

achiziții publice - modificări legislative publicate în februarie 2020

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 23/2020 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 106 din 12 februarie 2020, intrând în vigoare la aceeași dată.

Ordonanța de urgență nr. 23/2020 (denumită în continuare **“O.U.G. 23/2020”** sau **“Ordonanța de Urgență”**) a modificat o serie de acte normative primare din domeniul achizițiilor publice și sectoriale (precum și al concesiunilor), în vederea implementării unor măsuri urgente care să conducă la simplificarea, perfecționarea și flexibilizarea sistemului achizițiilor publice, precum și la creșterea gradului de absorbție a fondurilor europene și la deblocarea procedurilor de achiziție publică.

Legea nr. 98/2016

Noua Ordonanță de Urgență aduce o serie de modificări Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, după cum urmează:

- cu titlu de noutate, se prevede expres că informațiile indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă acest caracter; în caz contrar, nu mai subzistă obligația autorității contractante de a nu dezvălui informațiile indicate de operatori economici ca fiind confidențiale;
- este clarificat caracterul alternativ al celor două cazuri de excludere prevăzute de art. 165 din Legea nr. 98/2016 pentru încălcarea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat; în plus, este completat primul caz de excludere în sensul în care un operator economic este exclus din procedura de atribuire și atunci când hotărârea judecatorească sau decizia administrativă prin care s-a stabilit încălcarea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat are caracter definitiv și obligatoriu și în conformitate cu legea statului membru al autorității contractante, nu doar cu cea a statului în care respectivul operator economic este înființat;
- Ordonanța de Urgență introduce obligația autorităților contractante de a oferi posibilitatea candidaților/ofertanților care au participat la pregătirea procedurii de atribuire de a demonstra că implicarea lor în pregătirea acesteia nu poate denatura concurența, înainte de a fi excluși din procedura de atribuire;
- sunt aduse completări în legătură cu măsurile adoptate de către operatorii economici care se află într-una dintre situațiile de excludere prevăzute de art. 164 și 167 din Legea 98/2016 pentru a-și demonstra credibilitatea; astfel, aceste măsuri prezentate de operatorii economici pentru demonstrarea credibilității vor fi evaluate de autoritatea contractantă ținându-se seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere; în situația în care măsurile prezentate sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta are obligația de a transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire;

- sunt stipulate termene clare în care autoritatea contractantă are obligația de a întocmi raportul procedurii (excepțiile sunt strict indicate), și anume:
 - (a) 60 de zile lucrătoare, pentru procedurile de licitație deschisă, licitație restrânsă, parteneriat pentru inovare, concurs de soluții și procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice;
 - (b) 20 de zile lucrătoare pentru procedura de negociere fără publicare prealabilă și pentru procedura simplificată;
 - (c) 100 de zile lucrătoare pentru procedurile de negociere competitivă și dialog competitiv.
- este definită noțiunea de modificare substanțială a unui contract de achiziție publică/acord-cadru în sensul art. 221 alin. (1) lit. e) din Legea 98/2016, drept modificarea prin care contractul/acordul-cadru prezintă caracteristici ce diferă în mod substanțial față de cele cuprinse în documentul semnat inițial; rămân aplicabile cele patru condiții reglementate de la început de Legea 98/2016 pentru verificarea caracterului substanțial al unei modificări.

Legea nr. 99/2016

Modificările aduse de O.U.G. 23/2020 **Legii nr. 99/2016** privind achizițiile sectoriale, sunt în principiu aceleași ca cele aduse Legii nr. 98/2016 și indicate pe scurt mai sus, iar în plus se prevede introducerea unei noi categorii de contracte sectoriale de servicii juridice pentru atribuirea cărora Legea 99/2016 nu se aplică, și anume cele care au ca obiect serviciile de certificare și autentificare a documentelor care sunt prestate de notari publici potrivit dispozițiilor legale.

În legătură cu obligația entității contractante de a justifica în raportul procedurii măsurile adoptate pentru a se asigura că participarea unui candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența, aceasta este necesară în ipoteza în care respectivul candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări entității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 148 din Legea 99/2016 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire.

Legea nr. 101/2016

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 este modificată și completată după cum urmează:

- este clarificată noțiunea de act al autorității contractante, în sensul că acesta nu vizează achiziția directă;
- a fost reintrodusă precizarea datei clare de la care începe să curgă termenul de depunere a contestațiilor formulate împotriva documentației de atribuire, respectiv data publicării documentației de atribuire în SEAP;

- sunt remediate erorile din textele de lege aplicabile procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicarea în SEAP, care continuau să trimită la articolele abrogate privind notificarea prealabilă; astfel, atât măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă ca urmare a unei contestații, cât și contestația se comunică contestatorului și celorlalți operatori economici interesați/implicați în procedură, în cel mult o zi lucrătoare de la data adoptării acestora/primirii acesteia, prin orice mijloc de comunicare prevăzut de legislația în materie;
- se prevede obligația autorității contractante de a publica contestația în integralitate în SEAP, eliminându-se restricția de a nu publica informațiile pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;
- este introdusă obligația operatorilor economici de a înștiința părțile cauzei cu privire la formularea unei cereri de intervenție voluntară; în reglementarea anterioară se prevedea că cererea de intervenție depusă la CNSC urma să fie comunicată și celorlalte părți ale cauzei, în termen de două zile de la primire;
- se stabilește că operatorii economici au o dublă obligație în ceea ce privește documentele confidențiale din oferte, pentru ca accesul la acestea să fie restricționat de CNSC celorlalte părți ale cauzei: de a declara și de a proba caracterul confidențial al documentelor respective;
- termenele pentru soluționarea contestațiilor de către CNSC nu mai sunt stabilite în zile calendaristice, ci în zile lucrătoare, iar termenul pentru soluționarea contestației pe cale de excepție a fost prelungit: CNSC va soluționa pe fond contestația în termen de 15 zile lucrătoare de la data primirii dosarului achiziției publice/sectoriale/concesiunii, respectiv în termen de 10 zile lucrătoare în situația incidenței unei excepții care împiedică analiza pe fond a contestației;
- sunt aduse elemente de noutate cu privire la contestația formulată pe cale judiciară, și anume:
 - (a) similar contestației formulate pe cale administrativ-jurisdicțională, este prevăzută obligația autorității contractante de a publica contestația în SEAP, în termen de o zi lucrătoare de la primirea acesteia; în cazul procedurilor de atribuire a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a comunica contestația și celorlalți operatori economici interesați/implicați în procedură, în termen de o zi lucrătoare de la data primirii acesteia;
 - (b) formularea unei cereri de intervenție voluntară este supusă aceluiași condiții ca cele prevăzute în cazul contestației formulate pe cale administrativ-jurisdicțională (trebuie înștiințate celelalte părți);
 - (c) accesul la dosarul constituit la instanța de judecată, ca urmare a formulării unei contestații, se va realiza în aceleași condiții ca accesul la dosarul constituit la CNSC;
 - (d) termenul pentru formularea recursului împotriva hotărârii judecătorești prin care este soluționată contestația formulată pe cale judiciară a fost corelat cu termenul pentru formularea plângerii împotriva deciziei CNSC; așadar, recursul poate fi formulat tot într-un termen de 10 zile lucrătoare de la comunicarea hotărârii, în loc de 10 zile calendaristice (cum prevedea reglementarea anterioară);

- (e) spre deosebire de contestațiile formulate pe cale administrativ-jurisdicțională, contestațiile formulate pe cale judiciară se taxează conform regulilor prevăzute la soluționarea litigiilor în instanța de judecată, iar recursul se taxează cu 50% din această taxă (autoritățile contractante care formulează recurs sunt scutite de taxa judiciară de timbru); se elimină cautiunea pentru contestațiile formulate pe cale judiciară.
- sunt introduse o serie de modificări extrem de importante în ceea ce privește soluționarea litigiilor în instanța de judecată:
 - (a) hotărârea pronunțată în cazul litigiilor privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind anularea sau nulitatea contractelor poate fi atacată cu recurs, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, la secția de contencios administrativ și fiscal a curții de apel;
 - (b) în schimb, hotărârea pronunțată în cazul proceselor și cererilor care decurg din executarea contractelor administrative poate fi atacată numai cu apel, în termen de 10 zile de la comunicare, la instanța ierarhic superioară; apelul este soluționat de urgență și cu precădere, într-un termen ce nu va depăși 30 de zile lucrătoare de la data sesizării legale a instanței;
 - (c) căile de atac prevăzute mai sus suspendă executarea și se judecă de urgență și cu precădere, iar în caz de admitere a recursului/apelului, instanța rejudecă, în toate cazurile, litigiul în fond;
 - (d) în legătură cu modalitatea de taxare a cererilor introduse la instanța de judecată, acestea se taxează după cum urmează:
 - 2% din valoarea estimată a contractului, dar nu mai mult de 100.000.000 Lei;
 - în cazul în care procedura de atribuire este organizată pe loturi, taxele de timbru se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot contestat;
 - în cazul unei proceduri de atribuire a unui acord-cadru, cuantumul taxei judiciare se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv;
 - recursul/apelul se taxează cu 50% din taxele prevăzute mai sus, iar recursurile formulate de autoritățile contractante sunt scutite de taxa judiciară de timbru.
- În ceea ce privește cautiunea constituită pentru formularea contestației:
 - (a) O.U.G. 23/2020 elimină cautiunea pentru contestațiile formulate pe cale judiciară, corelativ cu instituirea unei taxe de timbru pentru aceste contestații;
 - (b) raportat la practica CNSC care permite constituirea ulterioară a cautiunii, se stabilește că aceasta poate fi constituită în maximum 3 zile lucrătoare de la data sesizării CNSC;

- (c) referitor la cuantumul cauțiunii:
- se înlocuiește noțiunea de valoare stabilită a contractului cu cea de valoare a ofertei declarate câștigătoare;
 - se menține raportarea procentului de 2% la valoarea estimată a contractului și limitele maxime aferente acestuia, devenind aplicabile, însă, și următoarele modalități de stabilire a cuantumului cauțiunii:
 - (i) 2% din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute pentru publicarea anunțului de participare în JOUE, dar nu mai mult de 88.000 Lei;
 - (ii) 2% din valoarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul raportului procedurii, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute pentru publicarea anunțului de participare în JOUE, dar nu mai mult de 880.000 Lei.
 - în cazul unei proceduri de atribuire împărțite pe loturi, prevederile alin. (1) ale art. 611 se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot contestat;
 - în cazul în care procedura de atribuire a acordului-cadru este organizată pe loturi, prevederile alin. (1) ale art. 611 se raportează la dublul valorii estimate a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv aferent fiecărui lot contestat.
- (d) în legătură cu modalitatea de restituire a recipiselor de constituire a cauțiunilor, O.U.G. 23/2020 prevede următoarele:
- cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii CNSC;
 - cauțiunea nu se restituie celui care a depus-o în măsura în care autoritatea contractantă face dovada că asupra acesteia a formulat cerere în fața instanței pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea termenului de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii CNSC.

O.U.G nr. 98/2017

O.U.G. 23/2020 aduce o serie de modificări și Ordonanței 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 („O.U.G. 98/2017”), iar printre cele mai importante menționăm:

- nu se mai prevede că desfășurarea controlului ex ante exercitat de ANAP se realizează la solicitarea autorității contractante, ci că acesta vizează verificarea conformității cu dispozițiile legale aplicabile în domeniul

achizițiilor publice/sectoriale/concesiuni, din punctul de vedere al regularității și calității, pe bază de liste de verificare;

- sunt modificate aspectele pe care le presupune controlul de calitate și regularitate ex ante, și anume verificarea conformității cu dispozițiile legale în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, respectiv concesiuni de servicii sau lucrări a documentației de atribuire, împreună cu strategia de contractare și celelalte documente ce o însoțesc, a anunțului de tip erată, precum și a propunerilor de răspuns ale autorității contractante la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici și a oricăror informații suplimentare publicate de aceasta în relație cu respectiva documentație de atribuire, cu excepția studiului de fundamentare prevăzut la art. 229 din Legea nr. 98/2016;
- se stabilește că fac obiectul controlului ex ante oricare dintre procedurile de atribuire reglementate prin Legea nr. 98/2016, prin Legea nr. 99/2016 și prin Legea nr. 100/2016, cu anumite excepții expres indicate;
- se stabilește în mod expres că, în desfășurarea activității de control ex ante din cadrul etapei prevăzute la art. 6 alin. (2) lit. a) din O.U.G. 98/2017, ANAP efectuează controlul de calitate și regularitate o singură dată; totodată, din sfera documentelor care pot face obiectul controlului de calitate și regularitate au fost eliminate: caietul de sarcini, documentația descriptivă, clauzele contractuale, anunțul de participare, anunțul de participare simplificat, anunțul de concurs;
- sunt eliminate referirile la avizele conforme necondiționate;
- cu titlu de noutate, se prevede că autoritatea contractantă poate decide publicarea anunțului de participare/anunțului de participare simplificat/anunț de concesiune/anunț de concurs, cu sau fără remedierea abaterilor constatate de ANAP prin avizul conform condiționat emis ca rezultat al controlului ex ante, având obligația de a publica avizul conform emis;
- se conturează posibilitatea autorității contractante de a decide continuarea derulării procedurii de atribuire cu sau fără remedierea abaterilor constatate de ANAP prin avizul conform condiționat, aceasta având obligația de a publica avizul conform final odată cu publicarea raportului procedurii, respectiv în ziua transmiterii comunicărilor privind rezultatul procedurii.

Dispoziții tranzitorii

Procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a O.U.G. 23/2020 rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii acestora (prin “*procedură de atribuire în curs de desfășurare*” înțelegându-se orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare sau, după caz, un anunț de participare simplificat, până la data intrării în vigoare a O.U.G. 23/2020).

Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a O.U.G. 23/2020 continuă să se judece în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost începute.