



AVIZ
referitor la propunerea legislativă pentru completarea
Legii nr.98/2016 privind achizițiile publice

Analizând **propunerea legislativă pentru completarea Legii nr.98/2016 privind achizițiile publice**, transmisă de Secretarul General al Senatului cu adresa nr.B429 din 20.09.2017,

CONSILIUL LEGISLATIV

În temeiul art.2 alin.1 lit.a) din Legea nr.73/1993, republicată și art.46(3) din Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Legislativ,

Avizează negativ propunerea legislativă, pentru următoarele considerente:

1. Propunerea legislativă are ca obiect completarea Legii nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, *„astfel încât societățile comerciale care au decis să aibă un acționariat netransparent să nu poată participa la procedurile de achiziție publică”*, așa cum se menționează în Expunerea de motive.

Mai precis, propunerea urmărește să reglementeze o nouă situație generatoare de **conflict de interese**, anume aceea 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, precum și reglementarea, pe cale de consecință, a **excluderii** din procedura de atribuire a oricărui operator economic astfel organizat și care nu face dovada identității deținătorilor acțiunilor respective.

Propunerea legislativă se înscrie în categoria legilor ordinare, prima Cameră sesizată fiind Senatul, în conformitate cu prevederile art.75 alin.(1) din Constituție, republicată.

Menționăm faptul că prin avizul pe care îl emite, Consiliul Legislativ nu se poate pronunța asupra oportunității soluțiilor legislative preconizate.

2. Referitor la soluțiile preconizate prin prezenta propunere legislativă, apreciem că normele propuse sunt contrare soluțiilor juridice din actul juridic european pe care l-a transpus Legea nr.98/2016, și anume 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.

Menționăm că, potrivit art.57 alin.(4) lit.e) din Directivă amintită mai sus, excluderea este posibilă *“dacă un **conflict de interese** în sensul articolului 24 nu poate fi **remediat** efectiv prin **alte măsuri mai puțin intruzive**”*. Precizăm că, potrivit art.24, *“Conceptul de conflict de interese acoperă **cel puțin** orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante care sunt implicați în desfășurarea procedurii de achiziție sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea sau independența lor în contextul procedurii de achiziție”*.

Din textul propus la **pct.3** pentru **art.167 alin.(1¹)**, coroborat cu textul propus la **pct.1** pentru **art.53 alin.(2)**, rezultă că, în intenția inițiatorilor, o măsură în sensul dispoziției sus-menționate o constituie dovedirea identității deținătorilor acțiunilor respective.

Menționăm însă că, întrucât potrivit art.99 din Legea societăților nr.31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, dreptul de proprietate asupra acțiunilor la purtător se transmite prin simpla tradițiune a acestora, respectivul operator economic s-ar afla în imposibilitatea comunicării datelor de identificare a deținătorilor acțiunilor sau de a face dovada identității lor, întrucât nu le-ar putea cunoaște (potrivit art.93 alin.(3) din aceeași lege, doar acțiunile **nominative** cuprind mențiuni referitoare la nume, prenume, cod numeric personal, domiciliu - în cazul acționarului persoană fizică, respectiv denumire, sediu, număr de înmatriculare și cod unic de înregistrare - în cazul acționarului persoană juridică).

Mai menționăm că, în România, acțiunile la purtător sunt reglementate de art.91 și următoarele din Legea nr.31/1990, republicată, cu modificările ulterioare. Astfel, art.91 alin.(1) prevede că *„În societatea pe acțiuni, capitalul social este reprezentat prin acțiuni emise de societate, care, după modul de transmitere, pot fi nominative sau la purtător”*. Potrivit art.92 alin.(4), acțiunile nominative pot fi convertite în acțiuni la purtător și invers, prin hotărârea adunării generale extraordinare a acționarilor, luată în condițiile art.115, iar art.99 dispune că dreptul de proprietate asupra acțiunilor la purtător se transferă prin simpla tradițiune a acestora.

Prin urmare, operatorii economici pot emite, în condițiile legii, acțiuni la purtător, iar excluderea acestora din procedura de atribuire poate fi apreciată ca fiind discriminatorie, contravenind dispozițiilor art.49 din Legea nr.98/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”*.

De altfel, potrivit prevederilor art.2 alin.(2) lit.a) din lege, **nediscriminarea** este unul din principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Referitor la acest aspect, menționăm că, în textul propus la **pct.1** pentru **art.53 alin.(2)**, se invocă în mod eronat principiul transparenței și cel al tratamentului egal, soluțiile preconizate conducând tocmai la un tratament inegal, discriminatoriu, între societățile pe acțiuni al căror capital social este reprezentat prin acțiuni nominative și societățile pe acțiuni al căror capital social este reprezentat prin acțiuni la purtător.

Față de cele de mai sus, soluțiile preconizate nu se încadrează în ipoteza art.57 alin.(4) lit.e) din Directivă, articol transpus integral, potrivit mențiunii privind transpunerea normelor Uniunii Europene din finalul Legii nr.98/2016.

Reținând și **principiul fundamental al priorității dreptului european**, consacrat de-a lungul timpului de Curtea de Justiție Europeană de la Luxemburg, reiterat și de prevederile constituționale ale **art.148 alin.(2)**, propunerea legislativă nu poate fi promovată, eventuala adoptare a acesteia constituind o încălcare de către Parlament a prevederilor **art.148 alin.(4) din Constituția României, republicată**.

3. Propunerea legislativă are și o redactare defectuoasă. Astfel, textul propus la **pct.1** pentru **art.53 alin.(2)** face vorbire despre „*obligăția de a prezenta deținătorul/beneficiarul acțiunilor la purtător*”, or formularea corectă ar fi trebuit să fie „de a **comunica datele de identificare a deținătorilor** acțiunilor la purtător”. Menționăm că, în reglementarea Legii nr.31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, **unic poate fi doar asociatul**, într-o societate cu răspundere limitată, **nu și acționarul**; de aceea, nu se poate vorbi despre “deținător”, la singular. De asemenea, legea sus-menționată nu operează cu termenul “beneficiar” în legătură cu acțiunile.

Textul în discuție nici nu se corelează cu textul propus la **pct.3** pentru **art.167 alin.(1¹)**, referitor la excluderea din procedura de atribuire a oricărei societăți pe acțiuni cu capital social reprezentat prin acțiuni la purtător, „care nu face dovada deținătorului acțiunilor” (corect ar fi fost: „care nu face dovada **identității** deținătorilor acțiunilor”). Astfel, comunicarea datelor de identificare a deținătorilor acțiunilor la purtător nu este similară cu dovedirea identității acestora care, în cazul persoanelor fizice, se face cu actul de identitate (art.13 alin.(1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.97/2005 privind evidența, domiciliul, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români, cu modificările și completările ulterioare), iar în cazul persoanelor juridice, cu mențiunile înscrise în registrele de publicitate sau de evidență prevăzute de lege pentru persoana juridică respectivă (art.220 alin.(1) din Legea nr.287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare).

4. Față de forma prezentată, menționăm că intervențiile legislative propuse sunt deficitare și din punct de vedere al tehnicii legislative. Astfel:

a) deoarece intervențiile preconizate constau doar în **completarea** Legii nr.98/2016, acest aspect trebuie să reiasă din **partea introductivă a articolului unic**.

Pe cale de consecință, aceasta trebuia formulată astfel:

„Articol unic. - Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.390 din 23 mai 2016, cu modificările și completările ulterioare, se completează după cum urmează.”;

b) trebuia ca **pct.1-2** să conțină doar părțile dispozitive, urmate de textele propuse a fi nou introduse, a căror redactare să respecte uzanța normativă, astfel:

„1. După alineatul (1) al articolului 53, se introduce un nou alineat, alin.(2), cu următorul cuprins:”;

„2. La articolul 60 alineatul (1), după litera e) se introduce o nouă literă, lit.f), cu următorul cuprins:”;

c) la **pct.1**, referitor la textul propus pentru propus pentru **art.53 alin.(2)**, pentru un plus de precizie, era necesar ca, în locul termenului „operatorul” să fie folosită expresia „operatorul **economic**”;

d) la **pct.3**, analizând norma preconizată din punct de vedere al conexiunii cu dispozițiile alin.(1) al art.167, constatăm că aceasta se încadrează în aceeași ipoteză de excludere a operatorilor economici din procedura de atribuire.

Prin urmare, reglementarea de la alin.(1¹) ar fi putut să constituie conținutul unei litere distincte, în cadrul enumerării de la alin.(1), nu un alineat de sine stătător.

În această situație, dispoziția de completare de la pct.3 ar fi trebuit redată potrivit uzanțelor normative, după cum urmează:

„3. La articolul 167 alineatul (1), după litera i) se introduce o nouă literă, lit.j), cu următorul cuprins:”.

În continuare, textul lit.j) ar fi trebuit reformulat astfel încât să se poată integra firesc în cuprinsul alin.(1).


dr. Dragomir ILESCU

București

Nr. 895/18.10.2017

Lege privind achizițiile publice

- 1 promulgată prin D. nr. 514/2016 M. Of. nr. 390/23 mai 2016
Decret pentru promulgarea Legii privind achizițiile publice

- 2 completat prin O.U.G. nr. 80/2016 M. Of. nr. 939/22 nov. 2016 *introduce alin. (4) la art. 235*
Ordonanță de urgență pentru stabilirea unor măsuri în domeniul administrației publice centrale, pentru prorogarea termenului prevăzut la art. 136 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară și pentru modificarea și completarea unor acte normative
aprobată cu modificări prin L. nr. 80/2017 M. Of. nr. 313/2 mai 2017

- 3 modificări prin L. nr. 80/2017 M. Of. nr. 313/2 mai 2017 *aprobă cu modificări O.U.G. nr.80/2016 și modifică art. 235 alin.(4)*
Lege privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 80/2016 pentru stabilirea unor măsuri în domeniul administrației publice centrale, pentru prorogarea termenului prevăzut la art. 136 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară și pentru modificarea și completarea unor acte normative