



Support for Improvement in Governance and Management

A joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by the EU

Sinteza 1

Ianuarie 2011

Achiziții Publice

Achizițiile publice în UE: Cadrul legislativ, Principiile și instituțiile de bază

CUPRINS

- Contextul general: Tratatul de la Roma, principiile generale de drept, Directivele UE
- Domeniul de aplicare al directivelor
- "Efectul juridic" al directivelor
- Principiile de bază ale achizițiilor publice: Concurență, egalitatea de tratament și non-discriminare, transparență
- Rolul instituțiilor europene

În scopul de a înțelege elementele de bază ale achizițiilor publice în UE, este necesar să analizăm nu doar directivele privind achizițiile publice propriu-zise, ci și contextul în care acestea au fost adoptate. Chiar și cu directivele în vigoare, se vor aplica dispozițiile mai generale cuprinse în Tratatul de la Roma, precum și multe principii mai generale de drept, care vor ghida interpretarea directivelor. De asemenea, este important să se înțeleagă rolul diferitelor instituții comunitare.

Tratatul de la Roma: Tratatul de la Roma 1957 (și tratatele ulterioare de modificare a Tratatului de la Roma) nu include nicio dispoziție explicită referitoare la achizițiile publice. Tratatul, cu toate acestea, stabilește mai multe principii fundamentale care stau la baza UE. Dintre aceste principii fundamentale, cele mai relevante în ceea ce privește achizițiile publice sunt:

- interzicerea discriminării pe motive de naționalitate
- libera circulație a mărfurilor
- libertatea de a presta servicii
- libertatea de stabilire

Principiile generale de drept: În plus față de aceste principii fundamentale ale tratatului, anumite principii generale de drept ce decurg din jurisprudența Curții Europene de Justiție (CEJ). Aceste principii generale sunt importante, deoarece acestea vor fi adesea folosite de CEJ pentru a umple golurile din legislație și de a oferi soluții pentru situații care pot fi adesea foarte complexe. Cele mai importante dintre aceste principii generale de drept, în contextul achizițiilor publice, sunt următoarele:

- egalitatea de tratament
- transparența
- recunoașterea reciprocă
- proporționalitatea

Aceste principii generale se aplică independent de directive, astfel încât, chiar dacă directivele nu sunt aplicabile, principiile pot fi aplicate în continuare achizițiilor publice și atribuirii contractelor de către entitățile contractante.

Directivele UE: În scopul de a susține principiile prevăzute de tratat în domeniul achizițiilor publice și de a oferi îndrumarea necesară pentru statele membre, Comunitatea a adoptat o serie de directive privind achizițiile publice.

Cele două directive privind achizițiile publice, care reglementează aspectele procedurale, sunt Directiva 2004/18/CE în sectorul public și Directiva 2004/17/CE în sectorul utilităților.

Există două directive privind "căile de atac", care se aplică la soluționarea contestațiilor. Acestea sunt Directiva 89/665/EC privind căile de atac în sectorul public și Directiva 92/13/CE privind căile de atac în sectorul utilităților. Ambele directive privind căile de atac au fost în mod semnificativ modificate prin noua Directivă 2007/66/CE, care urma să fie pusă în aplicare de către statele membre până la 20 decembrie 2009.

În plus, există acum o nouă directivă, care aplică un regim mai flexibil și confidențial la achiziționarea de bunuri militare și lucrări și servicii conexe - Directiva 2009/81/CE.

Comisia Europeană și-a completat aceste directive procedurale și de remediere cu legislație suplimentară, care tratează diferite aspecte ale procesului de achiziții publice.

Care este domeniul de aplicare al directivelor?

Directivele nu caută să impună un nou regim *comun* de reglementare pentru statele membre ale UE în domeniul achizițiilor publice, iar statele membre pot continua să aplice propriile proceduri naționale *adaptate* la directive. Acestea permit astfel statelor membre să mențină sau să adopte normele de fond și de procedură în măsura în care acestea nu sunt în conflict cu directivele sau cu dispozițiile tratatului. Ca urmare, statele membre rămân libere să reglementeze o serie de probleme, în principal, aspectele practice.

În esență, normele comune ale directivelor constau în aplicarea principiilor de bază, în special non-discriminarea, egalitatea de tratament și transparența în:

- anunțarea contractelor de achiziții propuse;
- proiectarea specificațiilor tehnice;
- alegerea procedurii de achiziție;
- calificarea și selecția candidaților și a ofertanților;
- atribuirea contractelor.

În loc de încercarea de a reglementa cu precizie toate contractele de achiziții publice în cadrul UE, legiuitorul comunitar a ales să reglementeze în directive numai acele contracte, care au fost, în modul cel mai clar, de natură să afecteze schimburile comerciale dintre statele membre. Contractele care se încadrează în această definiție largă includ:

- contractele care sunt de o valoare suficient de mare pentru a atrage operatorii economici din alte state membre (de exemplu, în cazul în care beneficiile potențiale de la câștigarea contractului depășesc costurile suplimentare de furnizare a bunurilor, lucrărilor sau serviciilor de la o distanță mai mare); și/sau
- contractele referitoare la obiectele care pot fi supuse comerțului transfrontalier.

Ce înseamnă "efectul juridic" al directivelor?

Statele membre sunt obligate să ia toate măsurile corespunzătoare pentru a asigura îndeplinirea obligațiilor care decurg din tratat sau care rezultă din acțiunile întreprinse de către instituțiile Comunității. Directivele privind achizițiile publice, la fel ca și toate directivele, nu sunt, prin definiție, direct aplicabile, ceea ce înseamnă că ele nu se aplică în mod automat.

În scopul de a-și produce efectele în statele membre, acestea trebuie să fie implementate sau "transpuse" în legislația națională. Statele membre, prin urmare, sunt obligate să ia măsurile necesare pentru a da efect deplin dispozițiilor directivelor în legislația națională și să se asigure că alte dispoziții naționale nu subminează aplicabilitatea lor. Aceasta, de regulă, ia forma transpunerii directivelor în legislația națională și abrogării tuturor dispozițiilor legislative contrare.

Directivele sunt obligatorii doar în ceea ce privește rezultatul care trebuie obținut, dar lasă la latitudinea autorităților naționale alegerea formei și a metodelor. Astfel, nu este necesar ca statele membre ale UE să producă o copie exactă a directivelor în legislația lor națională, deși unele state membre au făcut exact acest lucru.

Imposibilitatea de a implementa directivele de o manieră corectă sau în timp util nu înseamnă, totuși, că directivele nu au efect juridic. Statele membre nu au dreptul să îi

priveze pe subiecții acestor directive (autoritățile contractante și operatorii economici) de drepturile de care aceștia trebuie să se poată bucura în conformitate cu directivele. În conformitate cu doctrina CEJ a "efectului direct", persoanele pot impune în instanțele naționale drepturile conferite prin directive, ori de câte ori condițiile adecvate sunt întrunite.

Condițiile necesare pentru a da naștere efectului direct al unei directive speciale, sunt după cum urmează:

- obligația impusă statelor membre este una clară și precisă;
- obligația este necondiționată;
- în eventualitatea implementării măsurilor, statele membre sau instituțiile comunitare nu primesc nicio marjă de apreciere.

CEJ a declarat că multe dintre prevederile directivelor nu au efect direct, dar că fiecare prevedere va fi considerată în mod individual.

Care sunt principiile de bază ale achizițiilor publice?

De la originile sale, unul dintre obiectivele principale ale UE a fost de a crea o piață comună care să înlăture barierele din calea comerțului cu bunuri și servicii dintre statele membre ale UE. Crearea unei piețe de achiziții publice comună înseamnă eliminarea oricăror bariere din calea comerțului care rezultă din contextul achizițiilor.

Barierele în calea comerțului pot fi create prin intermediul legislației sau acțiunilor autorităților contractante sau operatorilor economici. Legislația poate crea bariere prin impunerea de cerințe de "cumpărare națională". Autoritățile contractante pot impune bariere prin luarea unor decizii discriminatorii de atribuire. Operatorii economici, de asemenea, pot crea bariere prin concertare, pentru a agreea prețurile de licitație. Toate aceste bariere au un efect de denaturare a concurenței pe piața comună de achiziții publice. Unul dintre scopurile principale ale legislației în domeniul achizițiilor publice este de a elimina barierele existente și de a preveni ridicarea de noi bariere. Ea realizează acest lucru prin aplicarea principiilor de bază, impregnate în legislație.

În timp ce toate principiile sunt interconectate, acestea pot fi reduse la o serie de principii de bază:

- **Concurența**

Din punct de vedere economic, "concurența" funcționează ca o procedură de descoperire, permițând diferiților operatori economici de a comunica prețurile la care bunurile și serviciile sunt disponibile pe piață. Aceste prețuri acționează ca indicatoare și reflectă cererea și oferta în orice moment dat. Ele reflectă, de asemenea, diferențele de calitate și de termeni, precum și condițiile de vânzare a diferitor produse disponibile (neomogene).

Acesta este motivul pentru anunțul publicitar este atât de important. Anunțul garantează o cât mai larg posibilă publicitate și concurență, care permite participarea operatorilor economici din întreaga Comunitate, asigurându-se astfel cea mai mare alegere posibilă.

Mentținerea unei concurențe loiale (sau menținerea condițiilor de concurență echitabile") este o preocupare esențială în vederea obținerii unor rezultate efi-

ciente și economice de achiziții publice. Legislația în domeniul achizițiilor urmărește să prevină orice denaturare sau restricții ale concurenței în cadrul Comunității, iar orice încercare de a împiedica operatorii economici de a participa la licitație va fi interzisă.

Astfel de încercări pot avea multe forme și pot afecta produsele, sau serviciile, sau operatorul economic în sine. Ca urmare, legislația interzice barierele în calea liberei circulații a mărfurilor, cum ar fi restricțiile de import și politicile de "cumpărare națională", precum și barierele în calea libertății de a presta servicii, cum ar fi încercările de a restricționa participarea operatorilor economici străini la licitație, prin utilizarea unor cerințe de înregistrare locale.

Protejarea concurenței este, de asemenea, o chestiune de menținere a egalității de tratament, evitând discriminarea, aplicând principiile de recunoaștere reciprocă a produselor echivalente (și calificărilor), și asigurându-se că orice excepții sunt proporționale.

- **Egalitatea de tratament și non-discriminarea**

Conceptele egalității de tratament și non-discriminării, nu sunt identice. În termeni generali, întreaga legislație de achiziții publice va încerca să mențină egalitatea între operatorii economici. În context european, cu toate acestea, egalitatea va fi, de asemenea, bazată pe "naționalitate".

Egalitatea de tratament este un concept care, în general, solicită ca situații identice să fie tratate în același mod sau situații diferite să nu fie tratate în același mod, și impune un tratament identic pentru persoane identice. Într-un sens, aceasta implică faptul că autoritățile contractante nu vor lua în considerare diversele abilități sau dificultăți cu care se confruntă operatorii economici individuali, dar îi va judeca pur și simplu din perspectiva rezultatelor eforturilor lor, și anume pe baza ofertelor pe care aceștia le prezintă. Aceasta prevede o evaluare obiectivă a prețurilor de ofertă și a calității ofertei, și ignoră orice considerente care nu sunt relevante pentru descoperirea ofertei eficiente din punct de vedere economic.

În contextul european, conceptul egalității de tratament necesită încă o definiție, deoarece, în acest context, conceptul de egalitate este, în plus, bazat pe naționalitate sau pe originea mărfurilor, astfel încât toți operatorii economici de naționalitatea Comunității, precum și toate ofertele, inclusiv bunurile de origine comunitară, trebuie să fie tratate în mod egal (acesta este principiul non-discriminării).

Acest lucru este mai mult decât pur și simplu o extensie a conceptului egalității de tratament. Acesta implică faptul că orice condiție de eligibilitate sau de origine (bazată pe naționalitate sau pe proveniența locală) va da naștere în mod automat unui tratament inegal, deoarece aceste condiții, prin definiție, vor discrimina un anumit grup de operatori economici (străini), sau vor favoriza un alt grup. Cu toate acestea, în timp ce discriminarea într-un context dat va produce o inegalitate de tratament, tratamentul inegal nu dă întotdeauna naștere unei discriminări.

- **Transparența**

"Transparența" a apărut doar recent ca un principiu de sine stătător, deși, probabil, mai bine ar fi să privim la ea ca la un instrument care urmează a fi utilizat pentru a atinge alte obiective. Spre exemplu:

- publicarea și accesibilitatea legislației oferă claritate și certitudine pentru toate părțile interesate și permite autorităților contractante, cât și operatorilor economici să fie conștienți de regulile de joc.
- cerințele de publicitate garantează transparența în procesul de descoperire.
- publicarea în prealabil a specificațiilor tehnice și a criteriilor de selecție și de atribuire permite părților interesate să verifice dacă acestea sunt corecte și nediscriminatorii.
- înregistrarea și raportarea cerințelor asigură faptul că acțiunile autorităților contractante pot fi verificate, dacă este cazul.

Obiectivele din urmă sunt, de asemenea, un aspect fundamental al "responsabilității", ceea ce înseamnă că funcționarii de achiziții publice poartă răspundere pentru deciziile și acțiunile lor. "Responsabilitatea" este adesea un obiectiv explicit al sistemelor naționale de achiziții publice, iar dispozițiile privind transparența consolidează această responsabilitate.

Importanța principiului transparenței în contextul UE, totuși, constă în faptul că aceasta se aplică independent de legislație. Astfel, dacă un anumit contract de achiziție iese în afara domeniului de aplicare a directivelor, atunci este posibil ca principiul transparenței să fie aplicat în continuare, astfel încât să impună cerințe de publicitate. CEJ confirmă că anume așa se și întâmplă.

Unele dintre principiile de mai sus sunt articulate în mod diferit sau sunt combinate în legislația națională. Ați putea găsi, de exemplu, principii enunțate în legislație, cum ar fi: "economie și eficiență", "valoare pentru bani" și "probitate" sau "integritate".

Valoare pentru bani

Un factor economic cheie care stă la baza proceselor de achiziții publice, este necesitatea asigurării faptului că toate de cumpărăturile reprezintă valoare pentru bani. Directivele nu abordează în mod special aceste aspecte, dar este important să nu se piardă din vedere necesitatea de a se asigura că valoarea pentru bani este unul din principalele rezultate ale procesului de achiziții. Termenul valoare pentru bani înseamnă combinația optimă între diferiți factori de cost și non-cost corelați, care, luați împreună, întrunesc cerințele autorității contractante. Elementele care constituie combinația optimă a acestor factori diferă de la achiziție la achiziție și depind de rezultatele solicitate de autoritatea contractantă pentru exercițiul de achiziții publice în cauză.

Care este rolul instituțiilor europene?

La nivel european, în procesul de achiziții publice sunt implicate o serie de organizații diferite. Aceste organizații sunt următoarele:

Rolul legislatorului comunitar: Deși tratatul (Tratatul de la Roma 1957 și tratatele de modificare a Tratatului de la Roma) folosește o altă terminologie, legiuitorul comunitar este, de fapt, Consiliul Comunităților Europene, acționând fie individual, fie în coope-

rare cu Parlamentul European. Toate directivele recente privind achizițiile publice au fost adoptate de către aceste două instituții care acționează împreună, folosind procedura de "co-decizie".

Consiliului i-a fost conferit rolul de a asigura coordonarea politicilor economice generale ale statelor membre, puterea de a lua decizii, precum și puterea de a conferi Comisiei, în actele pe care aceasta le adoptă, competențele de implementare a normelor stabilite de către Consiliu.

Crucial, totuși, Consiliul nu are drept de inițiativă. Astfel, acesta nu are puterea de a promulga o legislație care nu a fost propusă de către Comisie.

Rolul statelor membre ale UE: În sensul UE, statele membre sunt obligate să ia toate măsurile corespunzătoare pentru a asigura îndeplinirea obligațiilor care decurg din tratat sau care rezultă din acțiunile întreprinse de către instituțiile Comunității. Acestea trebuie să faciliteze îndeplinirea sarcinilor Comunității și trebuie să se abțină de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor din tratat.

În ceea ce privește directivele, statele membre au, prin urmare, obligația de a lua măsurile necesare de a asigura aplicarea integrală a dispozițiilor lor în legislația națională și de a asigura că nicio dispoziție națională nu subminează aplicabilitatea lor. Aceasta, de regulă, ia forma transpunerii directivei în legislația națională și abrogării tuturor dispozițiilor legislative contrare.

Este important să notăm că, deși directivele au un efect direct, acolo unde sunt întrunite condițiile specifice (așa cum s-a discutat mai sus), prin faptul că pot transmite drepturile, chiar dacă nu sunt implementate, ele nu sunt direct aplicabile, adică ele trebuie să fie transpuse în legislația națională.

Mai mult decât atât, acestea sunt obligatorii numai în ceea ce privește rezultatul care trebuie obținut, dar lasă la latitudinea autorităților naționale alegerea formei și a metodelor. Astfel, nu este necesar ca statele membre să producă o copie exactă a directivei în legislația lor națională.

Cu condiția ca acestea realizează aceleași rezultate, autoritățile naționale pot reproduce dispozițiile directivei în mod identic prin modificarea legislației existente sau prin crearea de noi legislații sau coduri etc.

Rolul Comisiei Europene: În plus față de calitatea de propunător de legislație, Comisiei Europene, de asemenea, i-a fost oferit prin Tratat rolul de gardian al acestuia. Acestea îi este dată sarcina explicită de a se asigura că dispozițiile din tratat, precum și măsurile adoptate de instituții în temeiul acestuia, sunt aplicate.

Deci, pe lângă calitatea de factor primar de decizie în domeniul achizițiilor publice, Comisia mai este responsabilă și de aplicarea și respectarea generală a directivei. În cazul achizițiilor publice, direcția generală responsabil este DG-Markt. Măsurile de implementare luate de DG-Markt numără adoptarea legislației secundare.

În timp ce luarea unei decizii de către instanțele naționale / organismele de soluționare a contestațiilor împotriva entităților contractante care își încalcă obligațiile ce le revin se face la contestația operatorilor economici interesați, încălcarea legii de către aceste autorități publice, în calitate de emanații ale statului membru, echivalează simultan cu un eșec al statului membru de a-și onora obligațiile care îi revin în temeiul Tratatului. Un astfel de eșec poate fi contestat în mod direct de către Comisie în fața Curții Europene de Justiție (CEJ).

Rolul Curții Europene de Justiție: Există două instanțe la nivel comunitar, fiecare cu propria sa jurisdicție: Tribunalul (anterior Tribunalul de Primă Instanță {TPI}), care se ocupă cu acțiuni împotriva instituțiilor comunitare și Curtea Europeană de Justiție (CEJ). În cele mai multe cazuri legate de achizițiile publice, CEJ este cea care ne interesează mai mult.

CEJ asigură respectarea legii în interpretarea și aplicarea tratatului și a normelor de aplicare a acestuia. În acest scop, CEJ i-au fost conferite în mod expres o serie de competențe. Aceste competențe sunt destinate în principal să permită CEJ să judece acțiunile și inacțiunile instituțiilor și ale statelor membre, în conformitate cu dreptul comunitar și să asigure uniformitatea în interpretarea dreptului comunitar și în aplicarea prezentei legi de către instanțele naționale.

Există trei domenii de activitate CEJ, care sunt importante în cazul achizițiilor publice:

- **Soluționarea contestațiilor**

CEJ are competența de a se pronunța în litigiile dintre Comisie, acționând în calitate de gardian al Tratatului, și statele membre în ceea ce privește eșecul unui stat membru de a-și îndeplini obligațiile care îi revin în temeiul tratatului. Acestea sunt adesea menționate ca procedurile Comisiei privind încălcarea dreptului comunitar.

- **Hotărârile preliminare**

O competență critică conferită CEJ este competența de a se pronunța, prin intermediul unei hotărâri preliminare, asupra *interpretării* Tratatului și *validității* și *interpretării* actelor adoptate de instituțiile Comunității, în cazul în care în fața unei instanțe sau tribunal național este invocată o întrebare pe această temă.

Astfel, în litigiile dintre statele membre și persoane fizice sau între persoane fizice, întrebările referitoare la interpretarea, aplicarea și validitatea dreptului comunitar, care apar în cadrul unei proceduri naționale, pot fi trimise la CEJ. În cazul în care astfel de întrebări apar în contextul unui litigiu din domeniul achizițiilor publice, care a fost adus într-o instanță națională / organ de soluționare a contestațiilor în temeiul Directivei căilor de atac, spre exemplu, instanțele naționale le pot trimite pentru interpretare la CEJ. Conform acestei proceduri, instanța națională / organul de soluționare a contestațiilor va stabili situația de fapt din speță și va formula întrebări de interpretare pentru CEJ, ale căror răspunsuri sunt necesare pentru soluționarea cauzei.

- **Principiile generale de drept**

În exercitarea competențelor sale, CEJ este chemat să aplice și să interpreteze legislația comunitară și, în acest sens, adeseori a încercat să completeze lacunele în legislația comunitară prin referirea la principiile generale de drept. Acestea sunt reguli nescrise, care nu sunt cuprinse în tratat, dar care sunt inspirate de acele principii comune generale de drept, recunoscute în sistemele juridice naționale ale statelor membre ale UE.

Lecturi suplimentare: Diverse texte care alcătuiesc cadrul legislativ al UE, împreună cu o serie de alte documente și link-uri utile, pot fi găsite pe site-ul web al DG Markt, la:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm

Textele Tratatului UE pot fi găsite la: <http://www.eurotreaties.com/eurotexts.html>

[SIGMA Public Procurement Training Manual](#)