglementare nouă trebuie să aibă în vedere prevederile în materie ale Uniunii Europene, asigurând compatibilitatea cu acestea. Mai mult, în conformitate cu art. 288 teza a treia din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene¹, România are obligația transpunerii directivelor.

Potrivit *Expunerii de motive* care însoțește propunerea legislativă, aceasta are la bază asigurarea conformității *Ordonanței de urgență nr. 34/2006* cu prevederile europene în domeniul achizițiilor publice, respectiv *Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii*, *Directiva 2004/17/CE de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale*, *Directiva 1989/665/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări.*²

Dar, potrivit art. 48 alin. (2) lit. j) punctul (i) din *Directiva 2004/18/CE*, capacitățile tehnice ale operatorilor economici pot fi dovedite, în ceea ce privește produsele care urmează să fie furnizate, prin „eșantioane, descrieri și/sau fotografii a căror autenticitate poate fi dovedită la cererea autorității contractante.” Facem precizarea că aceste prevederi au fost transpuse în *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* care stabilește la art. 188 alin. (1) lit. e) că, în scopul verificării capacității tehnice a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita „mostre, descrieri și/sau fotografii a căror autenticitate trebuie să poată fi demonstrată în cazul în care autoritatea contractantă solicită acest lucru.”

Precizăm că, la elaborarea art. 188 alin. (1) lit. e) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, legiuitorul a avut în vedere și conținutul considerentului (39) al preambulului respectivei directive, care stipulează următoarele:

¹ Art. 288 teza a treia din TFUE prevede că „Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autoritățile naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele”.

² Menționată în mod greșit în *Expunerea de motive* ca fiind Directiva 1989/655/CEE

„Verificarea îndeplinirii cerințelor de către ofertanți, în cazul procedurilor deschise, respectiv de către candidați, în cazul procedurilor restrânse și de negociere cu publicarea unui anunț de participare și în cazul dialogului competitiv, precum și selectarea acestora trebuie efectuate în condiții de transparență. În acest scop, trebuie precizate **criteriile nediscriminatorii pe care autoritățile contractante le pot utiliza în vederea selectării concurenților și mijloacele pe care le pot utiliza operatorii economici pentru a dovedi că îndeplinesc respectivele criterii.** În același spirit de transparență, autoritățile contractante trebuie să i se solicite să indice, în momentul lansării unei invitații de participare la o procedură de achiziții publice, criteriile de selectare pe care le va folosi în vederea selectării, precum și nivelul capacităților specifice pe care le poate **eventual** solicita din partea operatorilor economici pentru a-i accepta în procedura de atribuire a contractului de achiziții publice.”

În raport cu cele menționate mai sus, din evaluarea prevederilor propunerii în raport cu prevederile art. 48 alin. (2) lit. j) punctul (i) din Directiva 2004/18/CE, rezultă o transpunere incorectă a actului european de natură să creeze interpretări eronate ale legislației naționale în domeniul achizițiilor publice. Astfel, prin stabilirea posibilității pentru ofertanți/candidați de a-și demonstra capacitatea tehnică prin prezentarea nu numai a unor „mostre”, așa cum prevede actul european, ci și a unui „echivalent, descrieri sau potrivit art. 36 alin. (2) și (3), dovezi prin care ofertantul demonstrează în mod adecvat că produsele, serviciile sau lucrările oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale”, statul român și-ar încălca obligația cu privire la atingerea rezultatului prevăzut de actul european. În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că „obligația unui stat membru de a adopta toate măsurile necesare pentru atingerea rezultatului prevăzut de o directivă este o obligație de rezultat [...] Această obligație de a adopta toate măsurile generale sau speciale se impune tuturor autorităților statelor membre”³. De asemenea, în acest caz ne putem afla și în situația unei suprareglementări (gold plating).⁴

2. Referitor la invocarea art. 36 alin. (2) și (3) din *Ordonanța de urgență nr. 34/2006* în cadrul propunerii de modificare a art. 188 alin. (1) lit. e) din aceeași ordonanță de urgență, subliniem că această referire este făcută în mod eronat.

Mai precis, prevederile art. 36 alin. (2) și (3) din *Ordonanța de urgență nr. 34/2006* vizează aspecte legate de *specificatiile tehnice ale caietului de sarcini*, fapt total diferit de prevederile art. 188 alin. (1) lit. e) din aceeași

³ Cauza C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne, din 1997, pct. 40

⁴ Implementarea corectă a legislației UE nu înseamnă neapărat completarea normelor europene cu straturi de cerințe suplimentare. O astfel de completare (suprareglementare) este considerată de COM în detrimentul pieței unice, întrucât subminează eforturile comune ale statelor membre de a asigura o legislație europeană de calitate. Statele membre care continuă să aplice aceste practici riscă să împiedice întreprinderile și consumatorii să se bucure pe deplin de beneficiile Pieței Unice.

ordonanță de urgență, care reglementează *criterii de calificare și selecție referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională.*

Mai mult, potrivit anexei XII la *Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE*, care trebuie transpusă de statul român până la data de 18 aprilie 2016, printre mijloacele de dovedire a capacităților tehnice ale operatorilor economici pentru produsele care urmează să fie furnizate, se prevede că se pot utiliza „*eșantioane, descrieri sau fotografii a căror autenticitate trebuie dovedită la cererea autorității contractante.*” Cu privire la acest aspect, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că „*în termenul de transpunere stabilit prin directivă pentru punerea sa în aplicare, statul membru destinat al directivei să se abțină de la adoptarea unor dispoziții de natură să compromită grav atingerea rezultatului prevăzut de directivă.*”⁵

În concluzie, pentru a evita declanșarea unor acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor de stat membru potrivit art. 258 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene, apreciem oportun ca dovedirea capacităților tehnice ale operatorilor economici, în ceea ce privește produsele care urmează să fie furnizate, să se facă prin „*eșantioane, descrieri și/sau fotografii a căror autenticitate poate fi dovedită la cererea autorității contractante*”, potrivit reglementărilor în vigoare prevăzute la art. 188 alin. (1) lit. e) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.*

3. Referitor la mențiunea din *Expunerea de motive* potrivit căreia cerința prevăzută în forma actuală a art. 188 alineatul (1) lit. e) din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* ar fi excesivă, considerăm că pentru un operator economic participant la o procedură de atribuire a unui contract de furnizare este mai facil să prezinte mostre, decât să prezinte, pentru zeci de repere, certificate privind calitatea produselor.

Menționăm că prin solicitarea de mostre se asigură protecția concurenței loiale, având în vedere că, în practică, s-a constatat că la procedurile de atribuire pentru care nu s-au solicitat mostre, operatorii economici care ofertează prețurile cele mai scăzute, creează probleme în implementarea contractelor (la livrarea produselor multe dintre acestea sunt refuzate ca fiind neconforme din punct de vedere al calității).

Cu privire la aspectul că o astfel de solicitare este împovărătoare pentru autoritățile contractante, în sensul că suportă costul acestor mostre, precizăm că afirmația este eronată, întrucât mostrele se returnează operatorilor economici care nu sunt declarați câștigători, iar pentru ofertanții declarați câștigători mostrele se păstrează la sediul autorității contractante pentru a fi prezentate la eventuale controale/verificări, însă contravaloarea lor cade în sarcina ofertantului.

În ceea ce privește protecția judiciară, precizăm faptul că organul chemat să soluționeze eventualele plângeri are acces la aceste mostre, fapt confirmat în

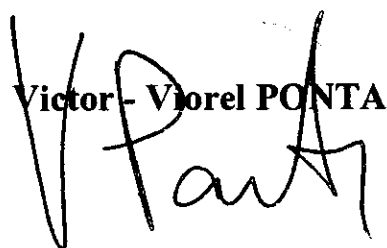
⁵ Cauza C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne, din 1997, pct. 50

practică, atunci când în urma depunerii unei contestații autoritatea contractantă a prezentat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (C.N.S.C.) inclusiv mostrele depuse în cadrul procedurii de atribuire, pentru a se putea stabili corectitudinea deciziei.

III. Punctul de vedere al Guvernului

Având în vedere observațiile prezentate la pct. II, **Guvernul nu susține adoptarea acestei inițiative legislative.**

Cu stimă,


Victor-Viorel PONTA

Domnului senator Călin-Constantin-Anton Popescu-Tăriceanu
Președintele Senatului