

revista de

ANALIZĂ ECONOMICĂ, ACTUALITATE LEGISLATIVĂ
ȘI MANAGEMENT PERFORMANT

Achizitii Publice

Nr. 150/ Martie 2020

www.revista-achizitii.ro



interview cu
Dragoș ZORIN,
coordonator al echipei de construcții
și achiziții publice în cadrul
Nicolescu Zorin & Asociații

Editorial: Modificarea cadrului legislativ în achizițiile publice între dorințele
guvernamentale și realitățile complexe din teren
Conf.univ.dr. Petrică – Mihail MARCOCI

“Suntem mult prea la început ca să pretindem că putem vorbi pertinent despre o legislație bună sau mai puțin bună. Forma actuală creează premisele necesare pentru demararea proiectelor. Cu siguranță se impune și legislație conexă pentru celeritatea procesului decizional în sfera partenerilor publici, pentru asigurarea finanțării de către autoritățile publice, se impun norme de punere în aplicare în condițiile în care, în practică, se dovedește că până și întocmirea studiului de fundamentare întâlnește probleme serioase.”

Reporter: Știm că activați în calitate de Partner în cadrul Nicolescu Zorin & Asociații - NZA; vă rugăm să precizați cum a evoluat, în opinia dvs, legislația în domeniul achizițiilor publice.

Dragoș ZORIN: Depinde ce standarde și repere avem în vedere, dar și cât de mult privim în urmă.

OUG nr. 34/2006 a condus la o evoluție substanțială a sistemului de achiziții publice reglementat anterior de OUG nr. 60/2001. Și pachetul legislativ din 2016 a reprezentat un progres notabil. În general, preluarea și implementarea directivelor comunitare, iar apoi, modificările impuse de soluțiile pronunțate de CJUE în interpretarea directivelor au contribuit la evoluția sistemului național de achiziții publice.

Cauza Pressetext în interpretarea prevederilor privind modificarea contractului de achiziții publice este, probabil, cel mai bun exemplu pe care îl amintesc și pentru că a confirmat o teorie pe care personal o prezentasem anterior într-un dosar extrem de complex care încă nu era soluționat.

HG nr. 1/2018 prin care au fost aprobate condițiile pentru anumite contracte de construcții, precum și mai



Dragoș ZORIN,
coordonator al echipei de construcții și achiziții publice în cadrul Nicolescu Zorin & Asociații

vechea HG nr. 1405/2010 care a impus folosirea condițiilor de contract FIDIC în cadrul unora dintre contractele de construcții au reprezentat măsuri pozitive. Asta chiar și în contextul în care condițiile FIDIC preluate de noi au fost ciuntite, fapt intens criticat la nivel internațional.

Specializarea unor completuri din cadrul curților de apel reprezintă, în egală măsură, o măsură pozitivă.

Din păcate, pașii pozitivi sunt umbriți de o serie de bâlbe legislative, de o permanentă tendință de a ne întoarce la năravuri antidemocratice concretizate în măsuri abuzive și neconstituționale dintre care unele de actualitate.

Un loc fruntaș la capitolul bâlbe îl ocupă modul în care a fost gestionată ajustarea prețului contractelor de achiziții publice de construcții ca urmare a majorării salariului minim în ramura construcțiilor pe calea OUG nr. 114/2018. Nu a existat o strategie, măsurile au fost inconsecvente, lipsite de predictibilitate, greșite în esența lor.

O primă instrucțiune ANAP a fost înlocuită, fără nicio motivare reală, în nici 4 luni de la adoptare, cu o altă instrucțiune a cărei optică a fost diametral opusă primeia. Deși ar fi trebuit să se limiteze la a fi o simplă normă generală de punere în aplicare a dreptului la ajustare (deja prevăzut expres de acte normative superioare), Instrucțiunea nr. 1/2019 a limitat dreptul și a transfor-

mat instituția ajustării (în esența ei o indexare a prețului – astfel cum impune și legislația comunitară) într-o procedură de negociere a costului pe baza unor elemente subiective.

Sigur că ajustarea trebuia gândită corelat cu o serie de constrângeri financiare, însă nici pe departe soluția nu este aceea de a transfera toată presiunea asupra operatorilor privați. Guvernul trebuia să adopte norme care să respecte dreptul și care să țină cont de specificul diferitelor tipuri de bugete. Alte entități, printre care și Ministerul Fondurilor Europene, au găsit în schimb soluții alternative pe diverse programe de finanțare, au stabilit mecanisme de ajustare proprii cu rezultate apropiate de impactul real și au reușit, astfel, să salveze proiectele finanțate din fonduri comunitare nerambursabile.

La capitolul măsuri abuzive în materia achizițiilor publice nu pot să nu amintesc Ordinul Ministerului Transporturilor 600/2017 care a reglementat condițiile de contract cu care au fost înlocuite condițiile FIDIC.

Mult mai de interes și actualitate sunt însă măsurile care, sub pretextul accelerării atragerii și folosirii fondurilor nerambursabile, restricționează și chiar blochează accesul la justiție. Astfel de măsuri au tot fost prezente în sistemul nostru legislativ sub forma taxelor de timbru stabilite prin mecanisme de calcul nerezonabile și disproporționale precum și prin cauțiuni care interzic, în fapt, accesul la justiție.



Este și exemplul modificărilor aduse de OUG nr. 23/2020 asupra art. 56 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Oricum, forma anterioară a textului (care raporta valoarea taxelor de timbru pentru acțiunile privind executarea sau rezilierea contractelor la valoarea contractelor, iar nu așa cum ar fi fost normal și constituțional, la valoarea pretențiilor) restricționa excesiv accesul la justiție.

Modificarea adusă de OUG nr. 23/2020 devine și mai restrictivă. În prezent, toate acțiunile privind executarea și rezilierea contractelor, precum și contestațiile formulate în fața instanțelor de judecată în procedura de atribuire se taxează cu 2% din valoarea estimată a contractului, dar nu mai mult de 100.000.000 lei. Este ușor de imaginat că, în aceste condiții, toate contestațiile din procedura de atribuire sunt direcționate către CNSC și că niciun operator privat nu-și va permite să formuleze acțiuni legate de executarea/rezilierea contractelor al căror obiect este mai mic sau de valoare egală cu taxa de timbru.

Nu insist pe faptul că măsura contravine prevederilor Constituției și Convenției pentru apărarea drepturilor omului. Se va dovedi probabil după ce răul va fi fost produs. Insist însă pe caracterul perfid al modificării.

Pe de o parte, deși aparent pragul de 100.000.000 lei are scopul de a proteja plătitorul taxei, în realitate, pragul este superfluu. Pragul de 100.000.000 lei, dacă ar reprezenta limita maximă a taxei (așa cum rezultă dintr-o interpretare textuală a prevederilor legale), nu va putea fi niciodată atins având în vedere că, pentru a fi atins (deci pentru a limita efectiv o taxă într-un dosar), acțiunea ar trebui să privească un contract de 5.000.000.000 lei (ceea ce nu știu să existe în România).

Pe de altă parte, nu trebuie neglijat că forma anterioară a art. 56 alin. 1 formează obiectul a 6 excepții de neconstituționalitate (dintre care unele formulate de instanțe de judecată) pe care Curtea Constituțională tot amână să le soluționeze de peste 3 ani. Modificarea actuală pune la adăpost modul prezent de calcul al taxelor de risc al admiterii excepțiilor formulate împotriva formei anterioare a art. 56 din Legea nr. 101/2016.

Reporter: Ce ne puteți spune despre litigiile privind rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică?

Dragoș ZORIN: Realitatea este că, în practică, acest tip de litigii nu prezintă foarte multe elemente specifice, diferite de cele întâlnite în litigiile având același obiect privitoare la contractele încheiate între profesioniști. Aș spune însă că aceste litigii sunt mai rare, atât autoritățile contractante cât și operatorii privați sunt mult mai prudenți când vine vorba de reziliere și apelează la această măsură în cazuri excepționale. Rezilierea, deseori unilaterală, prezintă permanent riscul: (i) de a nu fi, ulterior, confirmată de instanțe, (ii) riscul pierderii finanțărilor obținute și (iii) riscul documentelor constatatoare negative care pot conduce la excluderea din proceduri viitoare de atribuire.

Personal, nu m-am confruntat cu niciun caz de reziliere sau denunțare specific achizițiilor publice precum cel

prevăzut de art. 61 din legea nr. 98/2016 (rezilierea obligatorie ca urmare a faptului că ofertantul declarat câștigător se folosește – pentru implementarea contractului – de relații desfășurate cu persoane care au fost implicate din partea autorității în procedura de atribuire), art. 222 sau 223 din aceeași lege.



Dreptul autorității contractante de a denunța unilateral contractul în cazul în care se dovedește că ofertantul câștigător a fost într-un caz de excludere (potrivit art. 223 din lege) are o rațiune criticabilă și poate ridica probleme practice. Încheierea contractului cu un ofertant care – la data procedurii – se afla în cazul de excludere reprezintă motiv de nulitate, iar cazurile de excludere se verifică oricum în cadrul procedurii de atribuire când pot fi invocate și de către ceilalți participanți la procedură.

Denunțarea lăsată la aprecierea exclusivă a autorității contractante poate genera abuzuri. Indiferent, dreptul trebuia detaliat, limitat în timp față de momentul în care autoritatea află, exclus în cazul în care autoritatea este în culpă în legătură cu propriile obligații etc.

Reporter: Cum apreciați legislația privind parteneriatul public privat?

Dragoș ZORIN: Suntem mult prea la început ca să pretindem că putem vorbi pertinent despre o legislație bună sau mai puțin bună. Forma actuală creează premise necesare pentru demararea proiectelor. Cu siguranță se impune și legislație conexasă pentru celeritatea procesului decizional în sfera partenerilor publici, pentru asigurarea finanțării de către autoritățile publice, se impun norme de punere în aplicare în condițiile în care, în practică, se dovedește că până și întocmirea studiului de fundamentare întâlnește probleme serioase. Pentru a fi îmbunătățită legislația avem nevoie de proiecte în desfășurare, iar pentru asta trebuie constanță în

deciziile politice și, nu mai puțin important, oameni specializați.

Reporter: Care ar fi în opinia dvs, cele mai frecvente cauze de contestare a procedurilor de achiziții publice?

Dragoș ZORIN: Până în 2016 inclusiv, majoritatea contestațiilor priveau îndeplinirea criteriilor de calificare legate de experiența similară, instituția terțului susținător ridicând, în acest context, o serie de probleme des întâlnite în contestații.

În aceeași perioadă au fost frecvente contestațiile legate de justificarea și fundamentarea prețului, chiar și atunci când nu au mai existat praguri procentuale de la care se activa prezumția relativă de preț nejustificat de scăzut.

Ulterior, cazurile de excludere reglementate de art. 164 și urm. din Legea nr. 98/2016, cu precădere cele stabilite la art. 167 alin. lit. g, b, h (în ordinea frecvenței) au devenit *vedetele* contestațiilor. Pe bună dreptate, de altfel, dacă recunoaștem că, la acest capitol, există o serie de probleme de esență nesoluționate nici prin normele de punere în aplicare.

Suntem în situația în care contestațiile din procedura de atribuire se transformă în context de analiză detaliată a problemelor privind modul în care ofertanții și-au îndeplinit obligațiile în contracte anterioare de achiziții publice. Aici o mai strictă reglementare a efectelor documentelor constatatoare ar putea soluționa problema. La fel, CNSC sau instanța specializată pe achiziții publice se vede pusă în situația de a analiza dacă un plan de reorganizare încă neaprobat este sau nu fezabil și dacă poate face dovada că ofertantul insolvent poate duce contractul la bun sfârșit. Și aici lucrurile pot fi semnificativ îmbunătățite dacă ne reamintim, pe de o parte, că insolventul prezintă permanent riscul de a nu putea să ducă la bun sfârșit contractul, iar, pe de altă parte, realizarea obiectului contractului primează în fața obligației sociale de a salva o societate comercială de faliment.

Reporter: Care sunt problemele pe care le considerați cele mai dificile în aplicarea legislației privind achizițiile publice?

Dragoș ZORIN: În sfera largă a achizițiilor, intră de departe provocarea României de a transforma parteneriatul public privat într-un vehicul funcțional și atractiv inclusiv pentru operatorii privați cu capital român. În sfera restrânsă o să rămână pentru multă vreme modificarea contractului.

Vă mulțumim domnule avocat pentru amabilitatea de a ne acorda acest interviu!