

Achizițiile publice în starea de urgență

Public Procurement under the State of Emergency

Drd. Radu Ștefan ODANGIU*
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The study presents a brief analysis of the procedures for awarding public procurement contracts, in the context of extreme situations like the state of emergency declared following the crisis generated by the Covid-19 virus pandemic.

In its initial chapter, the study summarizes the normative and social context in which the state of emergency was declared, followed by a second chapter which encompasses an analysis of the tendering procedures that can satisfy the emergency requirements corresponding to the necessity of providing the goods required to tackle and combat the coronavirus pandemic.

In its final parte, the study presents a series of conclusions, based on the prior findings.

Keywords: public procurement; tender procedures; state of emergency; pandemic; coronavirus.

Rezumat

Studiul prezintă o analiză succintă procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, în contextul unor situații excepționale cum este și cea a stării de urgență declarate ca urmare a crizei generate de pandemia de virus Covid-19.

În prima parte, studiul trece în revistă elementele contextului social și normativ în care a fost declarată starea de urgență, pentru ca, în partea a doua, să expună o analiză a procedurilor de atribuire care ar putea satisface cerințele de maximă celeritate corespunzătoare nevoilor de produse pentru combaterea pandemiei de coronavirus.

În ultima sa parte, studiul expune o serie de concluzii succinte, pe baza celor constatate.

Cuvinte-cheie: achiziții publice; proceduri de atribuire; stare de urgență; pandemie; coronavirus.

1. Introducere

Criza socială determinată de pandemia de virus Covid-19 („coronavirus”) a creat un ansamblu de circumstanțe excepționale, pe care s-a sprijinit un întreg și complex set de măsuri normative, adoptate atât prin acte de legislație primară, cât și acte de legislație secundară.

Premisele generate de riscurile privind sănătatea publică au fost valorificate pentru a justifica schimbări inclusiv în aria achizițiilor publice – ideea urgenței achiziției de materiale și echipamente medicale fiind în centrul sferei de motive invocate pentru a explica modificările aduse legislației specifice acestui domeniu de drept.

În concret, amenințarea pandemiei de coronavirus și riscurile inerente pentru populație au atras declararea stării de urgență la 16 martie 2020, prin Decretul Președintelui României cu nr. 195/2020¹ (în continuare „Decretul nr. 195/2020”) și, ulterior, prelungirea acestei stări prin Decretul Președintelui României cu nr. 240/2020² (în continuare „Decretul nr. 240/2020”).

* radu.odangiu@gmail.com.

¹ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 212 din 16 martie 2020.

² Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 212 din 14 aprilie 2020.

Decretul de instituire a stării de urgență a fost calificat³ drept un act administrativ cu caracter normativ de organizare a aplicării Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 1/1999 privind regimul stării de asediu și regimul stării de urgență⁴ (în continuare „Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1999”) – adică drept un *corp* de legislație secundară. Raliindu-ne la această opinie, trebuie să amintim că decretul de instituire și prelungire a stării de urgență pot cuprinde măsuri care particularizează conținutul posibilităților generice din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1999, în arii specifice și esențiale pentru organizarea și funcționarea statului în principale domenii de activitate – inclusiv în aria achizițiilor publice.

Art. 14 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1999 particularizează competența Președintelui României instituită prin art. 93 din Constituție, cu privire la măsurile de primă urgență și de restrângere a unor drepturi și libertăți fundamentale. Conținutul acestor măsurilor nu poate depăși limitele stabilite de Constituție prin art. 53⁵, iar domeniile și elemente concrete vizate de decret sunt stabilite de către Președinte, în exercițiul unei prerogative care a fost atent analizată și de Curtea Constituțională⁶.

Ceea ce interesează pentru prezenta analiză este ansamblul de modificări dispuse în privința achizițiilor publice. Studiul va aborda legislația existentă, precum și conținutul măsurilor dispuse prin decretul amintite.

2. Starea de urgență și legislația achizițiilor publice

Se poate argumenta că starea de urgență declarată creează, în perspectiva dreptului, o ordine juridică specială – un cadru normativ derogator, unde mecanismele firești și tipice de reglementare primară, de organizare a executării legii și de aplicare în concret a legii sunt adaptate pentru a răspunde, cel puțin teoretic, necesităților situației sociale extraordinare intervenite.

³ Prin Decizia Curții Constituționale nr. 152/2020, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 387 din 13 mai 2020, s-au reținut în par. 89 și 98 următoarele aspecte:

„89. Având în vedere natura juridică a actului, Curtea reține că acesta nu poate decât să organizeze executarea, respectiv să pună în aplicare, prin raportare la situația de fapt existentă, dispozițiile de reglementare primară care statuează cu privire la regimul juridic al stării de urgență, și anume Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1999. Cu alte cuvinte, decretul prin care se instituie starea de urgență este un act administrativ normativ, subsecvent legii, prin care se stabilesc în concret măsurile de primă urgență care urmează a fi luate, precum și drepturile și libertățile fundamentale al căror exercițiu urmează a fi restrâns. (...)

98. (...) Curtea reține că decretul Președintelui nu este decât un act administrativ normativ, deci un act de reglementare secundară care pune în executare un act de reglementare primară.”

Pentru o opinie care adoptă o perspectivă similară celei din Decizia Curții Constituționale nr. 152/2020, cu privire la natura juridică a decretului de instituire a stării de urgență, a se vedea B. Dima, *Care este natura juridică a decretelor Președintelui României emise pentru instituirea și prelungirea stării de urgență?*, articol apărut online, în data de 17.04.2020 și disponibil la următorul link: <https://www.juridice.ro/680432/care-este-natura-juridica-a-decretelor-presedintelui-romaniei-emise-pentru-instituirea-si-prelungirea-starii-de-urgenta.html>.

Pentru o opinie contrară calificării stabilite de Curtea Constituțională prin Decizia 152/2020, a se vedea D. C. Dragoș, A. Simon, *Despre regimul juridic al stării de urgență*, articol apărut online, în data de 18.04.2020 și disponibil la următorul link: <https://www.juridice.ro/680459/despre-regimul-juridic-al-starii-de-urgenta.html>.

⁴ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1991 privind regimul stării de asediu și regimul stării de urgență a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 22 din 21 ianuarie 2020 și aprobată de Parlament, cu modificări, prin Legea nr. 453/2004 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1052 din 12 noiembrie 2004.

⁵ Ca regulă, potrivit art. 53, raportat la art. 115 alin. (6) din Constituție, afectarea instituțiilor fundamentale ale statului sau restrângerea unor drepturi, libertăți și îndatoriri fundamentale nu pot face obiectul unor ordonanțe de urgență, astfel de măsuri putând fi luate numai prin acte de legislație primară adoptate de Parlament.

⁶ Prin aceeași Decizie nr. 152/2020, ante-menționată, Curtea Constituțională a mai stabilit în par. 92 că: „(...) Președintele României are atribuția constituțională de a institui starea de urgență și de a pune în executare dispozițiile legale ale regimului stării de urgență, astfel cum acestea au fost stabilite de legiuitor. Legea, transpunând norma constituțională, acordă Președintelui competența de a institui prin decret prezidențial starea de urgență, care presupune inclusiv stabilirea măsurilor concrete de primă urgență care urmează a fi luate și identificarea drepturilor și a libertăților fundamentale al căror exercițiu va fi restrâns. Astfel, de vreme ce legiuitorul ordinar a dat substanță atribuției constituționale prevăzute de art. 93 alin. (1), stipulând elementele de conținut ale decretului prezidențial, Președintele ori de câte ori instituie starea de urgență are obligația să se conformeze dispozițiilor legale în temeiul cărora își exercită competența”.

În această ordine juridică specială, intervenită ca urmare a Decretelor Președintelui cu nr. 195/2020 și nr. 240/2020, legislația din domeniul achizițiilor publice nu a rămas neafectată. Însă, înainte de a analiza conținutul măsurilor dispuse în privința achizițiilor publice, trebuie făcute câteva precizări privind instrumentele existente în legislația aplicabilă.

2.1. Existența unor mecanisme în vigoare și aplicabile

Cadrul normativ al achizițiilor publice cuprinde, teoretic, mecanisme care să răspundă unor situații de criză, îndeosebi după reforma din 2016 și în urma armonizării legislației interne cu legislația Uniunii Europene⁷.

Putem spune că, în domeniul achizițiilor publice, cel mai nevroaligic punct în situații excepționale și de urgență este durata procedurilor de atribuire.

Pentru eliminarea sau reducerea la minim a riscului de întârziere a achiziției unor bunuri, servicii sau lucrări care sunt necesare și a căror furnizare sau realizare nu suportă amânare prin prisma unor scenarii excepționale, este esențial ca procedurile de atribuire să poată fi desfășurate cu celeritate și prin derogare de la limitele sau condițiile comune setate de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice⁸ (în continuare „*Legea nr. 98/2016*”).

În asemenea situații, chiar în absența oricărei intervenții normative intempestive a Parlamentului, a Președintelui sau a Guvernului, autoritățile contractante au la îndemână patru variante la care pot recurge, atunci când achiziția reclamă urgență și anume (i) organizarea unei proceduri simplificate (dacă valoarea achiziției este sub pragurile prevăzute de art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016⁹), (ii) organizarea unei licitații deschise sau restrânse și reducerea termenelor de depunere a ofertelor, (iii) negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț sau (iv) achiziția directă.

În primul rând, dacă valoarea achiziției este sub pragurile legale din art. 7 alin. (1) Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate opta pentru organizarea unei proceduri simplificate de atribuire, respectând pașii și condițiile din art. 7 alin. (2) și art. 113 din Legea nr. 98/2016, respectiv din art. 101-105 din Normele metodologice ale Legii nr. 98/2016¹⁰.

În al doilea rând, o autoritate contractantă **poate reduce termenele** impuse de lege pentru atribuirea unui contract prin *licitație deschisă* sau prin *licitație restrânsă*.

În acest sens, în procedura de atribuire prin licitație, autoritatea contractantă ar putea reduce¹¹ perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data limită de depunere a ofertelor, la cel puțin 15 zile, în cazul licitației deschise și la cel puțin 10 zile, în cazul licitației restrânse, dacă autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit și dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

⁷ Pentru o analiză cuprinzătoare a contractului de achiziție publică, a se vedea A. Trăilescu, *Drept Administrativ. Partea Specială*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 72-98.

⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 390 din 23 mai 2016.

⁹ Potrivit art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are obligația publicării unui anunț de participare și/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:

a) 24.977.096 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări;

b) 648.288 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de produse și de servicii;

c) 994.942 lei, pentru contractele de achiziții publice/acordurile-cadru de produse și de servicii atribuite de consiliul județean, consiliul local, Consiliul General al Municipiului București, precum și de instituțiile publice aflate în subordinea acestora;

d) 3.376.500 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de servicii care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2.”

¹⁰ Normele Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice au fost aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 423 din 6 iunie 2016.

¹¹ În baza art. 74 alin. (2) și art. 79 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

a) anunțul de intenție a inclus toate informațiile necesare pentru anunțul de participare, în măsura în care informațiile respective erau disponibile în momentul publicării anunțului de intenție;

b) anunțul de intenție a fost transmis spre publicare cu o perioadă cuprinsă între 35 de zile și 12 luni înainte de data transmiterii anunțului de participare.

De asemenea, chiar în absența publicării prealabile a unui anunț de intenție, dar în prezența unei situații de urgență, demonstrată în mod corespunzător de către autoritatea contractantă și care face imposibil de respectat perioada minimă pentru depunerea ofertelor, autoritatea contractantă poate stabili o perioadă redusă pentru depunerea ofertelor, care nu poate fi mai mică de 15 zile de la data transmiterii spre publicare a anunțului de participare, pentru licitația deschisă¹².

În cazul licitației restrânse, dacă nu s-a publicat un anunț de intenție, dar există o situație de urgență, demonstrată în mod corespunzător de către autoritatea contractantă și care face imposibil de respectat termenele minime stabilite potrivit art. 79 alin. (1)-(2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate stabili:

a) o perioadă redusă pentru depunerea solicitărilor de participare, care nu poate fi mai mică de 15 zile de la data transmiterii spre publicare a anunțului de participare;

b) o perioadă redusă pentru depunerea ofertelor, care nu poate fi mai mică de 10 zile de la data transmiterii invitației de participare la etapa a doua a procedurii de atribuire, după caz.

Totodată, potrivit art. 74 alin. (4) și art. 79 alin. (4), o autoritate contractantă ar putea reduce perioada în care pot fi depuse oferte cu 5 zile, în cazul în care acceptă depunerea ofertelor prin mijloace electronice.

Însă, chiar și în cazul în care o autoritate contractantă ar apela la un mecanism de accelerare ca cele descrise anterior, este posibil ca, într-o situație de criză, procedurile de atribuire amintite să nu fie suficient de rapide pentru a răspunde eventualelor nevoi generate de contextul excepțional.

În al treilea rând, o autoritate publică poate recurge la atribuirea unui contract prin **negocierea fără publicare prealabilă**, în condițiile art. 104 din Legea nr. 98/2016 și art. 93-94 din Normele metodologice ale Legii nr. 98/2016.

Această procedură are caracter excepțional și nu poate fi aplicată, decât în situațiile expres prevăzute de lege, dar poate reprezenta o veritabilă soluție pentru autoritățile contractante care se confruntă cu scenarii în care urgența obținerii unor produse, servicii sau lucrări nu suportă amânare.

Transparența este esențială în achiziții publice și autoritățile sunt obligate ca regulă să publice un anunț prealabil pentru contractul care urmează să fie atribuit și să ocrotească, respectiv să promoveze concurența. Cu toate acestea, există și excepții de la aceste imperative, dar numai în cazurile specifice prevăzute de lege.

Unul dintre mecanismele de ocolire a regulilor clasice de transparență, egalitate de tratament și concurență îl reprezintă procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică prin negocierea directă cu operatorii economici, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

E greu de imaginat o procedură mai accelerată decât cea a negocierii fără publicarea unui anunț prealabil de participare, care permite achiziția lucrării, de produse sau de servicii, peste pragul de valoare care permite achiziția directă. Acest mecanism operează prin simpla transmitere a unei invitații de participare la negocieri, însoțită de documentația de atribuire, către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici.

Nu poate fi ignorată obligația autorității contractante de a verifica îndeplinirea condițiilor art. 104 din Legea nr. 98/2016 și de a motiva în fapt și în drept decizia de a urma această procedură, dar legislația nu prevede nici numărul minim de operatori care trebuie abordați și nici limitele de timp minime sau maxime pentru achiziția unor produse, servicii sau lucrări printr-un asemenea mecanism¹³.

Legea creează prin această procedură un instrument care poate răspunde și celor mai urgente și excepționale nevoi publice identificate de autoritățile contractante.

¹² Potrivit art. art. 74 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

¹³ Strict teoretic și ipotetic, o autoritate contractantă ar putea organiza o procedură de atribuire prin negociere directă, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, într-o singură zi.

În realitate, în beneficiul autorităților contractante, se naște o competență discreționară care implică o marjă amplă de apreciere pentru stabilirea detaliilor concrete privind condițiile de ofertare, atât timp cât e demonstrată incidența unui caz excepțional dintre cele prevăzute de art. 104 din Legea nr. 98/2016.

Cu referire la starea de urgență și necesitatea de a asigura materiale și echipamente medicale în perioada pandemiei de coronavirus, trebuie amintit că, potrivit art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, o autoritate contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea unui contract de achiziție publică, „ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă, negociere competitivă sau procedura simplificată nu pot fi respectate **din motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante. În situații în care se impune **intervenția imediată**, autoritatea contractantă are dreptul de a realiza achiziția publică în paralel cu aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”.**

Având în vedere reglementarea expresă citată anterior, credem că, pentru aplicarea unei asemenea proceduri și în conformitate cu recomandările ANAP¹⁴ și ale Comisiei Europene, trebuie îndeplinite următoarele condiții:

- există urgență extremă și perioadele de aplicare a procedurilor comune nu pot fi respectate;
- motivele de extremă urgență sunt determinate de evenimente imprevizibile;
- apariția situației de extremă urgență nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante;
- există legătură de cauzalitate între evenimentul neprevăzut și extrema urgență;
- autoritatea trebuie și poate (are competența corespunzătoare) să intervină imediat;
- procedura va fi utilizată exclusiv pentru a acoperi lacunele procedurale ale procedurilor comune, până la găsirea unor soluții mai stabile, pe termen mediu.

Apreciem că, în contextul generat de pandemia de virus Covid-19 și suprapunând starea de urgență declarată, autoritățile publice ar fi putut recurge la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru a satisface necesarul de servicii, materiale și echipamente medicale, precum și pentru achiziția publică de produse sau servicii de altă natură, dar care sunt legate direct de obiectivul gestionării și combaterii efectelor pandemiei – indiferent că discutăm despre consecințe privind sănătatea publică ori de consecințe privind mediul economic, financiar, de educație, juridic etc.

¹⁴ Prin recomandările formulate în cadrul secțiunii Bibliotecii de spețe, de pe site-ul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, s-a reținut că „(...) autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, cu atât mai mult cu cât aceasta are la dispoziție toate documentele și informațiile necesare în vederea luării unei decizii corecte și fundamentate în acest sens.

Potrivit art. 69 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă atribuie contractele de achiziție publică, în cazul în care valoarea estimată este mai mare sau egală cu pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1), prin aplicarea procedurilor de licitație deschisă sau licitație restrânsă.

Prin excepție, în conformitate cu prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractelor de achiziții publice/acordurilor-cadru de lucrări, de produse sau de servicii ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă sau negociere competitivă nu pot fi respectate din motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante.

Prin urmare, pentru a putea iniția o procedură de negociere fără publicare prealabilă, în temeiul art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să demonstreze următoarele: a) extrema urgență; b) că motivele de extremă urgență sunt determinate de evenimente imprevizibile; c) că apariția situației de extremă urgență nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante. Este important de reținut că în acest caz (respectiv cel prevăzut la art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016), autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili durata contractului pe o perioadă mai mare decât cea necesară pentru a face față situației de urgență care a determinat aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”. Poziția ANAP poate fi consultată la următorul link: <http://anap.gov.ro/web/negociere-fara-publicare/>.

Trebuie subliniat că, având în vedere contextul deosebit expus de art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu va putea încheia un contract de achiziție publică a cărui durată să depășească ceea ce este necesar pentru depășirea situației excepționale.

Astfel, putem afirma că, odată depășită starea de urgență, autoritățile publice vor avea o sarcină mai dificilă de a justifica aplicarea unei asemenea proceduri.

Derogarea de la principiul transparenței este o problemă delicată, iar Curtea de Justiție a Uniunii Europene prevede că utilizarea procedurilor de atribuire directă trebuie să rămână o excepție. Toate condițiile prevăzute de legislația achizițiilor publice trebuie îndeplinite cumulativ și trebuie să fie interpretate în sens restrictiv¹⁵, iar o procedură de negociere fără publicare permite autorităților contractante să negocieze direct cu potențialii contractanți.

Cu toate acestea, chiar și în prezența unor condiții relativ stricte, precum cele evocate anterior, procedura de atribuire prin negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare poate fi răspunsul la necesitățile urgente născute pe fondul unei situații de criză, cum este și cea creată de pandemia de virus Covid-19.

În al patrulea rând, o autoritate publică poate recurge la mecanismul achiziției directe, dacă valoarea estimată a achiziției de produse sau servicii este mai mică de 135.060 lei fără TVA, respectiv 450.200 lei fără TVA, pentru achiziții de lucrări¹⁶.

Este adevărat că, în cazul achiziției directe, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza catalogul electronic din SICAP sau de a publica un anunț pe site-ului propriu, pe cel al ANAP sau în SICAP, însoțit de descrierea produselor, serviciilor sau lucrărilor care urmează a fi achiziționate, dar acest minim efort nu poate descuraja realizarea procedurii, atât timp cât valoarea estimată a procedurii este sub nivelul precizat în paragraful anterior¹⁷.

Potrivit Normelor metodologice de aplicare ale Legii nr. 98/2016¹⁸, în cazul în care valoarea estimată a achiziției este mai mică de 100.000 lei fără TVA pentru produse și servicii, respectiv 280.000 lei fără TVA pentru lucrări, autoritatea contractantă poate achiziționa direct, fără a utiliza catalogul electronic sau anunțul prealabil, prin consultarea a minimum trei candidați.

Chiar și în cazul în care numai un candidat depune o ofertă valabilă din perspectiva cerințelor impuse, achiziția poate fi realizată, în acest ultim caz.

Trebuie amintit și că, dacă valoarea estimată a achiziției este mai mică de 70.000 de lei, autoritatea contractantă poate achiziționa produse, servicii sau lucrări direct pe baza unei singure oferte, iar dacă valoarea este mai mică de 4.500 lei, autoritatea contractantă are dreptul de a plăti direct, pe baza angajamentului legal, fără acceptarea prealabilă a unei oferte.

Potrivit art. 43 alin. (5) din Normelor metodologice de aplicare ale Legii nr. 98/2016, angajamentul legal prin care sunt asumate cheltuielile aferente achiziției directe poate lua forma unui contract de achiziție publică sau al unei comenzi ori a altui tip de document încheiat în condițiile legii.

Achiziția directă derogă de la regulile tip de organizare a procedurilor de achiziție publică, în primul rând, în considerarea valorii reduse a bunurilor, serviciilor sau lucrărilor urmărite, iar, în al doilea rând, în considerarea unor eventuale motive excepționale argumentate, cum sunt cele generate de starea de urgență.

Trebuie amintit și că art. 11 din Legea nr. 98/2016 interzice expres posibilitatea de eludare a procedurilor de atribuire prin divizarea artificială a contractului de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică sau prin utilizarea unor metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului.

¹⁵ A se vedea, de exemplu, concluziile din hotărârile pronunțate în cauzele C-275/08 Comisia c. Germania și C-352/12 Consiglio Nazionale degli Ingegneri.

¹⁶ Potrivit art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

¹⁷ Pentru o analiză mai amplă, a se vedea M. A. Rațiu, *Dreptul achizițiilor publice. Contractul de achiziție publică. Regimul juridic aplicabil atribuirii contractului*, vol. 1, ed. a 2-a, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 283 și urm.

¹⁸ Art. 43 din Normele Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice au fost aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 423 din 6 iunie 2016.

2.2. Măsurile adoptate în domeniul achizițiilor publice, în starea de urgență

În pofida existenței unui cadru legal care asigură mecanisme de accelerare a atribuirii de contracte de achiziții publice în situații de excepționale, la nivel național au fost adoptate măsuri normative extraordinare, ulterior intervenirii pandemiei de *coronavirus*.

Prin Decretele Președintelui cu nr. 195/2020¹⁹ și nr. 240/2020²⁰ prin care a fost instituită, respectiv prelungită starea de urgență, s-au reglementat derogări presupus controlate, cu privire la legislația achizițiilor publice.

Apreciem că cea mai relevantă prevedere²¹ din Decretul nr. 195/2020, pentru acest studiu și, de altfel, pentru domeniul achizițiilor publice, este art. 10, potrivit căruia: „*Autoritățile publice centrale, precum și entitățile juridice în care statul este acționar majoritar pot achiziționa în mod direct materiale și echipamente necesare combaterii acestei epidemii*”.

La o analiză strictă, această prevedere a reprezentat numai o derogare aparentă, pentru că, deși s-a referit doar la achizițiile publice de produse a autorităților centrale sau a întreprinderilor publice unde statul este cel puțin acționar majoritar²², aceasta nu a stabilit dacă asemenea tranzacții pot depăși pragul valoric de 135.060 lei fără TVA, impus prin art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și nici care ar fi eventuala limită maximă de valoare, până la care pot fi atribuite contracte pe această cale.

De asemenea, această prevedere a limitat aparent achizițiile la „*materiale*” și „*echipamente*” necesare – lăsând autorităților o marja de apreciere însemnată, pentru a decide ce anume bunuri se încadrează în aceste noțiuni și îndeplinesc potențialul de a „*combate epidemia*”.

ANAP²³ a publicat, în data de 16 martie 2020, un comunicat prin care a precizat că:

– „*În perioada stării de urgență instituite pe teritoriul țării, autoritățile/entitățile contractante prevăzute la art. 10 și art. 28 din Decret, achiziționează în mod direct materiale și echipamente necesare combaterii epidemiei COVID-19;*

– *Autoritățile/entitățile contractante verifică încadrarea în prevederile Decretului și justifică modul în care achizițiile respective contribuie la combaterea epidemiei COVID-19;*

– *În vederea monitorizării achizițiilor derulate în perioada de aplicare a Decretului, autoritățile contractante pun la dispoziția ANAP informații, în termen de maxim 30 de zile lucrătoare de la finalizarea perioadei decretate.”*

Acest comunicat ANAP nu a reușit să clarifice limitele de aplicare a art. 10 din decretul menționat și nici nu credem că avea posibilitatea să o facă, față de ambiguitatea textului normativ.

Ulterior, deși trecuse un interval de o lună de la instituirea stării de urgență, prin art. 15 din Anexa 1 la Decretul nr. 240/2020 s-a prevăzut că: „*Autoritățile contractante, inclusiv entitățile juridice în care statul este acționar majoritar, au dreptul de a achiziționa direct materiale și echipamente necesare*

¹⁹ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 212 din 16 martie 2020.

²⁰ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 212 din 14 aprilie 2020.

²¹ În cuprinsul Decretului nr. 195/2020 au mai fost introduse și alte prevederi referitoare la achizițiile publice, însă acestea au avut în vedere chestiuni specifice. În acest sens, menționăm art. 28 din Decretul nr. 195/2020, potrivit căruia: „(1) *Asigurarea sumelor necesare în bugetul Ministerului Sănătății pentru achiziționarea de către direcțiile de sănătate publică de materiale necesare în perioada pandemiei se realizează prin transferuri de la Ministerul Sănătății, urmând ca achiziția să se realizeze de către direcțiile de sănătate publică prin procedură de achiziție directă.*

(2) *Asigurarea sumelor necesare în bugetul Ministerului Sănătății pentru achiziționarea de către unitățile sanitare de materiale și medicamente necesare în perioada pandemiei se realizează prin transferuri de la Ministerul Sănătății, urmând ca achiziția să se realizeze de către unitățile sanitare prin procedură de achiziție directă.*

(3) *Ministerele cu sistem de sănătate propriu pot face achiziții directe pentru unitățile sanitare proprii atât din bugetele ministerelor de resort, cât și din cele ale unităților sanitare”.*

²² Nu înțelegem rațiunea pentru care această derogare aparentă a privit doar autoritățile administrației publice centrale, nu și pe cele ale administrației publice locale, în condițiile în care, de pildă, există numeroase instituții de sănătate publică aflate chiar în subordinea consiliilor locale (spitale municipale, orașenești ș.a.m.d.). Totodată, prin diferența de regim creată, au fost aparent lipsite de posibilitatea de a acționa autorități locale chemate să facă față unor situații care impuneau achiziția urgentă a unor produse medicale, pentru satisfacerea unor nevoi ale comunităților locale. De asemenea, nu înțelegem diferența de regim creată între entități juridice cu capital integral sau majoritar de stat și întreprinderile publice a căror capital este deținut integral sau majoritar de unități administrativ-teritoriale sau de alte autorități publice cu personalitate juridică (e.g. întreprinderi publice a căror capital este deținut de ministere etc.).

²³ Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

prevenirii și combaterii COVID-19, cu depășirea pragului valoric stabilit de art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în limita fondurilor bugetare repartizate cu această destinație.”

Prin această ultimă intervenție, s-a stabilit posibilitatea de depășire a pragului din art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, dar, din nou, nu s-a stabilit un prag maxim.

Totodată, s-a înlăturat problema de limitare doar la autorități centrale – prevăzându-se expres și în acord cu optica Legii nr. 98/2016, că achizițiile directe vor putea fi efectuate de orice autoritate contractantă dacă, evident, sunt îndeplinite și celelalte condiții menționate. Limita de aplicare doar în privința întreprinderilor publice unde statul deține integral sau majoritar capitalul a fost menținută – întreprinderile publice deținute de unități administrativ-teritoriale sau de alte autorități publice propriu-zise cu personalitate juridică fiind excluse.

Nu în ultimul rând, prin art. 15 din Anexa 1 la Decretul nr. 240/2020, s-a prevăzut că achizițiile directe vor putea fi efectuate numai în limita fondurilor bugetare alocate cu această destinație.

Deși o parte a problemelor de interpretare și aplicare ale art. 10 din Decretul nr. 195/2020 au fost înlăturate, ambiguitatea și incoerența caracteristică normelor edictate în această perioadă de criză au fost menținute – cel de-al doilea decret „confirmând” lipsa de predictibilitate generată anterior.

Astfel, măsurile privind achizițiile publice dispuse prin Decretele nr. 195/2020 și nr. 240/2020 au avut caracter echivoc și interpretabil și nu au servit corespunzător doleanței de a asigura un cadru extins și predictibil pentru realizarea de achiziții publice, în regim de urgență. Or, în absența unor elemente clare, precise și predictibile, dispozițiile citate mai sus au generat incertitudine întocmai în defavoarea celor pe care ar fi trebuit să îi servească – achizitorii autorități publice.

Aceste măsuri pot fi calificate ca având o puternică tentă socială și politică și au avut ca scop probabil atenuarea opiniei unei anumite părți din electorat, susținută și de o parte din conducătorii autorităților din administrația publică centrală de specialitate, cu privire la necesitatea de a asigura un fond legislativ pentru derularea accelerată și „în liniște” a procedurilor de achiziții publice²⁴ de materiale și echipamente medicale.

Poate nu este potrivit unui discurs juridic să comentăm asupra eventualelor intenții de deturnare a unor proceduri de achiziții publice sau de fraudare a fondurilor din bugetele publice aferente, însă maniera de redactare a textelor normative citate ridică serioase semne de întrebare asupra rațiunii interne și motivelor extrinseci din spatele edictării unor asemenea prevederi.

Deși nu poate fi negată necesitatea aplicării unor instrumente excepționale care să permită achiziția publică cu celeritate a produselor medicale necesare combaterii pandemiei de Covid-19, putem afirma că aceste instrumente preexistau Decretelor nr. 195/2020 și nr. 240/2020 și ne permitem să concluzionăm că măsurile dispuse nu au servit loial scopului declarat privind interesul legitim public de a combate criza de sănătate publică.

3. Poziția Comisiei Europene

La nivelul Uniunii Europene, a fost emisă Comunicarea privind Orientările Comisiei Europene pentru utilizarea cadrului privind achizițiile publice în situația de urgență legată de criza COVID-19²⁵ (în continuare „Comunicarea” sau „Comunicarea Comisiei”).

²⁴ Amintim aici, cu titlu de exemplu, declarația d-lui. Adrian Streinu Cercel, managerul Institutului de Boli Infecțioase Matei Balș din București, prin care domnia sa afirma în 27 martie 2020: „După ce se termină bolâșnița asta, pandemia, or sa vină alții să ne tragă de mânecă: dar cum ați realizat voi achizițiile? Aici trebuie scos un cadru normativ cât se poate de clar care să stipuleze foarte clar că nimeni nu va avea voie să se atingă de noi în viitor” sau declarația dlui. Raed Arafat, secretar de stat în Ministerul Afacerilor Interne, prin care domnia sa afirma în 18 aprilie 2020: „Cine a ocolit birocracia acum pentru achiziții sanitare să nu fie pedepsit! (...) Dacă mergem pe oportunitate, pe faptul că cineva nu a respectat o regulă sau a mers mai repede, ca să rezolve o problemă, atunci avem o mare problemă. Nimeni n-o să mai facă nimic pe viitor. Sunt două aspecte – pentru aspectele reale de corupție nu ai ce zice, dar dacă pentru depășirea unor aspecte birocratice cineva a încălcat o procedură, o regulă, luând în considerare că azi discutăm de măști și peste două ore nu mai erau și trebuia să te miști foarte rapid”.

²⁵ Comunicarea Comisiei Europene 2020/C 108 I/01 a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C108 din 1 aprilie 2020 și este disponibilă la următorul link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52020XC0401(05)).

Potrivit preambulului Comunicării, „Covid-19 este o criză sanitară care necesită soluții rapide și inteligente și îndemnare în tratarea unei creșteri imense a cererii de bunuri și servicii similare, în timp ce anumite lanțuri de aprovizionare sunt perturbate. Achizitorii publici din statele membre se află în prima linie în ceea ce privește majoritatea acestor bunuri și servicii. Ei trebuie să asigure disponibilitatea echipamentelor individuale de protecție, cum sunt măștile pentru față și mănușile de protecție, a dispozitivelor medicale, în special ventilatoare, a altor materiale medicale, dar și a infrastructurii spitalicești și informatice, acestea fiind doar câteva exemple.”.

Prin această comunicare, s-au evidențiat concluziile Comisiei Europene care a afirmat că, în vederea achiziționării, de bunuri, servicii și lucrări necesare pentru a face față crizei, achizitorii publici (autoritățile contractante) pot lua considerare mai multe opțiuni:

– „În primul rând, în cazuri de urgență, ei pot recurge la posibilități de reducere substanțială a termenelor pentru a grăbi procedurile deschise sau restrânse.

– În cazul în care aceste mecanisme de flexibilitate nu sunt suficiente, se poate avea în vedere o procedură de negociere fără publicare. În cele din urmă, ar putea fi permisă chiar și atribuirea directă unui operator economic preselecat, cu condiția ca acesta din urmă să fie singurul capabil să asigure livrările necesare în limitele tehnice și temporale impuse de extrema urgență.

– În plus, achizitorii publici trebuie să ia în considerare, de asemenea, soluții alternative și stabilirea de contacte cu piața”.

Această poziție a Comisiei Europene coincide cu teza promovată în prezentul studiu, referitoare la suficiența mecanismelor furnizate de Directiva 2014/24/CE și, implicit, de Legea nr. 98/2016, respectiv de Normele metodologice ale acesteia din urmă, pentru asigurarea unui cadru în care se pot desfășura cu celeritate și în condiții de eficiență și efectivitate procedurile de atribuire a unor contracte având ca obiect bunuri, servicii sau lucrări necesare pentru satisfacerea nevoilor publice generate de situația de criză socială.

Comisia a încurajat urmarea unor proceduri transparente cu termene reduse, iar, în subsidiar, apelarea la procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț.

Procedurile transparente cu termene reduse sunt o opțiunea viabilă pe termen mediu și asigură achiziții în condiții economice mult mai avantajoase, raportul calitate-preț fiind mereu pus în pericol, în procedurile urgente, netransparente.

Comisia Europeană a mai adăugat că „procedura de negociere fără publicare permite achizitorilor publici să achiziționeze bunuri și servicii în cel mai scurt timp posibil. În conformitate cu această procedură, astfel cum se prevede la articolul 32 din Directiva 2014/24/UE, achizitorii publici pot negocia direct cu contractantul potențial și nu există cerințe de publicare, termene limită, număr minim de candidați care trebuie să fie consultați sau alte cerințe procedurale.

În practică, acest lucru înseamnă că autoritățile pot acționa cu cea mai mare rapiditate posibilă din punct de vedere tehnic/fizic, iar procedura poate constitui o atribuire directă de facto, supusă doar constrângerilor fizice/tehnice legate de disponibilitatea efectivă și rapiditatea livrării²⁶”.

O altă observație a Comisiei Europene, de interes pentru prezentul studiu, este aceea prin care se constată că legislația achizițiilor publice „oferă achizitorilor publici întreaga flexibilitate necesară pentru a achiziționa cât mai rapid posibil bunurile și serviciile legate direct de criza COVID-19. Pentru a accelera achizițiile, achizitorii publici pot, de asemenea, să ia în considerare:

– contactarea unor contractanți potențiali din UE și din afara acesteia prin telefon, e-mail sau în persoană;

– angajarea unor agenți care au contacte mai bune pe piață;

– trimiterea de reprezentanți direct în țările care dispun de stocurile necesare și pot asigura livrarea imediată;

– contactarea potențialilor furnizori pentru a conveni asupra unei creșteri a producției sau asupra începerii sau a reluării producției”.

²⁶ A se vedea concluziile Comisiei Europene de la pct. 1 din Comunicarea Comisiei Europene 2020/C 108 I/01 a fost publicată în J. Of. nr. C108 din 1 aprilie 2020.

Față de cele expuse succint în acest capitol, este evident că poziția Uniunii Europene este de a recomanda valorificarea mecanismelor disponibile în directivele amintite și în legislația națională de transpunere.

4. Concluzii

Seriozitatea crizei sociale generate de pandemia de *coronavirus* este evidentă și a determinat declararea stării de urgență pe teritoriul României.

Achizițiile publice reprezintă un domeniu esențial în activitatea statului și reclamă o atenție deosebită. În situații de criză și, mai ales, în perioada stării de urgență, achizițiile publice trebuie privite și abordate cu prudență și vigilență, pentru a nu permite degenerarea procedurilor și devalizarea bugetului public.

Chiar și în lipsa unor intervenții intempestive ale legiuitorului sau ale autorităților executivului, legislația internă a generat un cadru în care pot avea loc „derapaje”, în special, dacă achizițiile directe sau procedurile de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare nu sunt atent verificate.

În astfel de condiții, suplimentarea acestui cadru cu măsuri cuprinse în decretele evocate nu par a fi justificate, atât timp cât legislația primară și secundară a achizițiilor publice prevedea expres mijloace procedurale corespunzătoare pentru a face față situației de criză.

Sub forma unei măsuri integrate în secțiunea privind *Domeniul economic*, Decretul nr. 240/2020 a eliminat expres, prin art. 15 din Anexa 1, pragul valoric peste care nu se pot efectua achiziții directe, fără însă a preciza o limită maximă²⁷. Aceasta este probabil cea mai însemnată intervenție, în planul achizițiilor publice, în perioada stării de urgență

Prin art. 5 alin. (2) și (3) din Hotărârea Parlamentului nr. 4/2020²⁸, s-a prevăzut că:

„(2) În termen de 30 de zile de la încetarea stării de urgență, Guvernul va prezenta Parlamentului un raport complet privind măsurile adoptate pe perioada stării de urgență pentru prevenirea și combaterea epidemiei COVID-19, măsurile care au restrâns exercițiul unor drepturi sau libertăți fundamentale și măsurile cu caracter economic și social, temeiurile care au determinat luarea măsurilor și efectele produse, precum și conformitatea acestora cu exigențele dispozițiilor art. 53 și 93 din Constituția României, republicată, ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 1/1999 privind regimul stării de asediu și regimul stării de urgență, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 22 din 21 ianuarie 1999, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 453/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(3) În termen de 60 de zile de la încetarea stării de urgență, Curtea de Conturi va efectua un control al modului de gestionare a resurselor publice pe perioada stării de urgență și va prezenta Parlamentului un raport cuprinzând cele constatate, concluzii și propuneri, în condițiile prevăzute de art. 140 alin. (3) din Constituția României, republicată.”, dar aceste intervenții nu credem că au reușit să compenseze riscurile generate de măsurile dispuse în domeniul achizițiilor publice, în special cea privind eliminarea pragului achizițiilor directe.

Prin art. 5 din Hotărârea Parlamentului nr. 4/2020, s-a instituit atât o obligație a Guvernului de a prezenta un raport privind măsurile luate în timpul stării de urgență și o competență legată a Curții de Conturi de a audita modul în care au fost gestionate resursele bugetare, în perioada stării de urgență, inclusiv și în mod special (credem noi) cu privire la atribuirile de contracte prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare sau prin achiziție directă.

²⁷ Amintim conținutul art. 15 din Anexa 1 la Decretul nr. 240/2020: „Autoritățile contractante, inclusiv entitățile juridice în care statul este acționar majoritar, au dreptul de a achiziționa direct materiale și echipamente necesare prevenirii și combaterii COVID-19, cu depășirea pragului valoric stabilit de art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în limita fondurilor bugetare repartizate cu această destinație.”. Potrivit art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse sau servicii în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 135.060 lei, respectiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică de 450.200 lei”.

²⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 320 din 16 aprilie 2020.

Aceste prevederi adoptate de Parlament au avut teoretic menirea nu doar să asigure o evaluare finală a ceea ce s-a realizat în perioada stării de urgență la nivel de executiv, ci și genereze o atenționare formală în privința intenției de a verifica modul de cheltuire a fondurilor din bugetul public.

Finalmente, trebuie precizat că, deși suportă atingeri, principiile transparenței, egalității de tratament, protejării concurenței sau proporționalității nu pot fi golite de conținut nici chiar în situații extreme, de urgență vădită. La acestea se adaugă inclusiv principiul utilizării eficiente a fondurilor publice care așa cum probabil se va demonstra, a fost sacrificat în beneficiul achiziției urgente a unor produse și servicii critice combaterii pandemiei.

Prin măsurile dispuse prin decrete, s-a creat o oarecare confuzie și s-au compromis suplimentar principiile amintite, deși acestea oricum erau în pericol în contextul pandemiei și mijloacelor deja existente care privesc achizițiile directe și negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț.

Fiecare autoritate contractantă va trebui să evalueze dacă sunt îndeplinite condițiile pentru utilizarea unei astfel de „proceduri de negociere fără publicare prealabilă”.

Odată cu ridicarea stării de urgență, termenele pentru furnizarea rapoartelor din partea Guvernului și Curții de Conturi au început să curgă. Probabil, aceste documente vor oferi o imagine de ansamblu care putem spera ca ne va permite și formarea unei imagini mai detaliate, cel puțin în parte, a impactului măsurilor dispuse prin Decretele nr. 195/2020 și nr. 240/2020, asupra domeniului achizițiilor publice.