



## Support for Improvement in Governance and Management

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

Sinteza 31

Iulie 2014

### Achiziții Publice

# Directivele UE 2014: Concesiunile

Autorizat pentru publicare de către Karen Hill, Director de program SIGMA.



[www.sigmaweb.org](http://www.sigmaweb.org)

Acest document a fost elaborat cu sprijinul financiar al Uniunii Europene. Opiniile exprimate aici nu reprezintă sub nicio formă opinia oficială a Uniunii Europene și nu reflectă neapărat punctele de vedere ale OCDE și ale țărilor sale membre sau ale țărilor beneficiare care participă la programul SIGMA.

## Introducere

**Publicarea Directivei Concesiunilor:** La 28 martie 2014, după o perioadă de trei ani de negocieri ample, noua directivă 2014/23 / UE privind atribuirea contractelor de concesiune ("Directiva privind concesiunile")<sup>1</sup> a fost publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* (*JOUE*), ca parte a unui "pachet legislativ" de reformare a normelor UE privind achizițiile. În aceeași zi, au fost publicate directivele 2014/24/UE (2014 Directiva sectorul public) și 2014/25 / UE (Directiva 2014 Utilități)<sup>2</sup>, cu privire la achizițiile publice ale autorităților contractante din sectorul public și ale entităților din sectorul utilități și de înlocuire a directivelor UE privind achizițiile din anul 2004<sup>3</sup>.

Textele Directivei Concesiunilor și celelalte două directive pot fi descărcate folosind link-ul următor:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2014:094:TOC>

**Termenul limită pentru aplicare:** Termenul limită pentru transpunerea de către statele membre ale UE a Directivei Concesiunilor în legislația națională este 18 aprilie 2016. În principiu, dispozițiile Directivei Concesiunilor nu sunt obligatorii înainte de data transunerii (sau înainte de data la care ar fi trebuit transpuse aceste dispoziții, și anume 18 aprilie 2016). Înainte de această dată, atribuirea serviciilor de concesiuni este totuși supusă principiilor generale stabilite de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) în jurisprudența sa, iar atribuirea concesiunilor de lucrări intră sub incidența Directivei 2004/18 /CE (Directiva 2004 privind sectorul public).

**Această sinteză în domeniul achizițiilor** oferă o imagine de ansamblu asupra noului cadru juridic pentru atribuirea concesiunilor. Aceasta nu își propune să furnizeze o analiză exhaustivă a tuturor dispozițiilor Directivei Concesiunilor. O sinteză în domeniul achizițiilor separată (nr. 30) se axează pe Directiva 2014 privind Sectorului Public și Directiva 2014 privind Utilitățile.

**Motive pentru adoptarea unei directive privind atribuirea concesiunilor:** Achizițiile publice reprezintă unul dintre instrumentele de piață care trebuie utilizate pentru a îndeplini strategia Europa 2020 pentru o creștere inteligentă, sustenabilă și favorabilă incluziunii<sup>4</sup> cu scopul de a:

- îmbunătăți condițiile de afaceri pentru inovații
- încuraja utilizarea mai largă a achizițiilor verzi
- asigura utilizarea mai eficientă a fondurilor publice
- menține piețele de achiziții deschise la nivelul UE.

<sup>1</sup> Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune (*JOUE* L 94, 28/03/2014, p. 1)

<sup>2</sup> Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (*JOUE* L 94, 28/03/2014, p. 65); Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE (*JOUE*, L 94, 28/03/2014, p. 243)

<sup>3</sup> Directiva 2004/18/EC privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (31 martie 2004); Directiva 2004/17/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (31 martie 2004).

<sup>4</sup> A se vedea Comisia Europeană (3 martie 2010), "Comunicare a Comisiei – Europa 2020 – O strategie pentru o creștere inteligentă, ecologică și favorabilă incluziunii".

În acest context, contractele de concesiune sunt văzute ca instrumente importante în dezvoltarea structurală pe termen lung a serviciilor de infrastructură și strategice, contribuind la progresul concurenței pe piața internă, oferind posibilitatea de a beneficia de expertiza sectorului privat, și contribuind la realizarea eficienței și inovării. S-a considerat că absența unor norme clare la nivelul UE privind atribuirea contractelor de concesiune a generat incertitudine juridică și a creat obstacole în calea liberei circulații a serviciilor, provocând distorsiuni în funcționarea pieței interne. Prin urmare, Comisia Europeană urmărește să creeze un cadru legal corespunzător, echilibrat și flexibil de atribuire a contractelor de concesiune, astfel încât să asigure operatorilor economici, în special întreprinderile mici și mijlocii (IMM-uri), accesul efectiv și nediscriminatoriu la piețele UE de concesiune.

În timp ce atribuirea concesiunilor de lucrări a fost și încă mai este supusă regulilor de bază ale Directivei 2004/18/CE (Directiva 2004 Sectorul Public), atribuirea concesiunilor de servicii a fost supusă "doar" principiilor Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE). Riscurile implicate în acest mod de reglementare a concesiunilor au fost interpretate diferit de către legiuitorii naționali, acest lucru fiind confirmat de jurisprudența cuprinzătoare a CJUE privind unele, dar nu toate, aspectele de atribuire a contractelor de concesiune. Directiva Concesiunilor are ca scop îmbunătățirea certitudinii juridice prin crearea unei baze de reglementare solidă pentru aplicarea uniformă a principiilor TFUE de către toate statele membre. Intenția legiuitorului Uniunii Europene a fost de a adopta norme clare și simple, aplicabile la atribuirea contractelor de concesiune care depășesc un anumit prag, și care, în același timp, va reflecta specificitatea concesiunilor față de contractele de achiziții publice. Normele au fost elaborate astfel încât să ofere un nivel minim de coordonare a procedurilor naționale de atribuire a contractelor de concesiune. La fel de important a fost faptul că aceste norme vor asigura o protecție juridică adecvată a candidaților și ofertanților în cadrul procedurilor de atribuire a concesiunilor prin aducerea acestor proceduri în domeniul de aplicare al directivelor de remedii 89/665 / CEE și 92/13 / CEE.

Directiva concesiunilor subliniază libertatea statelor membre de a structura furnizarea de lucrări sau servicii în funcție de nevoile proprii, fie prin utilizarea resurselor proprii, fie prin cooperarea cu alte autorități, sau prin externalizarea acestor sarcini către terțe părți. Prin urmare, directiva nu implică nici liberalizarea serviciilor de interes economic general, care sunt rezervate pentru entități publice sau private și nici privatizarea entităților publice care furnizează aceste servicii.

De asemenea, trebuie remarcat faptul că directiva concesiunilor nu reglementează cerința ca parteneriatele public-private (PPP) să ia forma juridică fie a unui contract de achiziții publice, reglementat de Directiva privind sectorul public, fie a unui de concesiune, supus Directivei concesiunilor .

## Structura și conținutul Directivei Concesiunilor

Directiva concesiunilor este structurată în următoarea ordine:

- Considerente
- Lista cuprinsului
- Titluri care conțin articole - divizate în capitole, care sunt subdivizate în secțiuni
- Anexe.

Considerentele nu sunt prevederi operative ale directivei. Ele oferă contextul și explicații pentru dispozițiile operative, prevăzute în articole. Considerentele sunt o sursă utilă de informații pentru a ajuta la interpretarea articolelor.

Anexele conțin informații și cerințe suplimentare și complementare prevăzute în articole, cum ar fi activitățile exercitate de entitățile contractante și conținutul anunțurilor de concesiune.

**Dispoziții obligatorii și opționale conform Directivei Concesiunilor:** Cele mai multe dintre articole sunt obligatorii, iar statele membre sunt, prin urmare, obligate să le pună în aplicare. Acest lucru este valabil în special pentru definiții și domeniul de aplicare al directivei. Unele articole sunt opționale, ceea ce înseamnă că un stat membru are posibilitatea de a alege dacă le va pune în aplicare sau cum le va pune în aplicare. Această alegere se aplică, de exemplu, regulilor privind procedurile care duc la acordarea unei concesiuni<sup>5</sup> sau a regulilor privind comunicarea<sup>6</sup>.

**Link către web-site-uri utile:**

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/reform\\_proposal/s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposal/s/index_en.htm)

## Conținutul Directivei Concesiunilor

### Titlul I – Obiect, domeniu de aplicare, principii și definiții

Directiva concesiunilor reglementează acordarea atât a concesiunilor de lucrări și a concesiunilor de servicii operatorilor economici de către (i) autorități contractante, sau (ii) entități contractante, cu condiția ca lucrările sau serviciile să fie destinate exercitării uneia dintre activitățile menționate în Anexa II din directivă (adică activități în sectoare specifice, cum ar fi energia, transportul public de călători, exploatarea zonelor geografice, precum și serviciile poștale - vezi mai jos)<sup>7</sup>.

Noțiunea de "autorități contractante", corespunde cu cea utilizată atât de Directiva 2004 privind sectorul public (2004/18 /CE) cât și de Directiva 2014 privind sectorul public (2014/24 / UE) și, prin urmare, se aplică la atribuirea contractelor de concesiune de către organismele de drept public. Directiva Concesiunilor reglementează atribuirea concesiunilor de către "entitățile contractante" care desfășoară o activitate economică menționată în Anexa II a directivei. Aceste entități contractante pot fi autorități de stat, întreprinderi publice sau, în mod excepțional, întreprinderi private care funcționează pe baza unor drepturi exclusive sau speciale. Drepturi "exclusive" sau "speciale" sunt acele drepturi acordate de o autoritate competentă a unui stat membru prin intermediul unei legi, reglementări sau act administrativ publicat, care este compatibil cu TFUE. Astfel de drepturi limitează exercitarea unei activități la doi sau mai mulți operatori economici, ceea ce afectează în mod substanțial capacitatea altor operatori economici de a desfășura o astfel de activitate<sup>8</sup>. Entitățile contractante care desfășoară una dintre activitățile menționate în Anexa II nu sunt obiectul Directivei Concesiunilor dacă le-au fost acordate astfel de drepturi, în conformitate cu TFUE, printr-o procedură bazată pe criterii obiective și în cazul în care au fost publicate în mod corespunzător.

Activitățile enumerate în Anexa II includ activități legate de:

<sup>5</sup> A se vedea articolul 30 și următoarele

<sup>6</sup> A se vedea articolul 29.

<sup>7</sup> A se vedea articolul 1.

<sup>8</sup> A se vedea articolul 5 alineatele 10 și 11.

- punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate furnizării unui serviciu public în legătură cu producția, transportul sau distribuția de energie electrică, gaze sau energie termică, precum și cu furnizarea de energie electrică, gaze sau energie termică a unor astfel de rețele fixe;
- punerea la dispoziție sau exploatarea rețelelor destinate să furnizeze un serviciu public în domeniul transportului feroviar, prin sisteme automate, cu tramvaiul, troleibuzul, autobuzul sau prin cablu;
- exploatarea unei zone geografice în scopul punerii la dispoziția transportatorilor aerieni, maritimi sau fluviali a aeroporturilor și a porturilor maritime sau fluviale sau a altor terminale de transport;
- furnizarea serviciilor poștale;
- exploatarea unei zone geografice în scopul extracției de petrol sau de gaze sau prospecției și extracției de cărbune sau de alți combustibili solizi.

Directiva Concesiuni conține o serie de definiții, inclusiv o definiție a termenilor "concesiune de lucrări" și "concesiune de servicii"<sup>9</sup>. Aceste concesiuni sunt definite ca contracte cu titlu oneros încheiate în scris, prin care una sau mai multe autorități contractante sau entități contractante încredințează executarea lucrărilor / serviciilor unuia sau mai multor operatori economici, în care contraprestația pentru lucrări este reprezentată fie exclusiv de dreptul de a exploata lucrările care fac obiectul contractului, fie de acest drept însoțit de o plată. Directiva clarifică faptul că noțiunea de concesiuni necesită transferul către concesionar a unui risc de operare legat de exploatarea acestor lucrări sau servicii, care include riscul de cerere sau riscul de ofertă sau ambele. Se presupune că concesionarul își asumă riscul de operare în cazul în care, în condiții normale de funcționare, nu i se garantează recuperarea investițiilor efectuate sau a costurilor suportate pentru exploatarea lucrărilor sau prestarea serviciilor care fac obiectul concesiunii. Directiva nu definește ce trebuie să se înțeleagă prin "condiții normale de funcționare". Cu toate acestea, o parte a riscului transferat către concesionar rezultă din expunerea reală la situațiile neprevăzute care pot apărea pe piață. Riscul de operare trebuie să provină de la factorii care sunt dincolo de controlul părților. Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către concesionar, sau cazuri de *forță majoră* nu sunt determinante în vederea clasificării lucrărilor / serviciilor ca o concesiune, deoarece aceste riscuri sunt inerente fiecărui contract. Dacă o reglementare sectorială elimină riscul prin oferirea unei garanții concesionarului privind atingerea pragului de rentabilitate referitor la investițiile și costurile suportate pentru exploatarea contractului, un astfel de contract nu poate fi calificat ca o concesiune. De asemenea, un contract în care contractantul este remunerat pe baza tarifelor reglementate, care sunt calculate în așa fel încât să acopere toate costurile și investițiile suportate de contractant pentru prestarea serviciului nu se califică ca o concesiune, ci mai degrabă ca un contract de achiziții publice.

De asemenea, Directiva Concesiunilor precizează că anumite aranjamente, de exemplu cazurile în care toți operatorii economici care îndeplinesc condițiile specificate au dreptul de a efectua o anumită sarcină, fără nici o selectivitate (cum ar fi sistemele de selecție a clienților)<sup>10</sup>, nu se califică drept concesiuni. În plus, exercitarea unei activități economice, în cazul în care un stat membru sau una dintre autoritățile publice stabilește condițiile prin acțiuni cum ar fi autorizații sau licențe, în cazul în care

<sup>9</sup> A se vedea articolul 5, alineatul 1.

<sup>10</sup> Alte exemple ar putea fi activitățile economice care sunt deschise pentru orice persoană interesată, cu condiția ca această persoană să îndeplinească anumite criterii obiective care reglementează exercitarea acestor activități, cum ar fi ingineri constructori, avocați sau șoferii de taxi (în funcție de legislația națională).

exercitarea activității se acordă la cererea operatorului economic și nu la inițiativa autorității contractante și în cazul în care operatorul economic își păstrează dreptul de a renunța la furnizarea lucrărilor sau serviciilor, ar trebui să nu fie considerate concesiuni<sup>11</sup>. Acest lucru este valabil și pentru acordurile care au ca obiect dreptul unui operator economic de a exploata anumite domenii sau resurse publice în temeiul dreptului public sau privat, cum sunt terenurile sau bunurile aflate în proprietate publică, și unde statul sau autoritatea contractantă, stabilesc doar condiții generale pentru utilizarea acestora, fără însă să achiziționeze lucrări sau servicii specifice<sup>12</sup>. Aceste reguli se aplică și în cazul domeniului public sau al contractelor de închiriere de terenuri care cuprind, în general, termeni referitori la intrarea chiriașului în posesie, utilizarea care urmează a fi dată proprietății, obligațiile proprietarului și ale chiriașului cu privire la întreținerea proprietății, durata contractului de închiriere și repunerea în posesie a proprietarului, chiria și taxele ocazionale care trebuie plătite către proprietar.

Directiva Concesiunilor se aplică în cazul concesiunilor de lucrări și servicii a căror valoare este cel puțin egală sau mai mare decât 5.186.000 EUR<sup>13</sup>. Valoarea unei concesiuni este cifra totală de afaceri a concesionarului generată pe durata contractului, astfel cum a fost estimată de către autoritatea / entitatea contractantă în schimbul lucrărilor și serviciilor care fac obiectul concesiunii, precum și pentru bunurile accesorii acestor lucrări și servicii. Estimarea respectivă este valabilă în momentul trimiterii anunțului de concesiune, și prin urmare, autoritatea contractantă este obligată să efectueze o estimare *ex-ante* a valorii contractului de concesiune. Totuși, dacă valoarea concesiunii în momentul atribuirii este mai mare cu peste 20% decât valoarea sa estimată, estimarea valabilă va fi valoarea concesiunii în momentul atribuirii. Această dispoziție are drept scop de a face mai dificilă eludarea reglementărilor. Totuși, dispoziția pare să se aplice numai în cazurile în care valoarea contractului concesiunilor la momentul atribuirii depășește nu doar valoarea estimată inițial cu mai mult de 20%, dar, de asemenea, în același timp depășește pragul de 5.186.000 EUR. Cu excepția cazului în care anunțul de atribuire a concesiunilor a fost publicat în conformitate cu termenii directivei concesiunilor, va trebui să fie retras și publicat din nou, de această dată în conformitate cu directiva concesiunilor. Ca și în cazul contractelor de achiziții publice, estimarea valorii unui contract de concesiune nu trebuie să se facă cu intenția de a eluda reglementările.

Dacă valoarea estimată a unei concesiuni nu atinge acest prag, atribuirea sa este reglementată de principiile TFUE, adică libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii, precum și de normele în consecință, cum ar fi egalitatea de tratament, non-discriminare, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența, așa cum este cazul în conformitate cu cadrul juridic aplicabil la atribuirea concesiunilor de servicii.

## Excluderi

Directiva concesiunilor conține un număr mare de excluderi din domeniul său de aplicare, dintre care cele mai multe corespund excluderilor incluse în celelalte două directive 2014. Ea nu se aplică, *inter alia*, concesiunilor atribuite:

- în baza unui drept exclusiv, în conformitate cu TFUE;
- serviciilor de transport aerian bazate pe acordarea unei licențe de operare;

<sup>11</sup> Această regulă se poate aplica la servicii care, în conformitate cu legislația națională, ar putea fi efectuate numai după ce a fost acordată o licență de către o autoritate de stat, dar în cazul în care titularul de licență este liber să decidă păstrarea licenței și desfășurarea activității în cauză sau renunțarea la această activitate specială, de exemplu, servicii de taxi sau farmacie.

<sup>12</sup> De exemplu, exploratorii de terenuri

<sup>13</sup> A se vedea articolul 8 privind detalii asupra metodei de calcul.

- organizației internaționale sau instituției financiare internaționale, și finanțate integral de organizația / instituția respectivă;
- în domeniile apărării și securității<sup>14</sup>;

pentru servicii privind o serie de activități care sunt, de asemenea, excluse din domeniul de aplicare al directivei 2014 sectorul public, de exemplu achiziționarea sau închirierea de terenuri, clădiri existente sau alte bunuri imobile; achiziționarea, dezvoltarea, producția sau coproducția de programe destinate serviciilor mass-media audiovizuale sau de radiodifuziune; servicii de arbitraj și de conciliere; servicii juridice și financiare specifice; împrumuturi, servicii de apărare civilă, protecție civilă și de prevenire a pericolelor care sunt prestate de organizații non-profit; și campanii politice;<sup>15</sup>

În ceea ce privește serviciile de loterie acordate de un stat membru unui operator economic, pe baza unui drept exclusiv.

În plus față de excluderile menționate mai sus, Directiva Concesiunilor prevede unele excluderi sectoriale în domeniul comunicațiilor electronice și în sectorul apei. Excluderea din urmă a făcut obiectul discuțiilor intense în cursul procedurii legislative în statele membre ale UE. Directiva clarifică faptul că concesiunile acordate în scopul de a pune la dispoziție sau de exploata rețele fixe destinate furnizării unui serviciu public, în domeniul producerii, transportului sau distribuției de apă potabilă, precum și pentru alimentarea cu apă potabilă a unor asemenea rețele, nu intră în domeniul de aplicare al Directivei Concesiunilor. În anumite circumstanțe, concesiunile pentru eliminarea sau tratarea apelor uzate și pentru proiecte de inginerie hidraulică, irigații sau drenare sunt, de asemenea, excluse din domeniul de aplicare al Directivei Concesiunilor<sup>16</sup>.

O altă excludere importantă se referă la concesiunile atribuite de către o entitate contractantă unei întreprinderi afiliate, în care cel puțin 80% din cifra medie de afaceri totală în ultimii trei ani provine din prestarea de servicii sau lucrări pentru entitatea contractantă sau pentru alte întreprinderi cu care este afiliată (grupuri economice)<sup>17</sup>.

Concesiunile între entități din sectorul public sunt, de asemenea, excluse. Această excludere se extinde atât asupra achizițiilor publice interne („in-house”) cât și a cooperării „public-public”. Pentru excluderea atribuirii concesiunilor interne, autoritatea contractantă trebuie să exercite un control asupra persoanei juridice căreia i s-a atribuit concesiunea care este similar cu controlul pe care autoritatea îl exercită asupra propriilor servicii. În plus, mai mult de 80% din activitățile persoanei juridice controlate trebuie să fie efectuate în vederea îndeplinirii atribuțiilor care îi sunt încredințate de către entitatea contractantă. De asemenea, nu trebuie să existe nici o participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate, cu excepția formelor de participare privată la capital neimplicând controlul, precum este solicitat de legislația națională în conformitate cu TFUE<sup>18</sup>.

În cele din urmă, în conformitate cu jurisprudența recentă CJUE<sup>19</sup>, contractele de concesiune pentru prestarea în comun a serviciilor publice nu intră în domeniul de aplicare al directivei concesiunilor, cu condiția ca (i) sunt încheiate exclusiv între autorități contractante sau entități contractante; (ii) punerea în aplicare a cooperării

<sup>14</sup> A se vedea articolul 10, alineatele 4 - 7, pentru detalii privind excluderile în domeniul apărării și securității, menționate în Directiva 2009/81/CE privind contractele în domeniul apărării.

<sup>15</sup> A se vedea lista la articolul 10, alineatul 8, pentru detalii privind aceste excluderi.

<sup>16</sup> A se vedea articolul 12 pentru detalii privind excluderile specifice în sectorul apei.

<sup>17</sup> A se vedea articolul 13 pentru detalii privind această excludere.

<sup>18</sup> A se vedea articolul 17 pentru detalii privind această excludere.

<sup>19</sup> Cauza C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*

este reglementată exclusiv de considerente de interes public; și (iii) niciun furnizor de servicii privat nu este plasat într-o poziție avantajoasă în raport cu concurenții săi<sup>20</sup>.

## Contracte mixte

Directiva Concesiunilor stabilește norme specifice cu privire la modul de gestionare a contractelor mixte de concesiuni<sup>21</sup>, bazate pe jurisprudența CJUE și normele aplicabile contractelor mixte, astfel cum sunt prevăzute de Directiva 2014 a Sectorului Public și Directiva 2014 a Utilităților. Dacă contractele mixte de concesiune pot fi separate, autoritățile contractante și entitățile sunt libere să atribuire contracte separate pentru diferite părți ale contractului mixt. Cu toate acestea, în cazul în care diferite părți ce constituie contractul nu pot fi separate în mod obiectiv<sup>22</sup>, normele aplicabile trebuie să fie determinate în raport cu obiectul principal al contractului respectiv. Astfel, o concesiune care are ca obiect atât lucrări și servicii trebuie să fie atribuită în conformitate cu dispozițiile aplicabile concesiunilor de lucrări în cazul în care elementul de lucrări caracterizează obiectul principal al contractului particular în cauză, și vice-versa. Distincția dintre concesiuni de lucrări și concesiuni de servicii are importanță juridică, deoarece se aplică un regim juridic diferit la atribuirea acestor două tipuri de concesiuni. De exemplu, sunt prevăzute alte excluderi pentru concesiunile de servicii, în timp ce în cadrul concesiunilor de lucrări se aplică reguli diferite privind subcontractarea. În cazul în care un contract implică elemente atât de concesiuni de servicii cât și concesiuni de bunuri, obiectul principal al contractului este determinat în funcție de cea mai ridicată valoare estimată a serviciilor sau bunurilor respective<sup>23</sup>.

Un contract care intenționează să acopere mai multe activități prevăzute în Anexa II a Directivei Concesiunilor (privind activitățile de utilități), este supus normelor aplicabile activității pentru care este destinat în principal. Directiva conține mai multe dispoziții detaliate privind setul de reguli aplicabile pentru contractele mixte în care este imposibil obiectiv să se determine pentru care activitate este vizat contractul în principal<sup>24</sup>. Directiva conține, de asemenea, norme specifice în ceea ce privește contractele mixte cu aspecte de apărare sau de securitate. Din nou, caracteristicile contractului mixt respectiv sunt decisive pentru determinarea regimului aplicabil la atribuirea unui astfel de contract<sup>25</sup>.

## Durata concesiunii

Directiva Concesiunilor prevede că durata concesiunii trebuie să fie limitată, deși nu stabilește o durată maximă. Aceasta clarifică că perioada de contract nu trebuie să fie nejustificat de lungă, în vederea prevenirii închiderii și restricționării concurenței pe piață. Concesiunile de durată foarte lungă sunt susceptibile de a duce la închiderea pieței și ar putea împiedica astfel libera circulație a serviciilor și libertatea de stabilire<sup>26</sup>. Pentru concesiunile cu o durată mai mare de cinci ani, durata maximă a concesiunii nu trebuie să depășească timpul preconizat a-i fi necesar în mod rezonabil concesionarului pentru a-și recupera investițiile efectuate pentru exploatarea lucrărilor

<sup>20</sup> A se vedea articolul 17 și considerentele 45-47.

<sup>21</sup> Contracte mixte sunt contracte care conțin mai mult de un element, de exemplu, contractele referitoare la lucrări și servicii sau bunuri și servicii, sau contracte legate parțial de activitățile care intră sub incidența directivei și parțial de activitățile care nu sunt incluse în directivă.

<sup>22</sup> În conformitate cu jurisprudența CJUE, determinarea inseparabilității se face de la caz la caz, ținând seama de intențiile exprimate sau presupuse ale autorității contractante de a lua în considerare diferite aspecte care alcătuiesc un contract mixt ca indivizibil, susținute de dovezi obiective care justifică aceste intenții și de stabilirea necesității de a încheia un singur contract.

<sup>23</sup> A se vedea articolul 20 pentru detalii privind contractele mixte.

<sup>24</sup> A se vedea articolul 22, alineatul 3.

<sup>25</sup> A se vedea articolele 21 și 23 pentru detalii privind contractele mixte de achiziții ce prevăd aspecte ce implică securitatea și apărarea.

<sup>26</sup> A se vedea articolul 18 și considerentul 52.



sau a serviciilor și a obține o rentabilitate a capitalului investit ținând seama de investiții totale, capacitatea activului de a genera venituri, tarifele de utilizare, precum și costurile de operare și întreținere a activului.

## Operatori economici, comunicare, confidențialitate și nomenclaturi

Noțiunea de operator economic trebuie să fie interpretată în sens larg pentru a include orice persoane și / sau entități care oferă executarea lucrărilor, furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii pe piață, indiferent de forma juridică în care operează. De asemenea, Directiva stipulează clar că grupurile de operatori economici pot participa la procedurile de atribuire a concesiunilor<sup>27</sup>.

Cu excepția cazului în care utilizarea mijloacelor electronice este obligatorie (de exemplu, anunțurile de atribuire a concesiunilor și disponibilitatea electronică a documentelor concesiunii<sup>28</sup>), statele membre sau autoritățile contractante sunt libere să aleagă una sau mai multe dintre următoarele mijloace de comunicare pentru schimbul de informații: mijloace electronice, poștă sau fax și comunicarea orală. Totuși, Statele membre pot impune obligativitatea utilizării mijloacelor electronice de comunicare pentru concesiuni<sup>29</sup>.

Directiva Concesiunilor conține dispoziții specifice de confidențialitate. Cu excepția cazului în care se prevede altfel în Directiva Concesiunilor sau în legislația națională (de exemplu, legislația privind accesul la informație), autorităților sau entităților contractante li se interzice să divulge informațiile pe care operatorii economici le-au desemnat ca fiind confidențiale, inclusiv, dar fără a se limita la acestea, secrete tehnice sau comerciale și aspectele confidențiale al ofertei<sup>30</sup>.

Directiva Concesiunilor stabilește că orice trimiteri la nomenclaturi în contextul atribuirii concesiunilor se efectuează cu ajutorul „Vocabularului comun privind achizițiile publice” (Common Procurement Vocabulary, CPV)<sup>31</sup>.

## Titlul II – Norme privind atribuirea concesiunilor: principii generale și garanții procedurale

Spre deosebire de Directiva 2014 a sectorului public, Directiva Concesiunilor nu prevede proceduri specifice care trebuie urmate la atribuirea unei concesiuni. Desigur, statele membre nu sunt împiedicate să facă uz de procedurile permise de Directiva sectorului public. Din punctul de vedere al achizițiilor publice, ar fi utilă armonizarea procedurilor puse la dispoziție pentru atribuirea concesiunilor cu cele disponibile pentru atribuirea contractelor de achiziții publice. Directiva Concesiunilor instituie un cadru de bază care reflectă principiile generale și garanțiile procedurale derivate din jurisprudența CJUE menită să asigure transparența și tratamentul egal. Coordonarea minimă trebuie să fie suficientă, din punctul de vedere al legiuitorului UE, pentru a atinge obiectivele urmărite de Directiva Concesiunilor. Indiferent de modul sau forma de organizare în care autoritățile contractante sau entitățile contractante decid să organizeze procedura care duce la alegerea concesionarului, acestea sunt obligate să respecte în orice moment principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței față de operatorii economici<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> A se vedea articolul 26.

<sup>28</sup> A se vedea articolele 33 (2) și 34.

<sup>29</sup> A se vedea articolul 29.

<sup>30</sup> A se vedea articolul 28.

<sup>31</sup> A se vedea articolul 27.

<sup>32</sup> A se vedea articolele 3 și 30.

## Anunțurile de concesionare

Pentru a asigura transparența, Directiva Concesiunilor impune autorităților contractante obligația de a publica intenția de atribuire a unei concesiuni prin intermediul unui "anunț de concesionare", în *JOUE*. Orice derogare de la această obligație de publicitate este supusă unor condiții stricte și, în conformitate cu jurisprudența CJUE, trebuie interpretată în mod restrictiv. Atribuirea unui contract de concesiune, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este permisă numai în cazurile în care (i) este clar de la început că această publicare nu ar declanșa o concurență mai mare, deoarece în mod obiectiv numai un singur operator economic este capabil să execute sarcina; (ii) scopul concesiunii este crearea sau achiziționarea unei opere de artă unice; (iii) absența concurenței din motive tehnice sau din cauza existenței unui drept exclusiv sau de protecție a drepturilor de proprietate intelectuală sau alte drepturi exclusive; sau (iv) nu au fost depuse candidaturile sau ofertele (adevrate), ca răspuns la o procedură anterioară de concesiune, atît timp cît condițiile inițiale ale contractului de concesionare nu sunt modificate în mod semnificativ<sup>33</sup>.

Directiva Concesiunilor prevede că anunțurile de concesionare trebuie să conțină informații specifice, inclusiv numele, adresa și tipul autorității contractante sau entității contractante, domeniul principal de activitate exercitată, o descriere a concesiunii, condițiile de participare, precum și termenul de depunere a aplicațiilor sau de primire a ofertelor. Directiva obligă autoritățile contractante să utilizeze formulare standard ale Comisiei pentru anunțuri de concesionare, care urmează să fie transmise electronic la Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene pentru publicare în *JOUE*<sup>34</sup>. În plus, autoritățile contractante sunt obligate să ofere prin mijloace electronice și în mod gratuit, acces direct și nerestricționat la documentele concesiunii<sup>35</sup>.

## Selecția candidaților și criteriile de atribuire

Directiva Concesiunilor impune reguli pentru selecția și evaluarea calitativă a candidaților<sup>36</sup>. Aceste reguli corespund cerințelor stabilite pentru selecția candidaților pentru atribuirea contractelor de lucrări și de servicii, în conformitate cu Directiva sectorului public, obligând autoritățile contractante să verifice capacitatea profesională și tehnică, precum și situația financiară și economică a candidaților și ofertanților pe baza declarațiilor pe propria răspundere și / sau referința (referințele) prezentate ca dovadă. Condițiile de participare trebuie să fie nediscriminatorii și proporționale cu obiectul concesiunii, și trebuie să fie precizate în anunțul de concesionare. Ca și în cazul contractelor de achiziții publice, operatorii economici trebuie să aibă posibilitatea de a se baza pe capacitățile altor entități în procedurile de atribuire a concesiunii.

Autoritățile contractante trebuie să stabilească faptul că nu există motive pentru excluderea (obligatorie și / sau opțională) a unui operator economic din procedura de atribuire a concesiunii. Operatorii economici care au făcut obiectul unei condamnări prin hotărâre definitivă pentru infracțiuni menționate în mod special, cum ar fi fraudă, corupția sau participarea la o organizație criminală, trebuie excluși de la procedură. Cu toate acestea, unui operator economic trebuie să i se permită să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile luate sunt suficiente pentru a demonstra că este încredere, în ciuda existenței unor motive de excludere. Aceste măsuri pot consta, în special, în (i) măsuri organizatorice și măsuri privind personalul, cum ar fi ruperea tuturor legăturilor cu persoanele sau organizațiile implicate în abatere; (ii) măsuri corespunzătoare de reorganizare a personalului; și (iii) punerea în aplicare a sistemelor de raportare și control. Stabilirea condițiilor procedurale și de fond exacte aplicabile în astfel de cazuri este la latitudinea statelor membre. Acestea dispun de libertatea de a decide dacă să

<sup>33</sup> A se vedea articolul 31 pentru detalii privind anunțurile de concesiune și derogările.

<sup>34</sup> A se vedea articolul 33.

<sup>35</sup> A se vedea articolul 34 pentru detalii privind disponibilitatea în format electronic a documentelor concesiunii.

<sup>36</sup> A se vedea articolul 38 pentru detalii.

permite autorităților contractante individuale să efectueze evaluări relevante ale operatorilor economici sau să încredințeze altor autorități la nivel central sau descentralizat această sarcină<sup>37</sup>.

Directiva Concesiunilor prevede limite de timp minime pentru primirea aplicațiilor și a ofertelor pentru procedura de atribuire a concesiunii. Termenul minim de primire a aplicațiilor este de 30 de zile de la data la care a fost publicat anunțul de concesiune. În cazul în care procedura este organizată în etape succesive, termenul minim de primire a ofertelor inițiale este de 22 de zile de la data la care a fost expediată invitația de participare la licitație<sup>38</sup>.

Concesiunile trebuie să fie atribuite pe baza unor criterii de atribuire obiective, legate de obiectul concesiunii și în conformitate cu principiile generale ale egalității de tratament, nediscriminării și proporționalității. Criteriile de atribuire trebuie să fie enumerate în ordinea descrescătoare a importanței lor și comunicate în prealabil tuturor ofertanților. Numai în circumstanțe excepționale autoritatea contractantă are dreptul de a modifica ordinea de ierarhizare a criteriilor de atribuire. Circumstanțe excepționale ar putea fi, de exemplu, necesitatea de a lua în considerare o soluție inovatoare care nu ar fi putut fi prevăzută de o autoritate contractantă diligentă, iar fără o astfel de modificare, criteriile de atribuire ar fi fost discriminatorii<sup>39</sup>.

Directiva Concesiunilor obligă autoritățile contractante să informeze candidații și ofertanții cât mai curând posibil despre deciziile luate cu privire la procedura de atribuire, inclusiv numele ofertantului câștigător, motivele respingerii celorlalte aplicații sau oferte, și, dacă este cazul, motivele deciziei de a nu atribui contractul deloc. La solicitarea părții / părților interesate, autoritatea contractantă trebuie să informeze cât mai curând posibil, cel mai târziu în termen de 15 zile de la primirea cererii scrise, orice ofertant (ofertanți), care a (au) depus o ofertă admisibilă, cu privire la caracteristicile și avantajele relative a ofertei selectate<sup>40</sup>.

### **Norme privind executarea concesiunilor – subcontractarea, modificarea contractelor, încetarea, monitorizarea și raportarea**

Directiva Concesiunilor conține reguli specifice privind subcontractarea, care sunt similare cu cele prevăzute în Directiva sectorului public. Aceasta permite sau obligă autoritățile contractante să solicite ofertantului să indice partea din concesiune pe care intenționează să o subcontracteze și toți subcontractanții propuși. Concesionarul este obligat să furnizeze informații privind subcontractanții (nume, date de contact, reprezentant legal) și oricare modificări ale subcontractanților care lucrează pe amplasament sub supravegherea directă a autorității contractante. Această cerință, care se aplică concesiunilor de lucrări și concesiunilor de servicii, trebuie să fie îndeplinită în urma atribuirii contractului, cel mai târziu la începutul executării contractului. Autoritățile contractante au libertatea de a extinde aceste cerințe, de exemplu pentru subcontractanții din alte niveluri inferioare ale lanțului de subcontractare<sup>41</sup>.

Legiuitorul UE recunoaște necesitatea de a oferi mecanisme care permit modificări ale unui contract de concesiune în timpul execuției sale, deoarece aceste contracte vizează de obicei o durată extinsă de realizare și modalități tehnice și financiare complexe, care sunt adesea obiectul unor circumstanțe în schimbare. Directiva

<sup>37</sup> A se vedea articolul 38, alineatul 9, și considerentele 70-71 pentru detalii privind posibilitatea de a se “auto-curăța (self-cleaning)”.

<sup>38</sup> <sup>38</sup> A se vedea articolul 39.

<sup>39</sup> <sup>39</sup> A se vedea articolul 41 pentru detalii.

<sup>40</sup> See article 40.

<sup>41</sup> See article 42 pentru detalii privind subcontractarea.

Concesiunilor stabilește următoarele circumstanțe în care se permite modificarea unui contract de concesiune, fără a fi nevoie să efectueze o nouă procedură de atribuire a concesiunilor<sup>42</sup>:

- Modificările, indiferent de valoarea lor monetară, au fost prevăzute în documentele concesiunii inițiale în clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze sau opțiuni de revizuire a valorii.
- Au devenit necesare lucrări sau servicii suplimentare din partea concesionarului original, care nu au fost incluse în contractul de concesiune inițial, dar o schimbare a concesionarului nu se poate face din cauza (i) unor motive economice sau tehnice (cum ar fi cerințele de interschimbabilitate sau interoperabilitate cu echipamente sau servicii) existente; sau (ii) unui inconvenient semnificativ sau duplicării substanțiale a costurilor pe care o astfel de schimbare le-ar cauza pentru autoritatea contractantă, sub rezerva condiției că orice creștere a valorii nu trebuie să depășească 50% din valoarea concesiunii inițiale (în cazul în care mai multe modificări succesive sunt operate, această limitare se aplică la valoarea fiecărei modificări<sup>43</sup>).
- Modificarea necesară (i) a fost determinată de circumstanțe externe pe care o autoritate contractantă diligentă nu putea să le prevadă; (ii) nu schimbă caracterul general al concesiunii; și (iii) implică o creștere a valorii care să nu depășească 50% din valoarea concesiunii inițiale (în cazul în care sunt efectuate mai multe modificări succesive, această limitare se aplică la valoarea fiecărei modificări).
- Un nou concesionar înlocuiește concesionarul inițial ca urmare a (i) unei clauze sau unei opțiuni fără echivoc, precisă și clară de revizuire; sau (ii) o succesiune universală sau parțială a poziției deținută de concesionarul inițial; sau (iii) asumarea de către autoritatea contractantă a obligațiilor concesionarului față subcontractorii săi<sup>44</sup>.
- Modificările nu sunt semnificative.
- Valoarea modificării este sub următoarele două valori: pragul de concesiunilor (în prezent 5 186 000 EUR) și 10% din valoarea concesiunii inițiale.

Statele membre trebuie să se asigure că autoritățile contractante au posibilitatea, în conformitate cu condițiile stabilite de legislația națională, să pună capăt concesiunilor în timpul desfășurării lor, în cazul în care una sau mai multe dintre următoarele condiții sunt îndeplinite<sup>45</sup>:

- A fost efectuată o modificare substanțială a concesiunii, care necesită o nouă

<sup>42</sup> A se vedea articolul 43 pentru detalii privind modificarea concesiunilor.

<sup>43</sup> Ar trebui remarcat faptul că, în conformitate cu formularea directivei, creșterea cuantumului pare să se aplice fiecărei modificări în caz de modificări succesive, indiferent de creșterile precedente a valorii concesiunii în sine. Directiva stabilește clar, totuși, că aceste modificări consecutive nu trebuie să fie scopul de a eluda directiva privind concesiunile.

<sup>44</sup> Domeniul de aplicare al acestei excepții este oarecum neclar. Se pare că această prevedere ar putea justifica intervenția creditorului într-un proiect de concesiune în cadrul parteneriatului public-privat, în cazul în care o astfel de intervenție, este modelată în conformitate cu una dintre măsurile de restructurare prevăzute în dispoziție. (Un argument împotriva unei astfel de interpretări ar fi că creditorii în mod normal nu îndeplinesc criteriile de selecție calitativă stabilite inițial, care este una dintre cerințele pentru această modificare).

<sup>45</sup> Această prevedere trebuie să fie înțeleasă ca o cerință minimă și nu împiedică un stat membru sau o autoritate contractantă să stabilească motive suplimentare pentru rezilierea (timpurie) a unui contract; această prevedere este prevăzută în legislația națională (sau în contract).

procedură de atribuire a concesiunii.

- Concesionarul ar trebui să fi fost exclus, în momentul atribuirii concesiunii, din procedura de atribuire a concesiunii din cauza unor motive obligatorii de excludere (de exemplu condamnare definitivă pentru o infracțiune).
- CJUE constată, în cadrul unei proceduri privind încălcarea dreptului comunitar, că autoritatea contractantă a atribuit o concesiune prin încălcarea obligațiilor sale în temeiul TFUE și în conformitate cu Directiva Concesiunilor.

Statele membre trebuie să se asigure, că una sau mai multe autorități monitorizează aplicarea normelor de atribuire a contractelor de concesiune. Această nouă cerință de monitorizare a punerii în aplicare și funcționarea normelor privind atribuirea contractelor de concesiune ar trebui să garanteze aplicarea eficientă și uniformă a legislației UE în statele membre.

### Protecția juridică

Una dintre cele mai importante schimbări în regimul juridic privind concesiunile de servicii este faptul că Directiva 89/665 / CEE privind căile de atac în atribuirea contractelor de achiziții publice și Directiva 92/13 / CEE privind căile de atac pentru achizițiile realizate de utilități sunt de asemenea aplicabile la atribuirea concesiunilor<sup>46</sup>. Ofertanții respinși trebuie să aibă posibilitatea de a contesta orice decizie luată în timpul procedurii de atribuire a concesiunii, și, prin urmare, să beneficieze de garanțiile minime prevăzute în directivele privind căile de atac.

---

<sup>46</sup> A se vedea articolele 46-47.