



GUVERNUL ROMÂNIEI
PRIMUL – MINISTRU

154
13022018

469/23.02.2018

Domnule președinte,

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

PUNCT DE VEDERE

referitor la *propunerea legislativă pentru modificarea și completarea Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice*, inițiată de domnul deputat USR Nicușor-Daniel Dan și un grup de parlamentari USR (**Bp. 405/2017**).

I. Principalele reglementări

Propunerea legislativă are ca obiect de reglementare completarea *Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare*, propunându-se:

- interzicerea atribuirii prin procedura simplificată a contractelor de achiziție publică/acordurilor cadru către operatorii economici emitenți de acțiuni la purtător sau de alte titluri de participare la purtător, precum și a participării la concursurile de soluții prin aplicarea unei proceduri simplificate a operatorilor economici emitenți de acțiuni la purtător sau de alte titluri de participare la purtător;

- interzicerea achiziției directe de produse sau servicii de la operatorii economici emitenți de acțiuni la purtător sau de alte titluri de participare la purtător;

- instituirea obligației autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru a operatorilor economici emitenți de acțiuni la purtător sau de alte titluri de participare la purtător;

- interzicerea de a se încheia noi contracte subsecvente în cazul contractelor cadru semnate înainte de data intrării în vigoare a soluțiilor propuse prin inițiativa legislativă.

II. Observații

1. Potrivit dispozițiilor art. 27 alin. (1) din *Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE*, ce au fost transpuse în legislația națională prin prevederile art. 53 și art. 71 din *Legea nr. 98/2016*, „În cadrul procedurilor deschise, orice operator economic interesat poate depune o ofertă ca răspuns la o invitație la o procedură concurențială de ofertare”.

De asemenea, art. 2 alin. (1) pct. 10 din directiva menționată, transpus în legislația națională prin prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) din *Legea nr. 98/2016*, definește noțiunea de „operator economic” ca fiind „orice persoană fizică sau juridică sau o entitate publică sau grup de astfel de persoane și/sau entități, inclusiv orice asociere temporară de întreprinderi, care oferă execuția de lucrări și/sau o lucrare, furnizarea de produse sau prestarea de servicii pe piață”.

Se remarcă faptul că inițiativa legislativă face referire la excluderea operatorilor economici emitenți de titluri de participare la purtător sau de alte titluri de participare la purtător din cadrul procedurilor simplificate pentru atribuirea contractelor/acordurilor-cadru, din cadrul concursurilor de soluții derulate prin aplicarea unei proceduri simplificate, precum și de la achiziția directă, aceste tipuri de achiziții nefiind supuse prevederilor *Directivei 2014/24/UE*, întrucât se aplică pentru contracte/acorduri-cadru/achiziții directe cu valori estimate sub pragurile europene.

Cu toate acestea, comunicarea Comisiei Europene (2006/C 179/02) *cu privire la regulile comunitare aplicabile atribuirii contractelor nesupuse sau supuse parțial prevederilor Directivelor privind Achizițiile Publice* prevede, la punctul 1.2, paragraful 3, teza 2, că „CEJ a declarat în

mod explicit că, deși anumite contracte sunt excluse din scopul directivelor Comunitare în domeniul achizițiilor publice, autoritățile contractante care le încheie sunt, cu toate acestea, obligate să respecte regulile fundamentale ale Tratatului”.

Nu în ultimul rând, potrivit punctului 1.3, paragraful 4 din comunicarea Comisiei Europene (2006/C 179/02), „*Atunci când Comisia devine conștientă de o posibilă încălcare a standardelor de bază pentru atribuirea contractelor publice ce nu sunt reglementate de Directivele privind Achizițiile Publice, va evalua relevanța pentru Piața Internă a respectivului contract în lumina circumstanțelor specifice fiecărui caz. Procedurile privind încălcarea dreptului comunitar în temeiul Articolului 226 din Tratatul CE vor fi deschise doar în cazurile în care acest lucru este necesar în funcție de gravitatea încălcării și impactului său asupra Pieței Interne”.*

Atragem atenția că, deși comunicarea Comisiei Europene (2006/C 179/02) face referire la *Directiva 2004/18/EC*¹ și *Directiva 2004/17/EC*² (*Directive privind Achizițiile Publice*), abrogate în prezent de *Directiva 2014/24/UE* și, respectiv *Directiva 2014/25/UE*³, în conformitate cu prevederile art. 91 din *Directiva 2014/24/UE* și art. 107 din *Directiva 2014/25/UE*, trimiterile la directivele abrogate se interpretează ca trimiteri la prezentele directive și se citesc în conformitate cu tabelele de corespondență prevăzute în anexele la acestea.

Pe baza celor menționate, precizăm că în *Legea nr. 98/2016*, care transpune *Directiva 2014/24/UE*, nu poate fi introdusă o prevedere legislativă în temeiul căreia să fie considerată situație generatoare de conflict de interese circumstanța în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terțul susținător este organizat ca societate pe acțiuni cu capital social reprezentat prin acțiuni la purtător sau alte titluri de participare la purtător.

Prin urmare, a restricționa atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru pentru operatori economici emitenți de titluri de

¹ 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

² a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale

³ 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/CE

participare la purtător reprezintă o abatere majoră de la prevederile *Directivei 2014/24/UE*.

Totodată, precizăm că art. 167 alin. (1) din *Legea nr. 98/2016* prevede în mod strict și limitativ cazurile de excludere precizate în mod expres de art. 57 alin. (4) par. 1 din *Directiva 2014/24/UE*.

Astfel, considerăm că soluțiile legislative propuse prin inițiativa legislativă excedează prevederilor directivei europene ce reglementează domeniul achizițiilor publice, existând riscul declanșării unei proceduri de infringement împotriva României.

2. Totodată, raportat la fondul soluțiilor legislative propuse, apreciem că se pot crea premisele unor vicii de neconstituționalitate din prisma art.45 și art. 135 din *Constituția României, republicată*⁴.

În conținutul normativ al libertății economice intră începerea propriu-zisă a unei activități economice, dar și exercitarea activităților comerciale într-un mediu concurențial nedistorsionat de bariere legale discriminatorii și practici anticoncurențiale, abuzive sau neloiale.

În jurisprudența Curții Constituționale s-a statuat și că accesul liber la o activitate economică nu exclude, ci, dimpotrivă, implică stabilirea unor limite de exercitare a libertății economice, prin interzicerea faptelor ilicite, prejudiciabile pentru societate sau pentru alte persoane (*Decizia Curții Constituționale nr.119/2006*⁵). Libertatea economică nu este absolută, ci trebuie exercitată în condițiile legii (*Decizia Curții Constituționale nr.929/2007*⁶). Din jurisprudența Curții Constituționale rezultă că limitările aduse libertății economice trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

⁴ ARTICOLUL 45

Accesul liber al persoanei la o activitate economică, libera inițiativă și exercitarea acestora în condițiile legii sunt garantate.

ARTICOLUL 135

(1) *Economia României este economie de piață, bazată pe libera inițiativă și concurență.*

(2) *Statul trebuie să asigure:*

a) *libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție;*

b) *protejarea intereselor naționale în activitatea economică, financiară și valutară;*

c) *stimularea cercetării științifice și tehnologice naționale, a artei și protecția dreptului de autor;*

d) *exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național;*

e) *refacerea și ocrotirea mediului înconjurător, precum și menținerea echilibrului ecologic;*

f) *crearea condițiilor necesare pentru creșterea calității vieții;*

g) *aplicarea politicilor de dezvoltare regională în concordanță cu obiectivele Uniunii Europene.*

⁵ *referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 190 alin. (1) lit. c) din Ordonanța Guvernului nr.92/2003 privind Codul de procedură fiscală*

⁶ *referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 272 alin. (1) pct. 2 și 3 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale*

a) să fie nediscriminatorii (*Decizia Curții Constituționale nr.230/2007*);

b) limitarea să fie justificată de un interes general (*Decizia Curții Constituționale nr. 4/2005; Decizia Curții Constituționale nr. 186/2007*);

c) limitarea să fie necesară obiectivului urmărit de legiuitor și să fie proporțională cu scopul propus (*Decizia Curții Constituționale nr.474/2006*).

Or, raportat la cele menționate, opinăm că, deși primele două condiții apar ca fiind îndeplinite, în sensul că norma se aplică de o manieră nediscriminatorie operatorilor economici aflați în aceeași situație și există interesul general, constând în transparentizarea activității întreprinderilor publice, combaterea spălării banilor, prevenirea finanțării unor activități cu caracter terorist, totuși este necesar a se verifica și întrunirea condiției proporționalității măsurii (respectiv dacă acest obiectiv nu poate fi îndeplinit printr-o măsură mai puțin restrictivă – de exemplu, un mecanism care să garanteze cunoașterea identității titularilor de acțiuni la purtător în orice moment sau transformarea acțiunilor la purtător în acțiuni nominative într-un interval de timp rezonabil).

Cu titlu general, arătăm că România, în calitatea sa de stat membru al Forumului Global pentru Transparență și Schimbul de Informații în Scopuri Fiscale (FGTSISF), la care a aderat prin *Legea nr. 328/2013*^[1], are o serie de obligații de raportare și de furnizare de date cu implicații fiscale, ceea ce presupune inclusiv crearea condițiilor legislative și administrative pentru a răspunde solicitărilor de informații privind structura de acționariat a societăților înregistrate în România.

În acest context, ulterior aderării României la FGTSISF, s-au derulat mai multe runde de evaluare a cadrului legislativ și instituțional, una dintre concluziile acestor evaluări fiind că legislația românească nu permite cunoașterea, în orice moment, a identității titularilor de acțiuni la purtător. Pentru remedierea acestui aspect, în rapoartele de evaluare ale FGTSISF s-a recomandat revizuirea dispozițiilor legale relevante (în special *Legea societăților nr. 31/1990*). Aceeași indicație se regăsește și în Recomandările *Financial Action Task Force (FATF)*, organism ce stabilește standarde internaționale în materia spălării banilor. Având în vedere că o serie de cerințe de transparență a structurii acționariatului au

^[1] pentru aprobarea participării României la Forumul global privind transparența și schimbul de informații în scopuri fiscale.

fost prevăzute și de *Directiva 2015/849/UE*^[2], care se află actualmente în proces de transpunere, s-a apreciat că cel mai adecvat mod pentru a răspunde atât obligației ce decurge din statutul de stat membru al Uniunii Europene, cât și recomandării formulate de Forumul Global îl reprezintă includerea în proiectul de lege de transpunere a *Directivei 2015/849/UE* a soluției legislative de eliminare a posibilității emiterii acestor acțiuni, soluție însoțită de dispoziții tranzitorii, pentru o perioadă de timp rezonabilă, pentru situația acțiunilor la purtător aflate deja în circulație.

Aceste propuneri de amendare legislativă au fost comunicate instituției responsabile de transpunerea directivei, Oficiul Național pentru Prevenirea și Combaterea Spălării Banilor. Proiectul de lege este în curs de finalizare a procedurii de avizare interministerială, urmând a fi supus aprobării Guvernului.

III. Punctul de vedere al Guvernului

Având în vedere considerentele menționate, **Guvernul nu susține adoptarea acestei propuneri legislative.**

Cu stimă,


Viorica DĂNCIULA

PRIM-MINISTRU

Domnului senator **Călin-Constantin-Anton POPESCU-TĂRICEANU**

Președintele Senatului

^[2] a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 2015 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor sau finanțării terorismului, de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012 al Parlamentului European și al Consiliului și de abrogare a Directivei 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului și a Directivei 2006/70/CE a Comisiei.