

Efectele directivelor privind achizițiile publice și concesiunile în dreptul național¹

- *Sinteză a prezentării din cadrul Conferinței Internaționale „Reforma legislației europene și a achizițiilor publice – implicații legale și practice”*
- *București, 15 mai 2014 -*

I. Reglementări constituționale privind raportul dintre dreptul național și dreptul Uniunii Europene

Constituția României din 1991 nu a inclus, în mod firesc pentru contextul de atunci, dispoziții referitoare la raporturile statului cu Comunitățile Europene însă, pe măsură ce perspectiva aderării s-a conturat în mod cert, adăugarea unor dispoziții adecvate în cadrul legii fundamentale s-a impus.

Astfel, actualul art. 148 al Constituției, astfel cum a fost revizuită prin Legea nr. 429/2003, este dedicat „Integrării în Uniunea Europeană” și prevede în mod expres principiul priorității tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, a actelor de revizuire a acestora, precum și acelorlalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, în raport cu dispozițiile din legile interne: „*Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.*”

Garantarea aducerii la îndeplinire a obligațiilor ce revin statului român, în urma aderării, revine reprezentanților tuturor celor trei „puteri” – Parlamentul, Președintele, Guvernul și autoritatea judecătorească.

Desigur, fiecare dintre aceste autorități au la îndemână instrumente specifice pentru a asigura acest deziderat, pornind de la atribuțiile cu caracter normativ care revin forului legiuitor și Guvernului, cele privind reexaminarea și promulgarea legilor, care revin Președintelui, și terminând cu rolul de „prim judecător” european al judecătorilor naționali.

II. Problematika generală a obligativității directivelor și a efectelor pe care acestea le pot produce în dreptul intern

În contextul european și constituțional în care ne plasăm, câteva întrebări pot fi ridicate:

- ***Pot fi considerate dispozițiile unei directive netranspuse (sau netranspuse corespunzător) în dreptul național, ca fiind obligatorii și prevalente față de dispozițiile interne inclusiv din perspectiva instanțelor naționale?***

¹ *Certificare/Acknowledgment:*

Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/133255, proiect strategic ID 133255 (2014), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013/ This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/133255, Project ID 133255 (2014), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013).

- *Se poate vorbi despre un „efect direct” sau „indirect” al directivelor în dreptul național, respectiv conferă ele veritabile „drepturi” particularilor și impun obligații statului și/sau autorităților?*
- *Ce relevanță concretă ar avea, din perspectiva instanței naționale, o neconcordanță între normele unei directive și normele naționale, respectiv prin ce raționament procedural pot fi înlăturate normele naționale contrare.*

Potrivit art. 288 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene (TFUE), *„Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența privind forma și mijloacele”*.

Cu privire la chestiunea caracterului obligatoriu al directivei și aplicabilitatea sa în statele membre, respectiv gradul în care ea poate genera „efecte directe” (drepturi și obligații) pentru resortisanții acestor state, respectiv pentru autoritățile publice și/sau instanțele naționale, reamintim faptul că, principial, astfel de acte au ca destinatari direcți (în sensul în care impune obligații) numai statele membre, nu și resortisanții.

Elementul cert obligatoriu al acestor acte este scopul (obiectivul) pe care directiva în cauză îl impune statelor membre, lăsând la aprecierea acestora să aleagă instrumentele juridice cele mai potrivite, în conformitate cu sistemul propriu de drept, pentru a transpunere.

Este adevărat că gradul de „generalitate” al directivelor este diferit, în funcție de caracterul lor mai mult sau mai puțin „tehnic”, fiind de observat și tendința la nivelul Uniunii Europene de a se adopta acte din ce în ce mai detaliate și mai precise.

Necesitatea transunerii directivelor în dreptul intern al statelor membre justifică și concepția tradițională, în sensul în care ele nu au „aplicabilitate directă” în dreptul intern al unui stat membru, întrucât necesită o „transpunere” prin acte normative interne, deci nu ar putea avea nici „efecte directe” care să poată fi invocate chiar de către resortisanți, în litigiile dintre ei, în cadrul raporturilor juridice în care se angrenează împreună cu autoritățile publice (sau contra acestora), ori chiar în fața instanțelor naționale.

O serie de soluții ale Curții de Justiție de la Luxemburg conduc spre soluții destul de nuanțate (uneori controversate) în ceea ce privește efectele directivelor.

În esență, pot fi identificate câteva orientări majore în jurisprudența acestei instanțe:

- *Admitere, în principiu, a unui „efect direct”, din perspectiva dreptului persoanelor private de a invoca dispozițiile suficient de clare și precise ale unei directive, care impuneau anumite obligații statului, în fața instanțelor naționale (e.g. cauza „Van Duyn”, din 1974, sau „Ratti”, din 1979);*
- *Admiterea unui „efectul direct vertical”, adică posibilitatea invocării dispozițiilor unei directive numai împotriva statului (e.g. cauza „Marshall”, din 1986) sau chiar împotriva organelor statale ori controlate de stat (e.g. cauza „Constanzo”, din 1989; cauza „Foster”, din 1990), nu și a unui „efect direct orizontal”, adică posibilitatea invocării dispozițiilor unei directive împotriva unui particular, în cadrul unui raport litigios, cu consecințe în ceea ce privește drepturile/obligațiile acestuia;*
- *Admiterea unui „efect indirect” – principiul interpretării armonioase (obligația instanțelor de interpretare a dreptului național în conformitate cu directivele, după ce termenul limită de transpunere a expirat – e.g. cauzele „Von Colson”, din 1984, „Marleasing”, din 1990);*

- **Admiterea unui „efect orizontal incidental”** – concretizat printr-un efect de „excludere” (inopozabilitatea), chiar în litigiile dintre particulari, a aplicabilității unor norme interne care nu sunt conforme cu dispozițiile necondiționate și suficient de precise ale unei directive (e.g. cauza „CIA Security International SA”, din 1996).

Trebuie amintite, în acest sens, unele dintre hotărârile de referință ale Curții de la Luxemburg² prin care s-au analizat o serie de întrebări preliminare:

În *cauza „Yvonne Van Duyn (vs Home Office)”* (C 41/74), soluționată prin Hotărârea din 4 decembrie 1974, Curtea a fost solicitată să se pronunțe dacă o anumită directivă (*Directiva nr. 64/121/CE din 25 februarie 1964 privind coordonarea măsurilor speciale referitoare la deplasarea*) este aptă să confere particularilor drepturi pe care aceștia să le poată invoca în fața instanțelor naționale din statele membre.

Fără a intra pe fondul dispozițiilor analizate de Curte, reținem concluzia că *există un efect direct al directivelor, pornind de la faptul că ele sunt, totuși, obligatorii și vor fi aplicate mai eficient dacă particularii vor putea să invoce în fața justiției naționale dispozițiile acestora*. La acest argument se adăuga și modul de redactare a art. 177 din Tratatul instituind CEE (Comunitatea Economică Europeană), în sensul de a permite instanțelor naționale de a formula întrebări preliminare și cu privire la directive, ceea ce presupunea că reglementările cuprinse în acestea puteau fi invocate la respectivele instanțe și de către resortisanți.

În *cauza „(Ministerul Public vs) Tullio Ratti”* (C 148/78), soldată cu Hotărârea CJCE din 5 aprilie 1979, s-a pus din nou în discuție problema „efectului direct” al directivelor (erau în discuție *Directiva 73/173/CEE din 4 iunie 1973 privind clasificarea, ambalarea și etichetarea preparatelor periculoase (solvenți)* și *Directiva 77/728/CEE din 7 noiembrie 1977 privind clasificarea, ambalarea și etichetarea vopselelor, lacurilor, cernelurilor tipografice, adezivilor și produselor similare*).

În speță, instanța italiană a ridicat problema netranspunerii acestor directive în dreptul administrativ și penal italian, conform termenul obligatoriu stabilit în cuprinsul lor.

Această carență ducea la consecințe enorme în ceea ce privește condamnarea sau nu a unor particulari pentru încălcarea legii penale italiene, lege care, însă, ar fi trebuit să sufere unele modificări (dezincriminarea unor fapte) tocmai prin transpunerea directivelor menționate.

CJCE a stabilit că excluderea *de plano* a posibilității ca persoanele vizate (afectate de unele norme naționale) să poată invoca obligațiile pe care o directivă le generează ar fi incompatibilă cu efectul obligatoriu al acestui act, iar eficiența măsurilor pe care instituțiile comunitare au dorit să le impună statelor membre ar fi știrbită, din moment ce particularii nu ar putea să invoce această carență în fața instanțelor, iar aceste instanțe, mai departe, nu ar putea să ia în calcul directiva, ca o componentă a dreptului comunitar.

Concluzia CJCE, expusă ferm în această cauză, a fost de a statua *obligația instanței naționale în fața căreia un justițiabil invocă dispozițiile unei directive (față de care el s-a conformat) pe care statul în cauză nu a introdus-o, în mod culpabil, în ordinea sa juridică, de a soluționa solicitarea justițiabilului și de a înlătura aplicabilitatea dispozițiilor contrare din dreptul intern* (evident, sub condiția ca obligația în cauză, ignorată de statul membru, să fie necondițională și suficient de clară).

Cu alte cuvinte, în cazul unei contradicții certe între dreptul național și dispozițiile (obiectivele, scopurile) unei Directive, judecătorul național are obligația să aplice cu prioritate dispozițiile Directivei, chiar dacă aceasta nu a fost transpusă în termenul-limită.

² Facem precizarea că toate aceste hotărâri se regăsesc pe site-ul oficial al Curții de Justiție de la Luxemburg (<http://curia.europa.eu>). Pentru redactarea prezentului material, au fost consultate variantele în limba engleză.

Într-o a treia cauză – „*M.H. Marshall (vs Southampton and South West Hampshire Area Health Authorities)*” (C-271/91), întrebarea preliminară a vizat interpretarea Directivei 76/207/CEE a Consiliului din 9 februarie 1976, privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în ceea ce privește accesul la încadrarea în muncă, la formarea și la promovarea profesională, precum și condițiile de muncă.

Prin Hotărârea din 26 februarie 1986, CJCE a reținut că persoanele de drept privat au dreptul să invoce dispozițiile unei directive (necondiționale și suficient de precise) împotriva autorităților statale, atât în situația în care acestea nu au fost transpuse deloc, cât și în situația în care nu au fost transpuse corect.

De asemenea, Curtea a mai arătat, în aplicarea principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, că *statul membru care nu a luat măsurile necesare de aplicare a unei directive nu poate opune particularilor propria neîndeplinire a obligațiilor ce îi revineau.*

În cauza „*Fratelli Constanzo (vs Comune di Milano)*” (C-103/88), soldată cu Hotărârea din 22 iunie 1989, CJCE a fost întrebată dacă o autoritate regională din Italia avea obligația să se conformeze unei directive privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică (Directiva 71/305 a Consiliului din 26 iulie 1971), în condițiile în care legislația națională conținea prevederi contrare.

Răspunsul CJCE a fost că *o prevederile unei directive sunt apte să generează obligații pentru toate autoritățile statului, motiv pentru care particularii le pot invoca în fața instanțelor naționale.* Mai mult, a precizat Curtea, din moment ce prevederile unei directive pot fi invocate în fața judecătorului național, pentru a demonstra conduita culpabilă, din perspectiva dreptului comunitar, a unei anumite autorități, *este de la sine înțeles că și autoritățile respective au obligația să se conformeze directivei, înlăturând de la aplicare dispozițiile incompatibile din dreptul intern.*

De asemenea, prin alte două hotărâri – Hotărârea din 13 noiembrie 1990, cauza „*Sabine Von Colson și Elisabeth Kamann vs Land Nordrhein-Westfalen*” (C-14/83), respectiv Hotărârea din 13 noiembrie 1990, cauza „*Marleasing SA vs La Comercial Internacional de Alimentacion SA*” (C-106/89), CJCE a mai venit cu o completare la jurisprudența sa anterioară în materia obligativității și a efectelor produse de directive, *precizând că instanțele naționale sunt obligate să interpreteze dreptul intern în spiritul dispozițiilor acestora și prin raportare la finalitatea avută în vedere de ele.*

O astfel de interpretare „conformă” se impune indiferent dacă directiva a fost implementată sau nu în dreptul național, chiar și în cazul în care norma internă este anterioară directivei sau fără o legătură organică cu aceasta.

În fine, analizând jurisprudența din prezent a CJUE, **remarcăm o predilecție pentru adoptarea principiului interpretării armonioase care, însă, nu ar presupune o interpretare contrară dreptului național**, acest lucru fiind demonstrat chiar de recenta **Hotărâre din 30 aprilie 2014** privind modul de interpretare a dispozițiilor Directivei 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii (cauza C-26/13 - „*Kasler*” c. OTP).

Cităm, pentru edificare, unul dintre argumentele Curții:

„În această privință, este necesar să se amintească faptul că o instanță națională sesizată cu un litigiu care se poartă exclusiv între particulari este obligată, atunci când aplică dispoziții de drept intern, să ia în considerare totalitatea normelor dreptului național și să le interpreteze, în măsura posibilului, în lumina textului, precum și a finalității directivei aplicabile în materie, în vederea identificării unei soluții conforme cu obiectivul urmărit de aceasta (...).

În acest context, Curtea a precizat, de asemenea că acest principiu al interpretării conforme a dreptului național are anumite limite. Astfel, obligația instanței naționale de a se referi la conținutul unei directive atunci când interpretează și aplică normele relevante ale dreptului

intern este limitată de principiile generale ale dreptului și o asemenea obligație nu poate fi utilizată ca temei pentru o interpretare contra legem a dreptului național”.

III. Elemente de noutate aduse prin Directivele 2014/24/UE și 2014/23/UE în raport cu Directiva 2004/18/2004

Formal, noua abordare la nivel unional reprezintă un pas înainte în reglementarea contractelor de achiziții publice și concesiuni:

- *Regăsim două reglementări distincte și detaliate pentru fiecare categorie de contract în parte: una pentru achiziții, una pentru concesiuni;*
- *Sunt furnizate definiții mai clare pentru contractele de concesiune;*
- *Directiva 23 acoperă atât concesiunile de lucrări (reglementate și în Directiva 2004/18/CE), cât și concesiunile de servicii, conferind o reglementare unitară.*
- *Noile reglementări vin să implementeze obiectivele prevăzute în Comunicarea Comisiei din 3 martie 2010 – Strategia „Europa 2020” pentru o creștere inteligentă, ecologică și favorabilă incluziunii, cu consecința accentuării cerințelor de mediu, sociale și de calitate în materia achizițiilor publice și a concesiunilor, inclusiv sub aspectul elementului de inovare.*

III.1. Sinteza noilor reglementări europene în materia achizițiilor publice (Directiva 2014/24/UE):

- *Împărțirea „autorităților contractante” în funcție de nivelul la care activează: autorități guvernamentale centrale (enumerare în Anexa I) și autorități regionale sau locale (cele care nu sunt centrale), cu consecințe în materia regulilor aplicabile în procedura de achiziții publice;*
- *Completarea noțiunii de „operator economic”, cu includerea „asocierilor temporare de întreprinderi”;*
- *Preluarea „pragurilor” stabilite prin Regulamentul nr. 1336/2013 al Comisiei, în funcție de care este aplicabilă sau nu Directiva 24:*
 - *5.186.000 euro pentru achizițiile publice de lucrări*
 - *134.000 euro pentru*
 - *achizițiile publice de produse/servicii și concursurile de proiecte atribuite/organizate de autoritățile guvernamentale*
 - *achizițiile de produse prevăzute în Anexa III, atribuite de autoritățile guvernamentale cu activități în domeniul apărării*
 - *207.000 euro pentru*
 - *Achizițiile de produse/servicii și concursurile de proiecte atribuite/organizate de autoritățile regionale/locale*
 - *achizițiile de produse care nu sunt prevăzute în Anexa III, atribuite de autoritățile guvernamentale cu activități în domeniul apărării*

- **750.000 euro** pentru achizițiile de servicii sociale și alte servicii specifice prevăzute la Anexa XIV
- **Completarea principiilor aplicabile achizițiilor: tratament egal, fără discriminări, acțiuni transparente și proporționale.**
- **Stabilirea sarcinii esențiale a statelor membre, în contextul implementării strategiei „Europa 2020”, de a lua măsuri adecvate pentru a-și îndeplini obligațiile prevăzute de dreptul UE sau dreptul național în domeniul mediului, social, și al muncii, în procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (art. 18 alin. 2 al Directivei 24).**
- **Eliminarea împărțirii serviciilor în cadrul a două anexe (actualmente Anexa 2A și 2B ale Directivei 18) și tratarea lor unitară, cu unele amendamente:**
 - Unele servicii din Anexa 2B ale Directivei 18 sunt excluse total de sub incidența Directivei 24;
 - Alte servicii (cele sociale și altele specifice) vor beneficia de praguri valorice superioare – 750.000 euro
- **Reformularea dispozițiilor privind „contractele rezervate”:**
 - Sunt incluși și operatorii economici care au ca scop principal integrarea socială și profesională a persoanelor cu dizabilități;
 - Se schimbă procentul de includere a lucrătorilor cu dizabilități/defavorizați în cadrul operatorilor/programelor de angajare protejată de la 50% la 30%.
- **Modificarea procedurilor de atribuire:**
 - Procedura de negociere cu publicarea unui anunț de participare se transformă în „procedură competitivă de negociere”;
 - **Apariția unei noi proceduri, în spiritul strategiei Europa 202: „Parteneriatul pentru inovare”**, având ca scop dezvoltarea unui produs/serviciu/lucrări inovatoare, precum și achiziția ulterioară a acestora.
 - În cazul „dialogului competitiv”: prezentarea mai clară a criteriilor în funcție de care se va alege „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” (sau „cel mai bun raport preț/calitate, conform art. 30 alin. 1), cu accentuarea modului de cuantificare a „costurilor pe ciclu de viață”.
 - Posibilitatea atribuirii contractelor „pe loturi”, inclusiv condițiile de limitare a numărului de loturi care pot fi atribuite unui singur ofertant (art. 46 alin. 2)
- **Termenele limită minimale pentru depunerea cererilor de participare și a ofertelor sunt mai scurte decât cele din Directiva 18.**
- **Obligația statelor membre de a asigura efectuarea tuturor comunicărilor/informărilor prin mijloace electronice de comunicare, cu unele excepții: natura specială a achiziției; probleme tehnice privind formatele fișierelor care conțin descrierea ofertelor; utilizarea mijloacelor electronice de comunicare ar necesita echipamente de birou specializate care nu sunt disponibile în general pentru autoritățile contractante; documentele achiziției necesită prezentarea unor modele fizice/reduse la scară care nu pot fi transmise prin mijloace electronice.**

- **Modificarea unor reguli de publicitate:**
 - Reglementarea situațiilor în care pot fi utilizate „**anunțurile de intenție**” ca o invitație la procedurile concurențiale de ofertare, și nu „anunțurile de participare”: este **cazul autorităților regionale sau locale** care doresc să apeleze la procedurile restrânse sau la procedurile competitive cu negociere (art. 26 alin. 5 coroborat cu art. 48 alin. 2)
 - Este reglementat strict și conținutul „anunțului de intenție”, efectele sale, perioada acoperită de acesta (maxim 12 luni, cu excepția anunțurilor privind serviciile sociale și cele specifice de la Anexa XIV)

- **Introducerea „Documentului european de achiziție unic” (DEAU), în forma unei declarații pe propria răspundere (formularul standard va fi elaborat de Comisie) care va simplifica sarcina operatorilor economici de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare (art. 59);**

- **Înființarea Arhivei de certificare online (e-Certis), care va conține informații actualizate de statele membre privind certificatele și alte forme de documente justificative.**

- **În materia criteriilor de atribuire a contractelor de achiziții publice:**
 - **Regula este criteriul „ofertei cele mai avantajoase din punct de vedere economic”** care trebuie identificată printr-o abordare bazată pe rentabilitate, în funcție de **preț sau costurile pe ciclu de viață**;
 - Selectarea ofertei mai avantajoase poate include **cel mai bun raport „preț-calitate”** și se va raporta la criteriile legate de **aspectele calitative, de mediu sau sociale** (art. 67 alin. 2);
 - Este detaliată modalitatea de calcul a „costurilor pe ciclu de viață”;
 - Se accentuează faptul că autoritățile contractante nu au o libertate de selecție nelimitată, ci trebuie să aibă în vedere asigurarea unei „**concurențe reale**” (art. 67 alin. 4), inclusiv prin modul de stabilire a criteriilor concrete de atribuire;
 - Ponderea relativă a criteriilor de atribuire, pentru stabilirea celei mai avantajoase oferte, trebuie expusă în documentația achiziției.

 - **O problemă aparte este legată de criteriul „experienței anterioare” a ofertantului, care nu ar trebui considerat, potrivit jurisprudenței CJUE (a se vedea Decizia din 24 ianuarie 2008 - cauza „Lianakis”) un criteriu de atribuire, ci unul de evaluare a capacității ofertanților:**
 - Potrivit art. 67 alin. 2 al Directivei 24, la stabilirea ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic se va putea utiliza pentru evaluarea ofertei (deci cu titlul de „criteriu de atribuire”) și experiența personalului desemnat să execute contractul, în cazul în care „calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului de executare a contractului”;

- **Reglementarea cazurilor în care se pot modifica contractele (art. 72):**
 - Inserarea „clauzelor/opțiunilor de revizuire”, inclusiv cu privire la revizuirea prețurilor sau înlocuirea contractantului inițial;

- *Precizarea limitativă a situațiilor în care condițiile de executare a contractului se pot modifica, fără o nouă procedură de achiziție (elementul cheie fiind inexistența unei „modificări substanțiale”):*
 - *Modificările au fost prevăzute din start, prin clauzele/opțiunile de revizuire;*
 - *Pentru prestațiile suplimentare ale contractantului inițial (sub rezerva menținerii creșterii prețului achizițiilor suplimentare sub 50% din valoarea inițială), necesare întrucât schimbarea sa nu poate fi realizată din motive tehnice/economice sau ar cauza autorității inconveniente substanțiale sau creșterea semnificativă a costurilor;*
 - *Intervenția unor circumstanțe de neprevăzut de către autoritatea contractantă, care impun modificări care nu aduc atingere caracterului general al contractului și nici nu determină o creștere a prețului inițial cu mai mult de 50%;*
 - *Înlocuirea contractantului inițial, în câteva ipoteze restrictive (clauze/opțiuni de revizuire, succesiune în drepturi/preluare/fuziune/comasare ș.a., asumarea unor obligații ale contractantului chiar de către autoritatea contractantă)*
- *Definirea „modificărilor substanțiale” care duc la organizarea unei noi proceduri de achiziție publică, inclusiv prin stabilirea unor „praguri”;*
- ***Precizarea cazurilor în care contractul poate înceta înainte de expirarea perioadei de valabilitate (modificări substanțiale intervenite; situația în care contractantul ar fi trebuit exclus; pronunțarea unei decizii a CJUE care atestă atribuirea ilegală a contractului, în cadrul procedurii de „infringement” prevăzută la art. 258 din TFUE).***
- Reglementarea obligațiilor statelor membre privind **monitorizarea procedurilor** de atribuire a contractelor de achiziții publice și comunicarea unor rapoarte periodice către Comisia Europeană.

Termenul de transpunere al Directivei 24 este 18 aprilie 2016, cu unele excepții:

- ***Aplicarea art. 22 alin. 1 (efectuarea comunicărilor și informărilor prin mijloace electronice) poate fi amânată de statele membre până la 18 octombrie 2018, cu excepția cazurilor când această procedură este prevăzută pentru: sistemele dinamice de achiziții (art. 34), licitațiile electronice (art. 35), utilizarea cataloagelor electronice (art. 36), efectuarea de achiziții de către organismele centrale de achiziție (art. 37 alin. 2), transmiterea anunțurilor către Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene (art. 51 alin. 2), disponibilitatea în format electronic a documentelor achiziției (art. 53).***
- ***Totuși, chiar și pentru achizițiile efectuate de organismele centrale de achiziție, statele membre pot amâna aplicarea art. 22 alin. 1 până la data de 18 aprilie 2017.***

III.2. Noile reglementări europene în materia concesiunilor de lucrări și servicii (Directiva 2014/23/UE)

- În primul rând, ***remarcăm „autonomizarea” concesiunilor față de achiziții***, respectiv adoptarea unei directive distincte pentru ele;
- ***Directiva 23/2014 va fi aplicabilă și pentru concesiunile de servicii***, în limita pragului stabilit;

- Contractele de concesiune de lucrări publice/servicii **sunt definite** în mod corespunzător (art. 5 pct. 1), prin raportare la două criterii de bază:
 - o **Contraprestația oferită concesionarului: fie exclusiv dreptul de exploatare a lucrărilor/serviciilor, fie acest drept însoțit de o plată;**
 - o **Transferul „real” către concesionar a riscurilor concesiunii – „riscul de operare”, care cuprinde „riscul de cerere”, „riscul de ofertă” sau ambele;**
- **Consacrarea principiilor de bază ale atribuirii concesiunilor:** egalitatea de tratament, nediscriminarea și transparența;
- Ca și în cazul achizițiilor publice, pornind de la Strategia „Europa 2020”, *se impune statelor membre să ia măsuri adecvate pentru respectarea, în executarea contractelor de concesiune, a obligațiilor stabilite de legislația europeană/națională de mediu, socială sau de muncă (art. 30 alin. 3);*
- **Definirea „operatorului economic”** prin includerea atât a persoanelor fizice/juridice, a entităților publice, a grupurilor de astfel de subiecte, cât și a asociațiilor temporare de întreprinderi;
- **Stabilirea unui prag ridicat de aplicabilitate a Directivei (ca și la achizițiile de lucrări): 5.186.000 euro**, respectiv eliminarea din sfera directivei a serviciilor de interes general fără caracter economic (art. 4 alin. 2);
- Stabilirea unui *regim mai flexibil pentru atribuirea concesiunilor de servicii sociale și alte servicii specifice (Anexa IV a Directivei 23);*
- Reglementarea regimului „**concesiunilor rezervate**” (art. 24), în acord cu Strategia „Europa 2020”, *pentru atelierele protejate sau pentru operatorii care au ca scop principal integrarea socială/profesională a persoanelor cu handicap/defavorizate, respectiv au în procent de cel puțin 30% angajați din categoriile menționate;*
- Diferențierea „**autorităților contractante**” (autorități publice, organisme de drept public sau asocieri ale acestora care *nu realizează activități din Anexa II a Directivei 23* – sunt cele care țin de actualele „contracte sectoriale”, prezente și în OUG nr. 34/2006, încheiate în domeniile gazelor/energiei termice, energiei electrice, exploatarea rețelei de transport feroviar/tramvai/troleibuz/autobuz, exploatarea zonelor geografice în vederea punerii la dispoziția transportatorilor de aeroporturi/porturi maritime sau fluviale/alte terminale, furnizarea serviciilor poștale și de curierat, exploatarea unor zone geografice pentru extracția de petrol/gaze/cărbune și alți combustibili) **de „entitățile contractante”** (autoritățile de stat/regionale/locale, organismele de drept public sau asociațiile acestora care *realizează activitățile prevăzute în Anexa II).*
- **Stabilirea duratei limitate a concesiunilor:**
 - o *Pentru concesiunile care depășesc 5 ani, se cere ca durata să fie stabilită astfel încât să nu depășească termenul necesar pentru recuperarea investițiilor și pentru a obține o „rentabilitate” a capitalului investit;*
- **Sub aspectul publicității:**
 - o *Este înlocuit „anunțul de participare” cu „anunțul de concesiunare”;*
 - o *Stabilirea cazurilor în care este obligatorie utilizarea mijloacelor electronice în cadrul procedurii de concesiunare:*

- *transmiterea către Oficiul de Publicații al Uniunii Europene a anunțurilor de concesiune/atribuire/anunțurile de modificare a concesiunii fără o nouă procedură de concesiune (art. 33 alin. 2);*
 - *disponibilitatea documentelor concesiunii prin mijloace electronice (art. 34);*
- **Instituirea unor „garanții procedurale”** de selectare a operatorilor economici și de evaluare a ofertelor :
 - *Cerințele tehnice și funcționale* ale lucrărilor/serviciilor solicitate sunt prezentate în mod extensiv, prin sublinierea aspectelor privind nivelul calității, protecția mediului, proiectarea pentru toți utilizatorii (inclusiv persoane cu handicap), performanță, siguranță ș.a.;
 - *Reglementarea mai complexă a condițiilor generale privind capacitatea tehnică/profesională respectiv situația financiară/economică*, cu posibilitatea impunerii răspunderii solidare a entităților care sprijină operatorul economic, prin punerea la dispoziție a propriilor capacități (art. 38);
 - **Precizarea clară a cazurilor care duc sau pot duce la excluderea unui operator** economic din cadrul procedurii, precum și a modalităților de „disculpăre” acceptate de autoritățile contractante.
- **Instituirea unor termene minime scurte de prezentare a candidaturilor** (inclusiv cele care conțin și oferta propriu-zisă);
- **Criteriile de atribuire:**
 - *Nu se conferă autorității/entității contractante o „libertate de alegere nelimitată” (similar ca în cazul achizițiilor publice);*
 - *Evaluarea se va baza pe criterii obiective, raportate la principiile care guvernează atribuirea concesiunilor;*
 - *Trebuie să garanteze evaluarea ofertelor în condiții de concurență efectivă;*
 - *Trebuie să ducă la identificarea unui avantaj economic general pentru autoritatea/entitatea contractantă;*
 - *Trebuie să aibă legătură cu obiectul concesiunii;*
 - *Cu titlu orientativ (dar rezultând că sunt printre cele mai importante) se enunță criteriile de mediu, sociale sau referitoare la inovare.*
- **Modificarea contractelor de concesiune** (art. 41):
 - *În esență, sunt aceleași ipoteze și condiții ca și în cazul modificării contractelor de achiziție publică: regula este că în cazul modificărilor substanțiale trebuie organizată o nouă procedură.*
- **Încetarea contractelor de concesiune înainte de termen** (art. 44):
 - *Vom regăsi aceleași condiții ca și la achiziții:*
 - *Modificările substanțiale ale contractului, care duc la o nouă procedură;*
 - *Situația concesionarului, care ar fi trebuit exclus;*
 - *Constatarea de către CJUE, în cadrul procedurii de „infringement” (art. 258 din TFUE), a încălcării grave a obligațiilor ce revineau statului-membru, în procedura de atribuire a concesiunii.*

- Reglementarea obligațiilor statelor membre privind **monitorizarea procedurilor** de atribuire a contractelor de concesiune și comunicarea unor rapoarte periodice către Comisia Europeană.

±

Termenul-limită de transpunere a Directivei 2014/23/UE este 18 aprilie 2016.

IV. Unele consecințe ale adoptării noilor directive, la nivel național

(i.) În ceea ce privește statul român și autoritățile publice:

- *Transpunerea în termen a directivelor, până la data de 18 aprilie 2016 (cu excepțiile prevăzute în materia achizițiilor publice)*
 - *În cazul neîndeplinirii acestei obligații, se poate aduce în discuție problema invocării directe a dispozițiilor acestor directive, în litigiile create prin aplicarea normelor naționale neadaptate corespunzător (a se vedea, în acest sens, orientările jurisprudențiale ale CJUE, menționate anterior).*
- *În materia achizițiilor:*
 - *Fie abrogarea OUG nr. 34/2006 (care a transpus vechile directive în materie), a normelor sale de aplicare (HG nr. 925/2006) și adoptarea unor reglementări noi – lege (sau ordonanță a Guvernului), respectiv acte administrative (pentru normele de aplicare);*
 - *Fie modificarea corespunzătoare a OUG nr. 34/2006 și a Normelor sale de aplicare;*
- *Adoptarea unei reglementări distincte, cu forță de lege, pentru reglementarea concesiunilor de lucrări și servicii, cu consecința abrogării dispozițiilor din OUG nr. 34/2006 și a HG nr. 71/2007;*
- *Ca măsuri concrete și necesare, de natură administrativă, putem indica:*
 - *Orientarea procedurilor de achiziție și de concesiune către proiectele conforme cu Strategia „Europa 2020”, în special cele care aduc elemente inovatoare, rod al cercetării științifice;*
 - *Încurajarea proiectelor care au efecte sociale sporite, în special în materia incluziunii persoanelor cu handicap sau defavorizate;*
 - *Pregătirea administrativă corespunzătoare (intituțională și logistică) pentru implementarea dispozițiilor privind „Documentul european de achiziție unic” (DEAU) și actualizarea viitoarei Arhive „e-Certis”.*

(ii.) În ceea ce privește operatorii economici:

- *Necesitatea adaptării la noile criterii de bază care vor sta la baza declanșării, evaluării și atribuirii contractelor de achiziții sau concesiune, în special aspectele de mediu și proiectele inovatoare;*
- *Creșterea gradului de profesionalizare a angajaților/colaboratorilor operatorilor economici;*
- *Implicarea mai accentuată în proiectele sociale, și de cercetare științifică, inclusiv prin încheierea unor parteneriate între operatorii privați și diversele institute de cercetare, universități (în special cele care activează în domeniile tehnice, industriale);*

- *Promovarea unor proiecte în domeniile în care s-a dovedit că România excelează (cel puțin până la un punct): industria de IT este un exemplu în acest sens;*
- *Promovarea unor parteneriate cu operatorii din alte state, cu experiență bogată în noile domenii promovate de Strategia „Europa 2020”;*
- *Reducerea costurilor și creșterea eficienței în propria activitate, prin raportare la noile criterii de verificare a capacității tehnice/profesionale sau a situației financiare;*
- *Dezvoltarea investițiilor în proiecte de mediu (care sunt „favorizate” de noile directive”.*

Transpunerea noilor reglementări europene trebuie să țină cont și de unele repere juridice:

1. *Intenția legiuitorului român de a aduce unele reforme substanțiale în materia organizării administrației publice locale, prin introducerea unei noi specii de unitare administrativ-teritorială: „regiunea”, ceea ce presupune:*
 - **Modificarea Constituției României și a legilor organice subsecvente** (în special Legea nr. 215/2001);
 - **Apariția unor noi autorități publice la nivelul regiunilor, față de cele deja existente;**

Ca atare, se impune ca în dreptul național, eventual afectat de o revizuire de acest gen al Constituției, să se reglementeze clar și problemele legate de organizarea, coordonarea și, mai ales, finanțarea achizițiilor publice și a concesiunilor care vor prezenta interes pentru autoritățile de la nivelul regiunilor.

2. *Obligația Parlamentului și/sau a Guvernului de a nu adopta acte normative, până la transpunerea efectivă a Directivelor 23, 24 și 25 din 2014, care să vină în conflict cu obiectivele generale sau chiar cu unele dispoziții imperative și clare ale acestora.*
3. *Obligația guvernanților de a analiza sintetic soluțiile normative pe care le-au promovat până acum în materia achizițiilor și concesiunilor, inclusiv în materie instituțională, pentru a promova pe viitor doar acele variante care s-au dovedit eficace și care vor putea contribui la implementarea obiectivelor Strategiei „Europa 2020”, pe care se întemeiază și noul pachet normativ european.*
4. *Favorizarea acelei soluții de transpunere a directivelor, la nivel formal, care să asigure în dreptul intern o cât mai mare stabilitate și forță juridică noilor reglementări: ca atare, ar fi de preferat să fie lăsată în sarcina Parlamentului această sarcină, Guvernul urmând doar să vină cu proiectele de lege corespunzătoare.*

Varianta transunerii prin *ordonanțe de urgență* nu este exclusă, doar că se poate dovedi mai „fragilă”, în condițiile în care circumstanțele în care se poate adopta un astfel de act sunt interpretate destul de restrictiv de Curtea Constituțională, inclusiv în ceea ce privește condiția dovedirii „urgenței” (și aici avem în vedere faptul că directivele în discuție prevăd un termen de transpunere de 2 ani).
