

Modificari aduse legii privind concesiunile

In Monitorul Oficial nr 614 din data de 13 iulie 2020 a fost publicata Ordonanta de urgenta a Guvernului nr 114/2020 pentru modificarea si completarea unor acte normative cu impact in domeniul achizitiilor publice (OUG nr 114/2020).

Modificarile vizeaza o serie de acte normative primare din domeniul achizitiilor publice si sectoriale, precum si al concesiunilor, inclusiv Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrari si concesiunile de servicii (Legea nr. 100/2016).

OUG nr. 114/2020 reia intr-o forma identica sau similara o parte din modificarile introduse prin OUG nr. 23/2020, declarata neconstitutionala, pe care de altfel o si abroga.

Elementele de noutate aduse Legii nr. 100/2016 vizeaza aspecte, precum:

- notiunea de autoritate/entitate contractanta;
- confidentialitatea informatiilor din oferte;
- motivele de excludere;
- masurile de autocorectare adoptate de operatorii economici;
- criteriile de atribuire;
- modificarea contractelor de concesiune.

NOTIUNEA DE AUTORITATE/ENTITATE CONTRACTANTA

Ordonanta aduce clarificari referitoare la utilizarea notiunilor de autoritate/entitate contractanta, in scopul transunerii corecte a Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European si a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune (Directiva 2014/23).

Astfel, majoritatea articolelor din Legea nr. 100/2016 au fost modificate in sensul inlocuirii sintagmei entitati contractante cu sintagma autoritati/entitati contractante. Totodata, potrivit noilor prevederi, autoritatile contractante nu mai fac parte din categoria entitatilor contractante. Autoritatile contractante (respectiv autoritatile si institutiile publice centrale sau locale, organismele de drept public, asocierile care cuprind cel putin o autoritate contractanta) alaturi de intreprinderile publice si subiectele de drept care functioneaza in baza unor drepturi exclusive sau speciale acordate pentru exercitarea uneia dintre activitatile prevazute in anexa nr. 2 la Legea nr. 100/2016 au calitatea de autoritati/entitati contractante.

CONFIDENTIALITATEA INFORMATIILOR DIN OFERTE

Cu titlu de noutate, noile dispozitii prevad expres ca informatiile din propunerea tehnica, elementele din propunerea financiara si/sau fundamentarile/justificarile de pret/cost transmise de operatorii economici trebuie sa fie nu doar indicate, ci si dovedite de acestia ca fiind confidentiale. Caracterul confidential se aplica doar asupra datelor/informatiilor indicate si dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau ca fiind protejate de un drept de proprietate intelectuala. In caz contrar, autoritatea/entitatea contractanta nu are obligatia de a nu dezvalui informatiile indicate de operatori ca fiind confidentiale.

Daca pana la acest moment obligatiile consacrate in legislatia concesiunilor (Legea nr. 100/2016 si Normele metodologice aprobate prin HG nr. 867/2016) erau ca operatorii economici sa precizeze ce informatii sunt confidentiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuala, incepand cu data intrarii in vigoare a noilor prevederi, acestia au obligatia clara de a depune si mijloacele de proba aferente odata cu declararea drept

confidentiale a informatiilor.

Conditia demonstrarii caracterului confidential prin mijloace de proba era prevazuta pana acum doar prin legislatia de remedii (Legea nr. 101/2016) cu privire la accesul partilor la documentele dosarului constituit la Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor (CNSC sau Consiliul), fiind acum clar ca aceasta conditie trebuie indeplinita inclusiv pentru restrictionarea accesului la informatiile confidentiale in fata autoritatii/entitatii contractante.

Legiuitorul clarifica astfel importanta justificarii si dovedirii caracterului confidential al ofertelor sau al elementelor componente ale acestora, deoarece in practica operatorii economici nu justifica in mod corespunzator caracterul confidential al informatiilor.

EXCLUDEREA DIN PROCEDURA PENTRU NEPLATA TAXELOR SI IMPOZITELOR

OUG nr. 114/2020 reia dispozitiile introduse prin OUG nr. 23/2020, clarificand caracterul alternativ al celor doua cazuri de excludere prevazute de lege pentru incalcarea obligatiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat: (i) fie autoritatile/entitatile contractante au cunostinta de incalcarea obligatiilor de plata, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotarare judecatoreasca/decizie administrativa cu caracter definitiv si obligatoriu, (ii) fie autoritatile/entitatile contractante pot demonstra prin orice mijloace adecvate incalcarea obligatiilor de plata de catre operatorul economic.

Totodata, este completat primul caz de excludere in sensul in care un operator economic este exclus din procedura de atribuire si atunci cand hotararea judecatoreasca sau decizia administrativa prin care s-a stabilit incalcarea obligatiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat are caracter definitiv si obligatoriu in conformitate cu legea statului membru al autoritatii contractante, nu doar cu cea a statului in care respectivul operator economic este infiintat.

EXCLUDEREA DIN PROCEDURA PENTRU ABATERE PROFESIONALA GRAVA

OUG nr. 114/2020 abroga dispozitiile potrivit carora motivul de excludere privind abaterile profesionale grave era aplicabil si in situatia in care operatorul economic sau un membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau un membru care avea putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia, era supus unei proceduri judiciare de investigatie in legatura cu savarsirea uneia/unora dintre infractiunile enumerate de art. 79 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, care atrag excluderea de la procedura in cazul existentei unei hotarari definitive de condamnare.

Sunt puse astfel in concordanta prevederile Legii nr. 100/2016 cu prevederile similare din Legea nr. 98/2016 (din care motivul de excludere ante-mentionat a fost abrogat prin OUG nr. 107/2017) si cu rationamentul Curtii Constitutionale din Decizia nr. 738/2018.

OBLIGATIA DE EXCLUDERE

OUG nr. 114/2020 reia prevederile din OUG nr. 23/2020 prin care s-a instituit obligatia autoritatilor contractante si entitatilor contractante de la art. 10 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 100/2016 de a exclude operatorii economici in orice moment al procedurii de atribuire in care iau la cunostinta ca acestia se afla in una dintre situatiile de excludere, respectiv:

- au fost condamnati prin hotarare definitiva a unei instante judecatoresti pentru comiterea uneia dintre infractiunile expres prevazute de lege;
- si-au incalcat obligatiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat,

iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotarare judecatoreasca sau o decizie administrativa avand caracter definitiv si obligatoriu conform legii statului in care respectivul operator economic este infiintat sau incalcarea poate fi demonstrata prin orice mijloace adecvate.

Modificarile au drept scop transpunerea corecta si completa a prevederilor Directivei 2014/23 care vizeaza stabilirea obligativitatii de excludere dintr-o procedura de atribuire in anumite situatii.

MASURILE DE AUTOCORECTARE ADOPTATE DE OPERATORII ECONOMICI

Au fost aduse completari si masurilor de autocorectare adoptate de operatorii economici.

Masurile prezentate de operatorii economici pentru demonstrarea credibilitatii vor fi evaluate de catre autoritatea/entitatea contractanta tinandu-se seama de gravitatea si circumstantele particulare ale infractiunii sau abaterii. Daca masurile prezentate sunt considerate insuficiente de catre autoritatea/entitatea contractanta, aceasta are obligatia de a transmite operatorului economic o expunere a motivelor deciziei de excludere.

Si aceste completari urmaresc transpunerea in mod complet in legislatia nationala a prevederilor relevante din Directiva 2014/23.

CRITERIILE DE ATRIBUIRE

In oglinda cu prevederile Directivei 2014/23, OUG nr. 114/2020 reia completari introduse anterior prin OUG nr. 23/2020 in ceea ce priveste criteriile de atribuire.

Astfel, potrivit noii reglementari, criteriile de atribuire nu confera autoritatii/entitatii contractante o libertate de alegere nelimitata.

Totodata, au fost introduse clarificari importante in ceea ce priveste modificarea ordinii criteriilor de atribuire in ipoteza in care autoritatea/entitatea contractanta primeste o oferta care propune o solutie inovatoare. Daca criteriile de atribuire au fost publicate la momentul publicarii anuntului de concesiune, autoritatea/entitatea contractanta trebuie sa publice un nou anunt de concesiune, cu respectarea termenelor minime legale. Noile dispozitii prevad expres ca modificarea ordinii criteriilor de atribuire in acest caz nu conduce la discriminare.

MODIFICAREA CONTRACTELOR DE CONCESIUNE

Cu titlu de noutate, OUG nr. 114/2020 defineste notiunea de modificare substantiala a unui contract de concesiune in sensul art. 106 din Legea nr. 100/2016, drept modificarea prin care contractul prezinta caracteristici ce difera in mod substantial fata de cele cuprinse in documentul initial. Raman, totodata, aplicabile pentru verificarea caracterului substantial al unei modificari cele patru conditii reglementate de la bun inceput de Legea nr. 100/2016.

Se completeaza astfel definitia notiunii de modificare substantiala a unui contract de concesiune, prin transpunerea completa a definitiei din Directiva 2014/23.

DISPOZITII TRANZITORII

Procedurile de atribuire in curs de desfasurare la data intrarii in vigoare a OUG nr. 114/2020 raman supuse legislatiei in vigoare la data initierii acestora.

Prin procedura de atribuire in curs de desfasurare se intelege orice procedura pentru care s-a transmis un anunt de concesiune pana la data intrarii in vigoare a OUG nr. 114/2020.

Varianta actualizata a Legii nr. 100/2016 poate fi consultata aici:

<https://www.avocat-achizitii-publice.ro/legislatie-achizitii-publice/lege-nr-1002016/>