

Dreptul achizițiilor publice

Volumul 1

Contractul de achiziție publică

Regimul juridic aplicabil atribuirii contractului

Ediția a III-a, revăzută și adăugită

Universul Juridic

București

-2022-

TITLUL I. CONSIDERAȚII GENERALE DESPRE ACHIZIȚIILE PUBLICE	13
---	----

CAPITOLUL I. EVOLUȚIA REGULILOR PRIVIND ACHIZIȚIILE PUBLICE	13
--	----

<i>Secțiunea 1. Rolul achizițiilor publice</i>	13
--	----

<i>Secțiunea a 2-a. Necesitatea adoptării în anul 2014 a unei noi directive clasice privind achizițiile publice</i>	20
---	----

<i>Secțiunea a 3-a. Proceduri prealabile adoptării noilor directive în domeniul achizițiilor publice și concesiunilor</i>	23
---	----

<i>Secțiunea a 4-a. Adoptarea Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și a Directivei 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind atribuirea contractelor de concesiune</i>	25
--	----

<i>Secțiunea a 5-a. Principalele obiective ale Directivei privind concesiunile</i>	27
--	----

<i>Secțiunea a 6-a. Transpunerea Directivei clasice privind achizițiile publice</i>	30
---	----

CAPITOLUL II. PRINCIPALELE MODIFICĂRI ADUSE DE NOUA DIRECTIVĂ CLASICĂ PRIVIND ACHIZIȚIILE PUBLICE	37
--	----

<i>Secțiunea 1. Premisele reformei legislative din anul 2014</i>	37
--	----

<i>Secțiunea a 2-a. Creșterea eficienței cheltuielilor publice</i>	38
--	----

1. Simplificarea și flexibilizarea normelor care reglementează achizițiile publice	38
---	----

2. Raționalizarea și eficientizarea procedurilor	47
--	----

TITLUL II. CONTRACTUL DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	54
---	----

CAPITOLUL I. CARACTERISTICILE CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	54
--	----

<i>Secțiunea 1. Noțiunea, caracterele juridice și părțile contractului de achiziție publică în temeiul dispozițiilor dreptului Uniunii Europene</i>	54
---	----

1. Definiția contractului de achiziție publică	54
--	----

2. Caracterele juridice ale contractului de achiziție publică	56
---	----

3. Părțile contractului de achiziție publică	59
--	----

<i>Secțiunea a 2-a. Definiția contractului de achiziție publică în legea română a achizițiilor publice. Incidența regulilor referitoare la contractul administrativ</i>	62
---	----

1. Definiția contractului de achiziție publică în temeiul Legii nr. 98/2016	62
---	----

2. Incidența regulilor referitoare la contractul administrativ	63
--	----

CAPITOLUL II. TIPURI DE CONTRACTE DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	74
<i>Secțiunea 1. Categoriile de contracte de achiziție publică reglementate de directiva clasică</i>	74
1. Clasificarea contractelor de achiziție publică după obiect.....	74
1.1. Contractul de achiziție publică de produse	75
1.2. Contractul de achiziție publică de lucrări	77
1.3. Contractul de achiziție publică de servicii.....	81
2. Achizițiile publice mixte de produse, servicii și/sau lucrări reglementate de directiva clasică.....	82
2.1. Achiziții mixte de produse și servicii	83
2.2. Achiziții mixte de produse, servicii și lucrări.....	86
2.3. Achiziții mixte de servicii și lucrări.....	87
<i>Secțiunea a 2-a. Categoriile de contracte de achiziție publică reglementate de Legea nr. 98/2016</i>	88
1. Clasificarea contractelor de achiziție publică după obiect.....	88
2. Achiziții publice mixte prin prisma obiectului contractului	90
CAPITOLUL III. IDENTIFICAREA OBIECTULUI CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	92
<i>Secțiunea 1. Codul CPV</i>	92
1. Semnificația și utilizarea codului CPV în temeiul legislației UE.....	92
2. Cum se alege codul CPV al unui contract de achiziție publică	95
3. Referirile Legii nr. 98/2016 la codul CPV.....	96
<i>Secțiunea a 2-a. Praguri</i>	97
1. Motivul stabilirii unor praguri valorice	97
2. Pragurile prevăzute de Directiva 2014/24/UE.....	99
3. Pragurile prevăzute de Legea nr. 98/2016	101
4. Praguri intermediare care pot fi prevăzute de legislațiile statelor membre	105
<i>Secțiunea a 3-a. Valoarea estimată a achiziției publice</i>	106
1. Principii generale.....	106
2. Reguli specifice în funcție de obiectul contractului	109
3. Reguli specifice în funcție de procedura de atribuire sau tehnica de contractare	110
4. Reguli specifice atribuirii contractelor pe loturi.....	111
5. Depunerea unei oferte mai mari decât valoarea estimată comunicată în documentația de atribuire	111
6. Prevederile Legii nr. 98/2016 privind valoarea estimată a contractului	112
<i>Secțiunea a 4-a. Chei de interpretare a regulii achiziției unice</i>	119
1. Considerații generale	119
2. Reguli de agregare a achiziției publice de servicii	121
3. Reguli de agregare a achiziției publice de lucrări.....	123

CAPITOLUL IV. MODIFICAREA CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	126
<i>Secțiunea 1. Considerații introductive</i>	126
<i>Secțiunea a 2-a. Mecanisme de modificare a contractului de achiziție publică fără organizarea unei noi proceduri de atribuire</i>	130
1. Clauza de revizuire	130
2. Necesitatea contractării unor produse, servicii și/sau lucrări suplimentare de la contractorul inițial	132
3. Circumstanțele neprevăzute.....	133
4. Modificări care au drept efect creșteri minore ale prețului contractului.....	134
5. Înlocuirea contractantului privat.....	135
<i>Secțiunea a 3-a. Modificarea contractului de achiziție publică în temeiul dispozițiilor Legii nr. 98/2016</i>	139
1. Modificarea substanțială a contractului de achiziție publică	140
1.1. Modificarea substanțială a contractului în prima versiune publicată a Legii nr. 98/2016	140
1.2. Amendamente aduse conceptului de modificare substanțială a contractului de achiziție publică prin O.U.G. nr. 45/2018.....	146
1.3. Modificarea contractului de achiziție publică în temeiul Instrucțiunii nr. 1/2021. Concepția ANAP privind natura generală a contractului	148
1.4. Amendamente aduse conceptului de modificare substanțială a contractului de achiziție publică prin Legea nr. 208/2022.....	149
2. Clauza de revizuire	149
2.1. Clauza de revizuire în prima versiune publicată a Legii nr. 98/2016	149
2.2. Amendamente aduse conceptului de clauză de revizuire prin O.U.G. nr. 45/2018	151
2.3. Clauza de revizuire conform Instrucțiunii nr. 1/2021	151
2.4. Dispoziții speciale privind ajustarea prețului contractului	151
3. Necesitatea contractării unor produse, servicii și/sau lucrări suplimentare de la contractorul inițial	156
3.1. Contractarea de produse, servicii și/sau lucrări suplimentare în prima versiune publicată a Legii nr. 98/2016	156
3.2. Amendamente aduse conceptului de contractare de produse, servicii și/sau lucrări suplimentare prin O.U.G. nr. 45/2018.....	160
3.3. Contractarea de produse, lucrări și/sau servicii suplimentare în temeiul Instrucțiunii nr. 1/2021	162
4. Circumstanțele neprevăzute.....	162
4.1. Modificarea contractului de achiziție publică urmare unor circumstanțe neprevăzute conform primei versiuni publicate a Legii nr. 98/2016.....	162
4.2. Modificarea contractului pentru circumstanțe excepționale în temeiul Instrucțiunii nr. 1/2021	164
5. Modificări care au drept efect creșteri minore ale prețului contractului.....	164
5.1. Modificările de mică valoare în prima versiune publicată a Legii nr. 98/2016	164

5.2 Corectarea reglementării modificărilor de mică valoare prin O.U.G. nr. 45/2018 și O.U.G. nr. 114/2020	166
5.3. Modificările de mică valoare în temeiul Instrucțiunii nr/ 1/2021	167
6. Înlocuirea contractantului privat.....	167
6.1 6.1. Înlocuirea partenerului privat în versiunea inițială a Legii nr. 98/2021	167
6.2. Corectarea parțială a textului inițial prin amendamentele aduse de O.U.G. nr. 107/2017 și O.U.G. nr. 45/2018	169
CAPITOLUL V. ÎNCETAREA CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	171
<i>Secțiunea 1. Considerații generale.....</i>	<i>171</i>
<i>Secțiunea a 2-a. Cazuri speciale de încetare a contractului de achiziție publică înainte de termen</i>	<i>173</i>
<i>Secțiunea a 3-a. Nulitatea contractului de achiziție publică.....</i>	<i>175</i>
1. Cauze de nulitate a contractului de achiziție publică.....	175
2. Nulitatea contractului de achiziție publică mascat în alt tip de contract	177
3. Sancționarea faptelor care atrag nulitatea contractului de achiziție publică	185
TITLUL III. PARTICIPANȚII LA RAPORTUL DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	188
CAPITOLUL I. AUTORITATEA CONTRACTANTĂ.....	188
<i>Secțiunea 1. Considerații generale.....</i>	<i>188</i>
1. Evoluția conceptului de autoritate contractantă.....	188
2. Autoritățile contractante în sensul noii directive clasice	189
<i>Secțiunea a 2-a. Categoriile de autorități contractante în temeiul directivei clasice</i>	<i>192</i>
1. Statul, autoritățile publice centrale, autoritățile publice regionale și autoritățile publice locale.....	192
2. Organismele de drept public.....	195
2.1. Definiție	195
2.2. Semnificația scopului înființării unui organism de drept public.....	196
2.3. Determinarea dependenței de o autoritate contractantă.....	201
<i>Secțiunea a 3-a. Autoritățile contractante în temeiul Legii nr. 98/2016</i>	<i>206</i>
CAPITOLUL II. OPERATORUL ECONOMIC.....	210
<i>Secțiunea 1. Considerații generale despre operatorul economic</i>	<i>210</i>
1. Evoluția reglementării conceptului.....	210
2. Particularități privind executarea contractului de către ofertantul câștigător.....	212
<i>Secțiunea a 2-a. Operatorul economic în temeiul dispozițiilor Directivei 2014/24/UE.....</i>	<i>216</i>
1. Definiția operatorului economic	216
2. Prevederi privind subcontractarea	217
3. Utilizarea capacităților altor entități	220

<i>Secțiunea a 3-a. Prevederile Legii nr. 98/2016 privind operatorul economic</i>	221
1. Definiția operatorului economic	221
2. Modalități de transpunere a prevederilor Directivei în materia subcontractării	229
3. Analiza prevederilor specifice privind subcontractarea	238
4. Terțul susținător al operatorului economic	244
CAPITOLUL III. SERVICII AUXILIARE ACHIZIȚIEI PUBLICE	254
<i>Secțiunea 1. Evoluția reglementării modului de contractare a consultanței în achiziții publice de către autoritățile contractante</i>	254
<i>Secțiunea a 2-a. Reglementarea serviciilor auxiliare achiziției în Directiva 2014/24/UE</i>	256
1. Definiția serviciilor auxiliare achiziției publice	256
2. Furnizorul de servicii auxiliare	257
3. Conținutul serviciilor auxiliare achiziției publice	257
<i>Secțiunea a 3-a. Serviciile auxiliare achiziției în temeiul Legii nr. 98/2016</i>	259
1. Definiția serviciilor auxiliare achiziției publice	259
2. Conținutul și scopul serviciilor auxiliare achiziției publice	260
3. Furnizorul de servicii auxiliare achiziției	261
<i>Secțiunea a 4-a. Efectele reglementării dreptului de a contracta servicii auxiliare achiziției asupra restricțiilor instituite de Curtea de Conturi a României și de O.U.G. nr. 26/2012 privind unele măsuri de reducere a cheltuielilor publice și întărirea disciplinei financiare și de modificare și completare a unor acte normative</i>	263
1. Sancționarea de către Curtea de Conturi a României a contractării de servicii juridice de către entitățile publice	263
2. Legiferarea interzicerii, de regulă, a contractării de servicii juridice de către entitățile publice	266
3. Discrepanța dintre practica Curții de Conturi a României și necesitatea întăririi capacității administrative a entității publice reclamată de Comisia Europeană	268
4. Efectele reglementării dreptului de a contracta servicii auxiliare achiziției asupra restricțiilor instituite până la data adoptării Legii nr. 98/2016 în domeniul achiziției de servicii juridice	270
CAPITOLUL IV. CONLUCRAREA ÎNTRE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ ȘI POTENȚIALI OFERTANȚI LA PREGĂTIREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE	272
<i>Secțiunea 1. Evoluția reglementării privind conlucrarea autorității contractante cu operatorul economic la realizarea documentației de atribuire</i>	272
<i>Secțiunea a 2-a. Reglementarea consultării preliminare a pieței în Directiva 2014/24/UE</i>	280
<i>Secțiunea a 3-a. Reglementarea consultării preliminare a pieței în Legea nr. 98/2016</i>	284
<i>Secțiunea a 4-a. Distorsionarea concurenței cu ocazia conlucrării prealabile</i> ...	291

TITLUL IV. REGIMUL JURIDIC APLICABIL ÎNCHEIERII CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	296
CAPITOLUL I. CATEGORIILE DE REGULI CARE GUVERNEAZĂ SEMNAREA CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ	296
CAPITOLUL II. REGIMUL JURIDIC REGLEMENTAT DE DIRECTIVELE PRIVIND ACHIZIȚIILE PUBLICE.....	299
<i>Secțiunea 1. Reglementarea procedurilor de atribuire în primele generații de directive</i>	<i>299</i>
<i>Secțiunea a 2-a. Reglementarea procedurilor de atribuire în temeiul Directivei 2004/18/CE.....</i>	<i>300</i>
<i>Secțiunea a 3-a. Reglementarea procedurilor de atribuire în temeiul Directivei 2014/24/UE.....</i>	<i>303</i>
1. Tipuri de proceduri de atribuire.....	303
2. Alegerea procedurii de atribuire a unui contract de achiziție publică	304
3. Aplicarea procedurilor de atribuire reglementate de Directivă	308
CAPITOLUL III. REGIMUL JURIDIC GUVERNAT DE DIRECTIVE ȘI/SAU DE ANUMITE PRINCIPII ALE TFUE	310
<i>Secțiunea 1. Regimul juridic aplicabil contractelor de servicii de categoria B (neprioritare).....</i>	<i>310</i>
<i>Secțiunea a 2-a. Regimul juridic aplicabil contractelor de achiziție publică cu valori inferioare pragurilor</i>	<i>319</i>
<i>Secțiunea a 3-a. Regimul juridic aplicabil contractelor de achiziție publică integral excluse de la aplicarea directivei clasice</i>	<i>325</i>
CAPITOLUL IV. ACHIZIȚIA DIRECTĂ DE PRODUSE, SERVICII ȘI LUCRĂRI.....	329
<i>Secțiunea 1. Praguri naționale de achiziție directă</i>	<i>329</i>
<i>Secțiunea a 2-a. Achiziția directă în temeiul dispozițiilor Legii nr. 98/2016.....</i>	<i>330</i>
TABEL DE TRANSPUNERE ȘI CORESPONDENȚĂ	336
INSTRUCȚIUNEA ANAP NR. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru	348
Îndrumare privind instituția ”terțului susținător”, așa cum este aceasta regle- mentată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale	375
INDEX.....	406
BIBLIOGRAFIE	410

Capitolul I

EVOLUȚIA REGULILOR PRIVIND ACHIZIȚIILE PUBLICE

■ Secțiunea 1

Rolul achizițiilor publice

Conceptul de achiziție publică este legat de conținutul unor raporturi juridice asemănătoare celor de vânzare-cumpărare, apreciat însă într-un sens foarte larg și cu conotații specifice. Reglementarea achiziției publice se diferențiază de reglementarea „achiziției” private (astfel cum aceasta se poate realiza prin cumpărare *stricto sensu*, dar și prin închiriere, antrepriză de construcții ș.a.) datorită unor scopuri specifice urmărite de legiuitor. Legiuitorul european consideră achiziția publică un instrument de dezvoltare și consolidare a pieței unice. La nivel mondial, Organizația Mondială a Comerțului urmărește facilitarea schimburilor transfrontaliere și asigură, cu acest scop, încheierea de acorduri cu aplicabilitate internațională și în domeniul achizițiilor publice. Statele sunt preocupate, în primul rând, de cheltuirea judicioasă a fondurilor publice de care dispun. Cum în Uniunea Europeană legiferarea în domeniul achizițiilor publice presupune emiterea de directive cu respectarea principiilor din acordurile mondiale privind achizițiile publice și transpunerea acestora în dreptul intern al statelor membre, toate aceste scopuri variate și, totodată, complementare au drept rezultat adoptarea unor reglementări care s-au îndepărtat de la regulile generale care caracterizează cumpărarea de bunuri, lucrări și servicii în sectorul privat. În plus, cercetătorii fenomenului achiziției publice au identificat, pe parcursul evoluției conceptului, fațete dintre cele mai diverse, observând că achiziția publică nu este doar un instrument care asigură punerea de servicii publice la dispoziția membrilor societății, mijlocit sau nemijlocit, ci și o manieră de exercitare a puterii publice, respectiv un mijloc de implementare a unor opțiuni de politică publică¹.

Pentru a fi în prezența unui contract de achiziție publică, este obligatoriu ca persoana care cumpără să fie autoritate contractantă, iar persoana care vinde să fie un operator economic. Însă nu orice contract de vânzare-cumpărare în care cumpărător este o autoritate contractantă, iar vânzător este un operator economic reprezintă o achiziție publică guvernată, fie și parțial, de prevederile legislației de profil.

¹ C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, ed. a 2-a, Elgar European Law, 2012, p. 1; A. Semple, *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, 2015, p. XXXVIII.

În încercarea de a determina domeniul de incidență al legislației privind achizițiile publice, este important de observat dintr-un bun început că achiziția publică este un concept care aparține dreptului Uniunii Europene, care trebuie înțeles, în primul rând, prin prisma regulilor specifice acestui sistem de drept.

Legiuitorul european nu a inclus normele juridice privind achizițiile publice într-un tratat. Cu toate acestea, în timp, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (numită în continuare „Curtea de Justiție”) a indicat incidența directă și în materia achizițiilor publice a unor prevederi ale Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (numit în continuare, după caz, „TFUE” sau „Tratat”), prevederi ce reglementează fie anumite principii care privesc manifestarea unor libertăți fundamentale, cum ar fi libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, fie care derivă din acestea, respectiv egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența¹.

Incidența acestor principii a fost indicată expres de Curtea de Justiție într-o multitudine de cauze care au avut drept obiect diferite contestări ale deciziilor unor autorități contractante de a atribui în mod direct contracte de achiziție publică, fără aplicarea fie și a unei minime proceduri concurențiale, motivat fie de valoarea inferioară pragurilor prevăzute în directive a obiectului contractului, fie de particularitatea obiectului contractului de a fi exceptat parțial sau integral de la aplicarea regulilor prescrise de directive.

În încercarea de a clarifica, la rândul său, regulile de atribuire a unor astfel de contracte, Comisia Europeană a publicat în anul 2006 un document de îndrumare intitulat *Comunicare interpretativă privind legislația comunitară aplicabilă procedurilor de atribuire a contractelor nesupuse sau parțial supuse dispozițiilor directivelor privind achizițiile publice*², prin care a pus în vedere statelor membre că au obligația ca și la atribuirea contractelor de achiziție publică excluse sau parțial excluse de la aplicarea directivelor (cum ar fi contractele cu valori sub prag, cele care au drept obiect servicii listate în anexa II B la Directiva 2004/18/CE și anexa XVII B la Directiva 2004/17/CE, a căror valoare depășește pragurile, și contractele excluse) să asigure, de regulă, respectarea principiului transparenței și al nediscriminării chiar dacă directivele privind achizițiile publice nu menționează expres aceste obligații. Multe state membre au considerat că textul comunicării interpretative, în fapt, este creator de norme juridice care adaugă la directive, chiar dacă poziția Comisiei Europene a fost în sensul că documentul doar clarifică aspecte care derivă din Tratat și jurisprudența Curții de Justiție. Comunicarea menționată a fost contestată cu prilejul unui proces de referință³ prin care Republica Federală

¹ D. Edward, R. Lane, *European Union Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 517 și urm.; J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *EU Law*, ed. a 9-a, Oxford University Press, 2006, p. 310-313, S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2014, secțiunea 4.

² 2006/C-179/02.

³ Hotărârea Tribunalului din 20 mai 2010 pronunțată în Cauza T-258/06, *Republica Federală Germania împotriva Comisiei Europene*.

Germania, susținută de Parlamentul European și de un număr important de state membre¹, a solicitat anularea documentului pe considerentul că acesta instituie reguli juridice cu forță obligatorie, contrar atribuțiilor Comisiei Europene. Instanța a respins acțiunea Germaniei ca inadmisibilă (pentru considerentele care vor fi detaliate la Titlul IV din prezenta lucrare), consolidând, astfel, *rolul de îndrumar de bune practici* al respectivei comunicări.

În ceea ce privește legislația dedicată achizițiilor publice, anumite reguli imperative în domeniu au fost codificate încă de la debutul anilor 1970 în diferite directive publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (numit în continuare „JOUE” sau „Jurnalul Oficial”) și care au impus statelor membre, de fiecare dată, obligația de transpunere într-un interval de timp predeterminat. Directivele în materia achizițiilor publice au fost transpuse de statele membre prin acte normative intitulate, în funcție de specificul național în materie de tehnică legislativă², cod, regulament, lege, ordonanță etc. Comisia Europeană a urmărit constant modul de transpunere a normelor imperative din directivele privind achizițiile publice, iar Curtea de Justiție a sancționat derapajele statelor din cadrul fixat de directive, semnalate atât de operatori economici din piață, cât și de Comisia Europeană.

Este important de observat că marja de **îndepărtare a legislației naționale de la scopurile urmărite de Uniunea Europeană prin legiferarea la nivel de directivă** a unor aspecte privind achizițiile publice a fost redusă, în general, la elemente precizate expres în legătură cu care s-a permis statelor opțiunea de a nu transpune sau de a adăuga/detalia reguli. Cu titlu de exemplu, Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii³ (numită în continuare „directiva clasică din anul 2004”) nu a obligat statele membre să reglementeze dialogul competitiv în actul juridic de transpunere a Directivei⁴. În schimb, actuala directivă clasică (Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE⁵)

¹ Statele membre care au susținut Republica Federală Germania în acest demers au fost Republica Franceză, Republica Austria, Republica Polonă, Regatul Țărilor de Jos, Republica Elenă și Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord.

² Vom regăsi, astfel, cu titlu de exemplu, un *Code des marchés publics* în Franța, *Public Contract Regulation* în Marea Britanie, o lege privind achizițiile publice în Polonia sau o ordonanță de urgență în România la momentul transunerii generației de directive din anul 2004.

³ Publicată în JO L 134/114 din 30 aprilie 2004.

⁴ Paragraful (16) din preambulul Directivei din 2004 a precizat explicit considerentul pentru care directiva respectivă a permis aplicarea diferită a unor reguli de către statele membre: „Pentru a ține seama de diversitatea circumstanțelor existente în statele membre, trebuie lăsat la latitudinea acestora din urmă să decidă dacă autoritățile contractante din statele respective pot recurge la acorduri-cadru, la organisme centrale de achiziție, la sisteme dinamice de achiziție, la licitații electronice și la procedura dialogului competitiv, astfel cum sunt definite și reglementate în prezenta directivă”.

⁵ Publicată în JO L 94/65 din 28 martie 2014.

obligă statele membre să reglementeze fără excepție toate procedurile de atribuire prevăzute, însă permite, de exemplu, să nu se reglementeze anumite mecanisme cum ar fi cele privind subcontractarea și lasă la decizia statelor dacă renunță integral sau doar parțial la recurgerea la prețul cel mai scăzut ca criteriu unic de atribuire a contractului.

Cum legiuitorul european urmărește și consolidarea pieței unice prin aplicarea unor **norme uniforme de contractare** în domeniul achizițiilor publice, Curtea de Justiție sancționează situațiile în care statele membre decid să fie mai restrictive sau mai permissive în norma de transpunere față de prevederile imperative din textul Directivei, dacă o astfel de opțiune nu este îngăduită în mod expres. Cu titlu de exemplu, Curtea de Justiție a clarificat aspectul că legislația europeană a achizițiilor publice interzice o prevedere ca aceea cuprinsă în actul normativ de transpunere în dreptul belgian a directivelor privind achizițiile publice prin care legea belgiană prevedea (mai restrictiv decât norma europeană) că se exclude automat de la procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică un ofertant care a participat la redactarea documentației de atribuire fără să i se dea acestuia posibilitatea de a demonstra că experiența dobândită în respectiva circumstanță nu a fost de natură să distorsioneze concurența¹.

Regulile stricte privind achizițiile publice prevăzute de directive nu au în vedere întreg spectrul de contracte de cumpărare care ar putea fi încheiate de reprezentanții sectorului public. Legislația și jurisprudența Uniunii Europene au selectat, în timp, anumite elemente care determină includerea unor operațiuni în sfera achizițiilor publice reglementate strict prin directive, între care:

- ✓ operațiunea să presupună în mod obligatoriu o cumpărare, în sens larg, de produse și/sau servicii și/sau lucrări;
- ✓ cumpărătorul trebuie să aibă calitate de autoritate contractantă;
- ✓ vânzătorul trebuie să se încadreze în categoria operatorilor economici;
- ✓ operațiunea să prezinte interes transfrontalier;
- ✓ valoarea contractului este necesar să depășească anumite praguri;
- ✓ bunurile, serviciile și lucrările care formează obiectul contractului să nu facă obiect al exceptării totale sau parțiale de la aplicarea directivelor.

„Cumpărarea” supusă normelor ce reglementează achizițiile publice trebuie înțeleasă într-un sens diferit de abordarea consacrată în dreptul civil, care presupune dobândirea de către cumpărător, în schimbul plății prețului, a dreptului de proprietate asupra unui bun. Achiziția publică are în vedere dobândirea de către autoritatea contractantă, în legătură cu produsele, lucrările și serviciile care formează obiectul contractului, în schimbul unui preț, *a unor drepturi care nu sunt, în mod obligatoriu, de proprietate*. După cum vom detalia la Titlul II din prezenta lucrare, plata de către o autoritate contractantă și numai a folosinței unui produs pentru o

¹ Hotărârea pronunțată în data de 3 martie 2005 în cauzele reunite C-21/03 și C-34/03, *Fabricom S.A. împotriva Regatului Belgiei*, par. (36).

perioadă determinată de timp reprezintă o achiziție publică, după cum în aceeași categorie se încadrează plata execuției unei lucrări, în anumite condiții, inclusiv pe terenul altei persoane, și care, în final, nici măcar nu se transferă cu titlu de proprietate în patrimoniul autorității contractante.

Este important de observat faptul că, pentru a fi în prezența unui contract de achiziție publică, este obligatoriu ca bunul, serviciul sau lucrarea dobândite la un moment dat de o autoritate contractantă să rezulte din executarea unui contract în cadrul căruia *autoritatea contractantă a plătit un preț și a primit o contraprestație* (pentru autoritatea contractantă în cauză sau pentru o altă persoană), în caz contrar contractul având altă natură decât cea de achiziție publică¹.

Preocuparea legiuitorului european de a încadra în categoria achizițiilor publice o gamă variată de raporturi juridice în cadrul cărora autoritatea contractantă realizează o cheltuială publică în legătură cu utilizarea/dobândirea proprietății unor produse, lucrări și servicii este încadrată de două deziderate fundamentale ale statelor membre ale Uniunii Europene: pe de o parte, efortul constant de a menține în piața unică un mediu economic sănătos și bazat pe concurență onestă, iar, pe de altă parte, necesitatea de a realiza cheltuiala fondurilor publice după anumite rigori apte să asigure eficiența (*value for money*) utilizării resurselor publice.

Evitarea denaturării concurenței se distinge în legislația UE drept un alt deziderat fundamental. Un exemplu elocvent al modului de raportare a organismelor europene la acest subiect este dat de Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, intitulată „*O politică industrială integrată adaptată erei globalizării. Atribuirea celui mai important rol competitivității și sustenabilității*”². Documentul menționat subliniază necesitatea protejării întreprinderilor europene de practici care pot afecta competitivitatea, precum „partajarea pieței, acumularea de capacitate sau împiedicarea activităților transfrontaliere, care duc la prețuri mai ridicate”. Or, dacă nu s-ar controla modul în care sectorul public acționează în piață atunci când cumpără bunuri, servicii și/sau lucrări, datorită volumului financiar uriaș implicat, o favorizare a unor vânzători ar avea drept efect o tulburare majoră a modului de manifestare a concurenței între operatorii economici³. Pe de altă parte, construirea

¹ Acest aspect a fost detaliat de Curtea de Justiție în diferite hotărâri, cum ar fi, cu titlu de exemplu, Hotărârea pronunțată în data de 12 iulie 2001 în Cauza C-399/98, *Ordine degli Architetti și alții împotriva Comune di Milano și alții*, par. (77), reiterată și în considerentele Hotărârii din 18 ianuarie 2007 pronunțate în Cauza C-220/05, *Jean Auroux și alții împotriva Commune de Roanne*, par. (45).

² COM (2010) 614 final.

³ Pentru concluzii privind scopurile comune ale dreptului achizițiilor publice și dreptului concurenței, a se vedea A. Sánchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ed. a 2-a, Hart Publishing, 2015, p. 114 și urm.; S. Gherghina, *The Financing of Public Investments between legal limitations and the public interest imperative*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, pp. 310-313.

unei piețe unice solide și competitive presupune, pe lângă asigurarea accesului nelimitat al operatorilor economici la ofertare, și o constantă preocupare pentru eliminarea posibilităților de înțelegere între ofertanți, în vederea vicierii rezultatului procedurii de atribuire¹.

Astfel, în ceea ce privește utilizarea fondurilor publice pentru cumpărarea de bunuri, servicii și lucrări, s-au impus reguli imperative în sarcina cumpărătorului, profund diferite față de regulile care guvernează cumpărările de bunuri, servicii și lucrări de către cumpărătorii privați. În final, o cumpărare care presupune utilizarea de resurse financiare publice va trebui să asigure nu numai un bun raport calitate-preț, ci și, în egală măsură de important, o derulare a procedurii de contractare de o manieră în care, pe de o parte, să nu se distorsioneze piața operatorilor economici interesați să vândă produse, servicii și lucrări și, pe de altă parte, să se favorizeze intrarea pe piață de noi potențiali vânzători pentru obținerea unor oferte cât mai diverse. Cu alte cuvinte, **achiziția publică nu este o cursă contra cronometru a autorității contractante în încercarea de a identifica cel mai ieftin produs de pe piață**, ci un instrument cu rol cheie în implementarea strategiilor Uniunii Europene care urmăresc, pentru viitorul apropiat, între altele, realizarea unei creșteri economice:

- (i) inteligente (prin investiții mai eficiente în educație, cercetare și inovare);
- (ii) ecologice (prin orientarea decisivă către o economie cu emisii scăzute de dioxid de carbon) și
- (iii) favorabile incluziunii (prin punerea accentului pe crearea de locuri de muncă și pe reducerea sărăciei).

Sfera de cuprindere a **autorității contractante** a constituit unul dintre subiectele constante de analiză și perfecționare legislativă, urmare a examinărilor repetate de către Curtea de Justiție. Ca regulă generală, legislația achizițiilor publice nu vizează acele entități care funcționează în condiții obișnuite de piață, care urmăresc obținerea unui profit și care suportă riscul de pierdere care ar putea rezulta din exercitarea activității. În cazul în care o entitate beneficiază atât de resurse financiare publice, cât și de fonduri private, este, de asemenea, relevant pentru incidența legislației achizițiilor publice proporția fondurilor publice raportat la totalul resurselor financiare ale entității. Prin autoritate contractantă, în accepțiunea dreptului Uniunii Europene, avem în vedere *statul, autoritățile regionale sau locale, organismele de drept public sau asociațiile formate din una sau mai multe astfel de autorități sau din unul sau mai multe astfel de organisme de drept public*. Este important de observat aspectul că elementul decisiv în încadrarea unei entități în categoria autorităților contractante este legat de potențialul unor persoane, ce reprezintă într-un fel sau altul sectorul public, de a discrimina vânzătorii privați de produse, servicii și

¹ Pentru analize și recomandări în legătură cu posibilitățile de limitare a trucării ofertelor, a se vedea A. Sánchez-Graells, *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law*, studiu publicat în volumul colectiv editat de C. Bovis, cu tema *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, accesibil și pe https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206502.