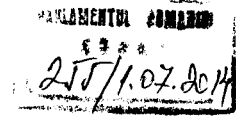




GUVERNUL ROMÂNIEI
PRIMUL – MINISTRU

1190
2006 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 completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34 din 19 aprilie 2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii*”, inițiată de domnul deputat PD-L Florin Gheorghe (**Bp. 28/2014**).

I. Principalele reglementări

Prin această inițiativă legislativă se propune modificarea și completarea *Ordonanței 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*, în sensul reglementării obligativității autorității contractante de a evalua capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului/candidatului, în raport de numărul de contracte câștigate sau aflate în derulare și capitalul tehnic și uman alocat fiecărui contract.

În prezent, art. 187 din ordonanță conferă dreptul și nu instituie obligația autorității contractante de a verifica pentru fiecare ofertant/candidat capacitatea tehnică/profesională de a onora contractul.

Totodată, inițiatorul propune instituirea unei proporții pentru susținerea ofertantului/candidatului de către o altă persoană, proporție care nu poate depăși

20% din capacitatea tehnică și profesională necesară pentru îndeplinirea unui contract (art. 190 alin.(1)).

În susținerea măsurilor propuse, în *Expunerea de motive* se precizează – în esență - că inițiativa legislativă este justificată de necesitatea eliminării situațiilor înregistrate în practică în care ofertanți declarați câștigători ai mai multor atribuiri de contracte nu au capacitatea tehnică/profesională de a onora în termen toate contractele atribuite.

De asemenea, potrivit *Expunerii de motive*, propunerea vizează măsura limitării la o proporție de 20% a ponderii susținerii capacității profesionale/tehnice a ofertantului de către alte persoane pentru a garanta un nivel corespunzător al capacității profesionale/tehnice proprii a ofertantului.

II. Observații

1. Prevederile referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională prevăzute la articolele 187-190 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* reprezintă transpunerea exactă, la nivelul legislației naționale, a dispozițiilor articolului 48 – *Capacități tehnice și profesionale* din *Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii*.

Precizăm că, la elaborarea articolelor de lege menționate, legiuitorul a avut în vedere și conținutul părții introductive a respectivei directive care, la paragraful (39), stipulează următoarele:

„*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, autorității 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.*”

Prin urmare, propunerile de modificare a **alin. (3) al art. 187** și de completare a aliniatelor **(1), (2) și (3) ale art. 188** din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006* sunt de natură să contravină prevederilor *Directivei 18/2004/CE*, în cadrul căreia aceste dispoziții nu-și găsesc echivalent.

Totodată, legislația europeană instituie dreptul (și nu obligația) autorităților contractante de a solicita, în condiții nediscriminatorii și proporționale cu obiectul contractului, dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale a operatorului economic care participă la o procedură de atribuire.

În ceea ce privește propunerea de modificare a **art. 187**, subliniem și faptul că, în conformitate cu prevederile alin. (2) al art. 178 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, „*Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.*” În conformitate cu prevederile art. 179 alin. (1) și (2), criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit și să respecte *principiul proporționalității*.

În sensul celor de mai sus, introducerea obligației în sarcina autorității contractante de a evalua capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat și prin relația dintre numărul de contracte câștigate de ofertant/candidat sau aflate în derulare de către acesta și capitalul tehnic și uman al acestuia impune un criteriu de calificare/selecție restrictiv, care nu are legătură evidentă cu obiectul contractului și nu prezintă relevanță pentru capacitatea sa tehnică și/sau profesională de a duce la îndeplinire contractul, deoarece acesta are posibilitatea de a angaja/sub-contracta, ulterior atribuirii, personalul/capitalul tehnic necesar. De asemenea, prin introducerea acestei obligații, ca prevedere generală pentru toate achizițiile, fără diferențiere în funcție de tipologie, valoare, complexitate, nu se respectă *principiul proporționalității* (a se avea în vedere contractele simple, de valoare mică, cum ar fi de exemplu cele de furnizare produse consumabile). Mai mult, în conformitate cu art. 293 din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, încălcarea *principiului proporționalității* prin utilizarea criteriilor de calificare și selecție ca mijloc de a restricționa concurența constituie contravenție.

Totodată, propunerea legislativă nu precizează criteriile concrete (bareme sau parametri tehnici) în funcție de care autoritatea contractantă trebuie să evalueze capacitatea tehnică/profesională a unui ofertant/candidat și prin relația dintre numărul de contracte câștigate de către acesta sau aflate în derulare și capitalul tehnic și uman al acestuia. În lipsa unor criterii clare și concrete care să asigure o evaluare obiectivă a capacității tehnice/profesionale a unui ofertant/candidat și în raport de alte contracte câștigate de ofertant/candidat sau aflate în derulare de către acesta și capitalul tehnic și uman al acestuia, această propunere legislativă poate fi considerată restrictivă și arbitrară în raport cu legislația europeană în materie, fapt ce va antrena pentru autoritățile contractante din România contestații ale procedurilor de achiziții publice, litigii și corecții financiare.

În acest context, propunerea de completare a **art. 187 alin. (3)** din *Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006* contravine abordării globale a

Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și, punctual, aduce atingere prevederilor art. 2 alin. (2), art. 178 alin. (2), art. 179 alin. (1) și (2) din același act normativ. Precizăm faptul că nerespectarea articolelor ante-menționate a constituit baza acordării a numeroase corecții financiare în cadrul procedurilor de achiziții derulate în cadrul proiectelor finanțate din fonduri structurale.

2. Sub aspectul modului de fundamentare a acestei propuneri legislative, semnalăm că, în *Expunerea de motive*, propunerea legislativă este motivată prin aceea că: „*există numeroși ofertanți care câștigă 10 sau 20 de contracte, având capacitatea efectivă doar pentru 3 sau 4 contracte*”, fără a oferi informații necesare privind această problemă, precum:

- numărul ofertanților aflați în situația descrisă și eventual proporția acestora în totalul candidaților care depun oferte;
- incidența situației descrise, în funcție de tipul de contracte: contracte de furnizare de produse, contracte de servicii sau contracte de lucrări, cu indicarea tipului de contract care este cel mai afectat de această situație.

Aceste informații sunt necesare pentru a evalua necesitatea și oportunitatea impunerii acestei obligații pentru toate tipurile de contracte de achiziție publică, având în vedere faptul că, în prezent, legislația în vigoare¹ distinge, în funcție de tipul de contract, informațiile considerate relevante pentru îndeplinirea contractului.

3. În ceea ce privește propunerile de completare a **art. 188** din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, derivate din modificarea propusă pentru alin. (3) al art. 187, precizăm că acestea nu au legătură cu obiectul contractului, nu respectă *principiul proporționalității* și creează costuri suplimentare în sarcina operatorului economic și birocrăție suplimentară (este semnificativ, în acest sens, exemplul companiei multinaționale care a derulat/derulează în perioada de referință zeci sau sute de contracte). Mai mult, normele instituite în completarea art. 188 din *Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006* au caracter redundant în raport cu prevederile art. 188, sinteza informațiilor solicitate putând fi obținută prin coroborarea informațiilor prevăzute deja de cadrul normativ, respectiv:

- literele b) și c) ale alin. (1) al art. 188;
- literele b), c), d), e) și g) ale alin. (2) al art. 188;
- literele c), d) și f) ale alin. (3) al art. 188.

4. Referitor la modificarea propusă pentru **alin. (1) al art. 190** din *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006*, prin care se limitează „*susținerea de către terți*” la maxim 20% din capacitatea tehnică și profesională necesară

¹ art. 188 alin. (1) – (3) 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*

pentru îndeplinirea contractului, precizăm faptul că, în *Expunerea de motive* nu este fundamentată necesitatea adoptării măsurii propuse și nu sunt furnizate date/informații concrete din care să reiasă efectul negativ al prevederilor legale în vigoare asupra procedurilor sau contractelor de achiziții publice. Mai mult, nu este justificată alegerea plafonului propus de maximum 20% al capacității tehnice/profesionale care se poate susține prin intermediul altor persoane.

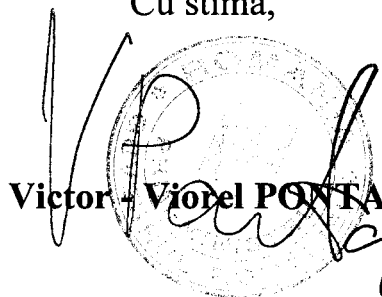
Totodată, considerăm că o astfel de măsură echivalează cu încălcarea obligațiilor ce revin României, în calitate de stat membru al Uniunii Europene, din perspectiva armonizării legislației naționale cu legislația europeană, aceasta fiind de natură a conduce la declanșarea de către Comisia Europeană a unei *proceduri de infringement*.

Astfel, măsurile propuse sunt de natură a restricționa concurența și, mai mult, generează o situație disproporționată în raport cu sub-contractarea, pentru care nu sunt prevăzute limitări nici în reglementările interne în domeniu și nici în *Directiva 2004/CE/18*, cu excepția celei referitoare la subcontractarea ce vizează obligarea concesionarului lucrărilor publice să atribuie unor terți contracte reprezentând un procent minim de 30% din valoarea globală a lucrărilor care fac obiectul concesiunii lucrărilor.

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