

20 iunie 2024

**Propuneri ale Camerei de Comerț Americane în România (AmCham România) cu privire la  
Proiectul de Ordonanță de urgență a Guvernului pentru modificarea și completarea Legii nr. 98/2016 privind  
achizițiile publice și a Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale**

**Bold text nou**

~~Strikethrough text eliminat~~

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
1	<p><b>Art. I, pct. 1 - Art. 153 alin. (5) din Legea nr. 98/2016:</b></p> <p><i>Anterior împlinirii termenului stabilit pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, autoritatea contractantă are dreptul de a suspenda procedura de achiziție publică, elaborând în acest sens o notă justificativă prin care motivează necesitatea măsurii.</i></p>	<p><del>Anterior împlinirii termenului stabilit pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, autoritatea contractantă are dreptul de a suspenda procedura de achiziție publică, elaborând în acest sens o notă justificativă prin care motivează necesitatea măsurii.</del></p>	<p>Forma propusă de Guvernul României acordă un drept potestativ autorității contractante de a aplica sancțiunea „suspendării” asupra procedurii de achiziție publică.</p> <p>Fără a fi prevăzute cazurile pentru care acest drept poate fi exercitat, acest lucru ar putea duce la încălcări ale principiilor transparenței și proporționalității, prevăzute expres de art. 2 din Legea nr. 98/2016.</p> <p>De altfel, în privința „anulării” procedurii de achiziții publice de către autoritatea contractantă (un alt tip de sancțiune de drept public), art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevede expres cazurile în care aceasta trebuie aplicată în mod obligatoriu, iar art. 213 alin. (1) din Legea nr. 96/2016 prevede expres cazurile în care</p>

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
			<p>sanțiunea poate fi aplicată în funcție de decizia autorității contractante, tot sub forma unui drept potestativ.</p> <p>De asemenea, având în vedere că nota justificativă la care face referire forma art. 153 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 propusă de Guvernul României reprezintă o operațiune care produce efecte juridice, fiind astfel vorba de un „act al autorității contractante”, astfel cum este definit de art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, există posibilitatea ca față de aceasta, Consiliul să dispună, prin încheiere, suspendarea până la soluționarea contestației, în cazul în care există un caz bine justificat, în vederea prevenirii unei pagube iminente. Cu alte cuvinte, se poate imagina o ipoteză de „suspendare a măsurii de suspendare” a deciziei autorității contractante, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege.</p> <p>Nu în ultimul rând, pentru a se evita paralelismul terminologic, în loc de termenul de „candidaturi”, folosit de actuala versiune a art. 153 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 propusă de Guvernul României, ar trebui folosit termenul de „solicitări de participare”, care este menționat în cuprinsul prevederilor din cadrul art. 153 alin. (1)-(4) din Legea nr. 98/2016. De altfel, noțiunea de</p>

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
			„candidaturi” nu este folosită niciunde în cuprinsul Secțiunii nr. 3 – Reguli de publicitate și transparență din Legea nr. 98/2016, însă, în cadrul acestei secțiuni, se folosește de nenumărate ori termenul de „solicitări de participare” [de exemplu, art. 150 alin. (4) sau 152 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].
2	<p><b>Art. I pct. 3 – art. 219</b></p> <p><b>La articolul 219, după alineatul (2) se introduc doua alineate noi, alineatele (2<sup>1</sup>) și (2<sup>2</sup>), cu următorul cuprins:</b></p> <p><i>“(2<sup>1</sup>) Pentru serviciile/lucrările subcontractate pentru care în contractul de achiziție publică/acordul-cadru se aplică de către autoritatea contractantă clauze de ajustare/actualizare a prețurilor, contractantul are obligația de a aplica aceleași clauze existente în contractul de achiziție publică/acordul-cadru privind ajustarea/actualizarea prețurilor în relația cu subcontractantul, pentru serviciile prestate/lucrările executate de către acesta din urmă.</i></p> <p><i>(2<sup>2</sup>) Contractele de subcontractare încheiate în condițiile alin. (21) se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.”.</i></p>	<p><b>La articolul 219, după alineatul (2) se introduc doua alineate noi, alineatele (2<sup>1</sup>) și (2<sup>2</sup>), cu următorul cuprins:</b></p> <p><i>“(2<sup>1</sup>) Pentru serviciile/lucrările subcontractate pentru care în contractul de achiziție publică/acordul-cadru se aplică de către autoritatea contractantă clauze de ajustare/actualizare a prețurilor, contractantul are obligația de a aplica <del>aceleași clauze existente</del> <b>clauze de ajustare care să asigure cel puțin același nivel de ajustare a prețului precum clauzele de ajustare din contractul de achiziție publică/acordul-cadru privind ajustarea/actualizarea prețurilor în relația cu subcontractantul, pentru serviciile prestate/lucrările executate de către acesta din urmă.</b></i></p> <p><i>(2<sup>2</sup>) Contractele de subcontractare încheiate în condițiile alin. (21) se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.”.</i></p>	<p>Impunerea unui nivel fix al clauzelor de ajustare a prețului contractelor încheiate de ofertanți prin care se subcontractează activități din cadrul unui contract de achiziție publică este de natură să aducă atingere principiului libertății contractuale, putând conduce la interpretarea eronată potrivit căreia subcontractanții nu ar putea negocia clauze de ajustare a prețului mai avantajoase decât cele stabilite prin contractul de achiziție publică.</p> <p>Or, acordurile de subcontractare nu sunt contracte administrative, astfel încât, dacă impunerea obligației ofertanților de a asigura un nivel minim de ajustare a prețului subcontractelor poate fi justificată prin raportare la interesul public de a asigura ducerea la îndeplinire a contractului de achiziție publică, limitarea libertății părților de a stabili condiții mai avantajoase pentru subcontractant depășește limitele principiului proporționalității.</p>

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
3	<p><b>Art. II, pct. 1 - Art. 163 alin. (5) din Legea nr. 99/2016:</b></p> <p><i>Anterior împlinirii termenului stabilit pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, entitatea contractantă are dreptul de a suspenda procedura de achiziție sectorială, elaborând în acest sens o notă justificativă prin care motivează necesitatea măsurii.</i></p>	<p><del>Anterior împlinirii termenului stabilit pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, entitatea contractantă are dreptul de a suspenda procedura de achiziție sectorială, elaborând în acest sens o notă justificativă prin care motivează necesitatea măsurii.</del></p>	<p>Aceleași observații menționate la pct. 1 – Motivare, se aplică prin analogie la versiunea art. 163 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 propusă de Guvernul României.</p>
4	<p><b>Art. II pct. 3</b></p> <p><b>La articolul 233, după alineatul (2) se introduc doua alineate noi, alineatele (2<sup>1</sup>) și (2<sup>2</sup>), cu următorul cuprins:</b></p> <p><i>„(2<sup>1</sup>) Pentru serviciile/lucrările subcontractate, în măsura în care în contractul sectorial/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către subcontractanți și dacă în contractul de achiziție sectorială/acordul-cadru se aplică de către entitatea contractantă clauze de ajustare/actualizare, contractantul are obligația de a aplica aceleași clauze existente în contractul sectorial/acordul-cadru privind ajustarea/actualizarea prețurilor în relația cu subcontractantul, pentru serviciile prestate/lucrările executate de către acesta din urmă.</i></p> <p><i>(2<sup>2</sup>) Contractele de subcontractare încheiate în condițiile alin. (2<sup>1</sup>) se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.”</i></p>	<p><b>La articolul 233, după alineatul (2) se introduc doua alineate noi, alineatele (2<sup>1</sup>) și (2<sup>2</sup>), cu următorul cuprins:</b></p> <p><i>„(2<sup>1</sup>) Pentru serviciile/lucrările subcontractate, în măsura în care în contractul sectorial/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către subcontractanți și dacă în contractul de achiziție sectorială/acordul-cadru se aplică de către entitatea contractantă clauze de ajustare/actualizare, contractantul are obligația de a aplica aplica <del>aceleași</del> <b>clauze de ajustare care să asigure cel puțin același nivel de ajustare a prețului precum clauzele de ajustare din</b> contractul sectorial/acordul-cadru privind ajustarea/actualizarea prețurilor în relația cu subcontractantul, pentru serviciile prestate/lucrările executate de către acesta din urmă.</i></p> <p><i>(2<sup>2</sup>) Contractele de subcontractare încheiate în condițiile alin. (2<sup>1</sup>) se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică.”</i></p>	<p>Sunt aplicabile aceleași considerente redată cu privire la Art. I pct. 3, mai sus.</p>

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
5	<p><b>Art. IV</b></p> <p>Art. IV – (1) Prevederile art. I pct. 3 si art. II. pct. 3 se aplică și contractelor de achiziție publică/sectoriale/acordurilor-cadru și de subcontractare aflate în derulare la data intrării în vigoare a acesteia, în mod direct, fără a fi necesare alte formalități, în ceea ce privește obligația contractantului de a plăti atât sumele aferente ajustărilor/actualizărilor de prețuri convenite în derularea viitoare a contractului/acordului-cadru, precum și obligația contractantului de a achita, prin regularizare potrivit alin. (2), sumele aferente neacordate înainte de intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, fără ca procentul de ajustare/actualizare astfel calculat să depășească, în nicio situație, procentul aplicabil în cadrul contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru, urmând ca luna/data de referință pentru stabilirea ajustării/actualizării în contractul de subcontractare să fie, după caz:</p>	<p>Art. IV – (1) Prevederile art. I pct. 3 si art. II. pct. 3 se aplică și contractelor de achiziție publică/sectoriale/acordurilor-cadru și de subcontractare aflate în derulare la data intrării în vigoare a acesteia, <del>prin acordul părților în mod direct, fără a fi necesare alte formalități,</del> în ceea ce privește obligația contractantului de a plăti atât sumele aferente ajustărilor/actualizărilor de prețuri convenite în derularea viitoare a contractului/acordului-cadru, precum și obligația contractantului de a achita, prin regularizare potrivit alin. (2), sumele aferente neacordate înainte de intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, <del>fără ca procentul de ajustare/actualizare astfel calculat să depășească, în nicio situație, procentul aplicabil în cadrul contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru,</del> cel puțin la nivelul procentului de ajustare/actualizare <del>astfel calculat să depășească, în nicio situație, procentul aplicabil în cadrul contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru</del> urmând ca luna/data de referință pentru stabilirea ajustării/actualizării în contractul de subcontractare să fie, după caz:</p>	<p>Deși înțelegem necesitatea reglementării unor obligații în sarcina contractanților principali cu privire la asigurarea unui nivel minim de ajustare a prețurilor, în condiții cel puțin similare celor din contractul de achiziție publică/sectorial, o asemenea reglementare nu poate contraveni principiului neretroactivității legii și nici nu poate aduce atingere principiilor libertății contractuale și securității raporturilor juridice.</p> <p>Or, impunerea unor obligații contractuale noi, pentru contractele aflate deja în derulare, cumulate cu includerea de obligații de regularizare (evident retroactive), precum și impunerea de sancțiuni semnificative pentru neîndeplinirea acestor noi obligații, inexistente la data depunerii ofertei/încheierii contractului de achiziție publică, contravine grav principiului neretroactivității legii.</p>
6	<p><b>Art. IV – alin. (1) (...)</b></p> <p><b>lit.a)</b> luna/data de referință aplicabilă în contractul de achiziție publică/sectorial/acordul-cadru, pentru</p>	<p><b>Art. IV – alin. (1) (...)</b></p> <p><b>lit.a)</b> luna/data de referință aplicabilă în contractul de achiziție publică/sectorial/acordul-cadru, pentru</p>	<p>Încurajăm modificările propuse prin acest proiect de O.U.G. pentru a sprijini subcontractanții care au fost privați de ajustările/ actualizările de prețuri, în</p>

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
	<p>contractele subcontractanților incluși inițial în contractul de achiziție publică/sectorial/acordul-cadru, dacă prețul contractului de subcontractare nu a suferit modificări între părți;</p>	<p>contractele subcontractanților incluși inițial în contractul de achiziție publică/sectorial/acordul-cadru, dacă prețul contractului de subcontractare nu a suferit modificări între părți <b>și nu au existat reconfirmări ale părților cu privire la prețul contractului de subcontractare stabilit inițial;</b></p>	<p>pofida faptului că, pe partea de execuție/ furnizare/ prestare ce le-a revenit/le revin în diverse contracte de achiziție publică/ acorduri-cadru. Însă, raportat la sancțiunea pecuniară drastică ce se dorește a fi aplicată contractanților principali, în cazul în care nu acordă atare ajustări/actualizări, trebuie asigurat un cadru legal bine definit, de protecție și a contractanților principali de situațiile în care subcontractanții ar avea pârghii de a obține o supra (dublă) ajustare/actualizare. Ne referim aici, de exemplu, la situația în care un subcontractant, deși nominalizat la oferta inițială, acesta va interveni efectiv în prestare/ execuție/ furnizare doar la o dată ulterioară în implementarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru (e.g., la câteva luni față de încheierea contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, preponderent în cazul contractelor de proiectare și execuție). În atare caz, între momentul ofertei sale inițiale și momentul începerii lucrărilor subcontractate se va putea schimba o nouă ofertă/noi oferte de preț, care va/vor fi deja ajustate/ actualizate de către subcontractant la nivelul prețurilor din noua ofertă/ noile oferte sau, după caz, va/ vor putea reprezenta doar reconfirmare/-i a/ale ofertei inițiale – această din urmă situație dat fiind că, în</p>

#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
			multe cazuri, unii subcontractanți comunică de la nominalizare oferte îndeștuloătoare care să acopere și situații imprevizibile pentru partea lor de prestare/ execuție/ furnizare. Este necesară particularizarea inclusă, respectiv ca ajustarea/ actualizarea să fie acordată subcontractanților nominalizați inițial doar dacă nu se modifică sau după caz, nu se reconfirmă prețurile ofertate inițial.
7	<b>Art. IV – alin. (1) (...)</b> <b>lit.b)</b> cu 30 de zile înainte de orice modificare a prețului contractului de subcontractare, pentru contractele subcontractanților incluși inițial în contractul de achiziție publică/sectorială/acordul-cadru, ale căror preturi au suferit modificări între părți;	<b>Art. IV – alin. (1) (...)</b> <b>lit.b)</b> cu 30 de zile înainte de orice modificare a prețului contractului de subcontractare <b>sau orice reconfirmare a părților cu privire la prețul contractului de subcontractare stabilit inițial</b> , pentru contractele subcontractanților incluși inițial în contractul de achiziție publică/sectorială/acordul-cadru, ale căror preturi au suferit modificări între părți <b>sau au fost astfel reconfirmate ulterior de către părți</b> ;	<i>Idem</i> cu cele de mai sus.
8	<b>Art. IV</b> (2) Regularizarea sumelor aferente ajustărilor de prețuri neacordate de către contractant înainte de intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, conform alin. (1), se va realiza, la cererea subcontractantului adresată contractantului și notificată simultan autorității contractante, prin efectul dispozițiilor prezentei	<b>Art. IV</b> (2) Regularizarea sumelor aferente ajustărilor de prețuri neacordate de către contractant înainte de intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, conform alin. (1), se va realiza, la cererea subcontractantului adresată contractantului și notificată simultan autorității contractante, <del>prin efectul dispozițiilor prezentei</del>	O asemenea reglementare aduce atingere gravă și principiului securității raporturilor juridice, conducând practic la o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, prin schimbarea gravă a echilibrului contractual în defavoarea operatorului economic contractant.



#	FORMA ACTUALĂ	FORMA PROPUȘĂ	MOTIVARE
	<p>ordonante de urgenta, în primul document de plată emis si transmis în cadrul contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru după data intrarii în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, dar nu mai târziu de 18 luni de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, sau, după caz, la încetarea contractului de subcontractare, oricare va interveni mai întâi. Contractantul va transmite autoritatii contractante documentele care atesta achitarea drepturilor subcontractantului in termen de 5 zile de la efectuarea platii.</p> <p>(3) Neîndeplinirea de către contractant a obligațiilor prevăzute in prezentul articol se sancționează de către autoritatea contractantă, prin efectul dispozițiilor prezentei ordonanțe de urgență, cu plata unei penalități în cuantum egal cu contravaloarea sumelor neachitate subcontractantului cu titlu de ajustare/actualizare.</p>	<p><del>ordonante de urgenta</del> <b>ulterior modificării corespunzătoare a documentelor contractuale</b>, în primul document de plată emis si transmis în cadrul contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru după data intrarii în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, dar nu mai târziu de 18 luni de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, sau, după caz, la încetarea contractului de subcontractare, oricare va interveni mai întâi. Contractantul va transmite autoritatii contractante documentele care atesta achitarea drepturilor subcontractantului in termen de 5 zile de la efectuarea platii.</p> <p>(3) <b>Autoritățile contractante vor introduce în cadrul contractului de achiziție publică/ sectorial/ acordului-cadru clauze contractuale prin care vor reglementa</b>, drept sancțiune pentru neîndeplinirea de către contractant a obligațiilor prevăzute in prezentul articol, <del>se sancționează de către autoritatea contractantă, prin efectul dispozițiilor prezentei ordonanțe de urgență,</del> cu plata unei penalități în cuantum egal cu contravaloarea sumelor neachitate subcontractantului cu titlu de ajustare/actualizare.</p>	<p>Nu în ultimul rând, cu privire la sancțiunea propusă, apreciem că aceasta poate fi calificată cel mult drept o sancțiune contractuală, impunându-se modificarea textului de lege propus în acest sens. În cazul menținerii formei propuse pot apărea grave riscuri de interpretare cu privire la calificarea juridică a unei asemenea sancțiuni, respectiv cu privire la regimul juridic aplicabil impunerii și recuperării acesteia (amendă?).</p>