



98/18.02.2019

Bucuresti, Romania
Ep 674. 17.01.2019

AVIZ
**referitor la propunerea legislativă privind modificarea
și completarea art.187 din Legea nr.98/2016 privind
achizițiile publice**

Analizând **propunerea legislativă privind modificarea și completarea art.187 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice**, (b674 din 11.12.2018), transmisă de Secretarul General al Senatului cu adresa nr.XXXV/6705/18.12.2018 și înregistrată la Consiliul Legislativ cu nr.D1289/19.12.2018,

CONSILIUL LEGISLATIV

În temeiul art.2 alin.(1) lit.a) din Legea nr.73/1993, republicată și art.46(3) din Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Legislativ,

Avizează negativ propunerea legislativă, pentru următoarele considerente:

1. Propunerea legislativă are, în fapt, ca obiect completarea art.187 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, prin introducerea a 4 noi alineate, respectiv alin.(11) - (14), urmărindu-se stabilirea unui criteriu suplimentar referitor la salarizarea personalului antreprenorului, în procedurile de achiziție publică pentru lucrările de execuție sau de servicii care sunt aferente proiectelor de infrastructură de transport, derulate de autoritățile contractante publice.

Prin conținutul său normativ, propunerea legislativă se încadrează în categoria legilor ordinare, iar în aplicarea art.75 alin.(1) din Constituția României, republicată, prima Cameră sesizată este Senatul.

2. Referitor la Expunerea de motive, semnalăm că aceasta nu respectă structura instrumentului de prezentare și motivare, prevăzută la art.31 din Legea nr.24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, neexistând nici informațiile referitoare la impactul asupra sistemului juridic, adică la: implicațiile pe care noua reglementare le are asupra legislației în vigoare; **măsurile de implementare pe care le presupune aplicarea noului act normativ;**

compatibilitatea cu reglementările Uniunii Europene în materie și determinarea exactă a acestora; deciziile Curții de Justiție a Uniunii Europene și alte documente relevante pentru transpunerea sau implementarea prevederilor legale respective.

Menționăm că Legea nr.98/2014 transpune parțial 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, dar în Expunerea de motive nu se face nicio referire cu privire la măsura în care completările propuse sunt concordante cu dispozițiile acestei directive.

3. Cu titlu preliminar, precizăm că, în actuala redactare, textele propuse prin prezentul proiect, sunt susceptibile să aducă atingere unor dispoziții constituționale, observația urmând a fi dezvoltată în cele ce urmează.

De asemenea, semnalăm că prezenta propunere nu este redactată într-o manieră de natură să permită înțelegerea, interpretarea și corecta aplicare a soluțiilor normative preconizate, acestea fiind fie incomplete, fie imprecise, iar limbajul folosit, de multe ori, nu este specific juridic și, cu atât mai puțin, normativ.

Referitor la aceste aspecte, Curtea Constituțională s-a pronunțat în mai multe rânduri, statuând că **„una dintre cerințele principiului respectării legilor vizează calitatea actelor normative”**, orice act normativ trebuind **„să îndeplinească anumite condiții calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de clar și precis pentru a putea fi aplicat”** și că **„respectarea prevederilor Legii nr.24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative se constituie într-un veritabil criteriu de constituționalitate prin prisma aplicării art.1 alin.(5) din Constituție”**¹.

4. În textul preconizat pentru partea introductivă a **alin.(11)** se precizează că **„Procedurile de achiziție publică pentru lucrările de execuție sau de servicii care sunt aferente proiectelor de infrastructură de transport derulate de autoritățile contractante publice vor aplica un criteriu suplimentar privind salarizarea personalului antreprenorului în următoarele condiții:”**.

¹⁾ A se vedea paragraful 35 din Decizia Curții Constituționale nr.22/2016 care trimite la Decizia nr.1 din 10 ianuarie 2014, Decizia nr.17 din 21 ianuarie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.79 din 30 ianuarie 2015, paragrafele 95 și 96”.

Prin urmare, reglementarea ar urma să vizeze „autoritățile contractante publice” și „personalul antreprenorilor”, dar în actul normativ de bază nu se folosește termenul „antreprenor” și nu este definită și nici folosită expresia „autoritățile contractante publice”.

Însă, la art.3 alin.(1) din Legea nr.98/2016 se regăsesc definiții ale unor termeni și expresii - care este posibil să fi fost vizate de inițiatori prin termenul „antreprenori” - precum: *candidat, contractant, furnizor, ofertant, operator economic, subcontractant*.

De asemenea, la art.4 alin.(1) din lege se stabilește ce se înțelege prin **autoritate contractantă**, în sensul actului de bază și anume:

„a) autoritățile și instituțiile publice centrale sau locale, precum și structurile din componența acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite și care au stabilite competențe în domeniul achizițiilor publice;

b) organismele de drept public;

c) asocierile formate de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b).”

Ar fi fost, deci, necesară precizarea raportului între noțiunile/termenii deja consacrați în textele în vigoare și cei folosiți în normele propuse a fi nou introduse în lege.

5. Referitor la noul **criteriu** introdus, pe de o parte, precizăm că nu rezultă fără echivoc cine îl va aplica, în ce moment se va verifica întrunirea acestuia și în ce constă propriu-zis, în partea introductivă a alin.(11) menționându-se doar că privește salarizarea personalului antreprenorului, iar la **lit.d)** că „salarizarea minimă în cazul investițiilor publice derulate de autoritățile publice va fi de 24 lei net/oră de muncă”. De asemenea, la **lit.a)** se arată că „Atribuirea lucrărilor se va realiza **doar în condițiile** în care în fișa de date a achiziției, **se va prevedea punctaj** referitor la salarizarea forței de muncă”, iar la lit.b) se prevede că „lipsa punctajului în fișa de date, **ca și criteriu de atribuire obligatoriu ... duce la nulitate...**”.

Prin urmare, nu se înțelege dacă noul criteriu constă în garantarea de către operatorul economic a acordării unui anumit salariu minim personalului folosit pentru realizarea proiectului sau în prevederea unui punctaj în documentația de atribuire referitor la salarizarea personalului operatorului economic.

Pe de altă parte, nu se înțelege dacă acest nou criteriu este unul de atribuire a contractelor de achiziție publică/acorduri-cadru de proiectare și execuție sau de servicii, deoarece terminologia utilizată în cuprinsul alin.(11) este variată și ambiguă. Astfel, în partea

introdusivă se menționează că „**Procedurile de achiziție publică** pentru lucrările de execuție sau de servicii ... vor aplica un criteriu suplimentar” (procedurile nu pot aplica criteriile), la lit.a) se arată că „**Atribuirea lucrărilor se va realiza**”, iar la lit.d) se face vorbire despre salarizare în cazul „**investițiilor publice** derulate de autorități publice”.

De asemenea, nu rezultă cu precizie dacă întrunirea acestui criteriu este opțională sau dacă criteriul doar trebuie menționat în mod obligatoriu în „fișa de date a achiziției”, (probabil s-a avut în vedere *documentația de atribuire*, expresia „fișa de date” neexistând în actul de bază).

În ceea ce privește textele de la **alin.(11) lit.c) și e)**, semnalăm că acestea prevăd acordarea unui număr de 10 puncte pentru îndeplinirea criteriului suplimentar de salarizare/pentru o salarizare de 24 lei net, **dar în actul de bază nu sunt prevăzute punctaje pentru întrunirea celorlalte criterii de atribuire.**

Pe de altă parte, menționăm lit.c)-e) ale alin.(11) repetă într-o succesiune de norme care o reiau în mod diferit, ipoteza salarizării cu 24 lei net/ora de muncă, pentru care se acordă 10 puncte, generând un **paralelism legislativ interzis de art.16 alin.(1) din Legea nr.24/2000**, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

6. În considerarea soluției normative preconizate la **alin.(11)**, semnalăm că, din actuala redactare, nu rezultă care va fi sanțiunea aplicabilă în cazul în care operatorul economic nu acordă în fapt un salariu minim de 24 lei/ora de muncă, deoarece, așa cum se arată la lit.b), „**lipsa punctajului în fișa de date...** duce la nulitatea procedurii de achiziție publică”.

7. Mai trebuie menționat faptul că nu este stabilită conexiunea dintre eventualul salariu minim care ar putea fi impus prin promovarea prezentei propuneri și prevederile art.164 alin.(3) din Codul muncii care prevăd pentru angajator **obligația de a garanta în plată un salariu brut lunar cel puțin egal cu salariul de bază minim brut pe țară.**

Precizăm că potrivit art.1 din Hotărârea Guvernului nr.937/2018, „(1) **Începând cu data de 1 ianuarie 2019, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, prevăzut la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de 2.080 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând 12,43 lei/oră.**

(2) Prin excepție de la prevederile alin.(1), începând cu data de 1 ianuarie 2019, pentru personalul încadrat pe funcții pentru care se prevede nivelul de studii superioare, cu vechime în muncă de cel puțin un **an în domeniul studiilor superioare**, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, fără a include sporuri și alte adaosuri, se majorează de la 2.080 lei la **2.350 lei lunar**, pentru un program normal de lucru de 167,333 ore în medie pe lună, reprezentând 14,044 lei/oră”.

De asemenea, **Ordonanța de urgență a Guvernului nr.114/2018** privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, **a reglementat un salariu minim brut pe țară garantat în plată diferit pentru domeniul construcțiilor**, art.71 prevăzând că: „(1) Prin derogare de la prevederile art.164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în perioada 1 ianuarie 2019 - 31 decembrie 2019, **pentru domeniul construcțiilor**, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește în bani, fără a include sporuri și alte adaosuri, la suma de **3.000 lei lunar**, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând **17,928 lei/oră**.”

(2) Prevederile alin.(1) se aplică exclusiv domeniilor de activitate prevăzute la art. 66 pct. 1 din prezenta ordonanță de urgență.”.

8. Referitor la textul propus pentru **lit.b) a alin.(11)**, pe lângă exprimarea improprie din punct de vedere juridic („**duce la nulitatea procedurii de achiziție**”), mai reținem că norma propusă nu specifică, în ceea ce privește nulitatea, dacă aceasta este relativă sau absolută și nu este stabilită legătura cu prevederile art.211-213 referitoare la finalizarea procedurii de atribuire prin anulare și nici cu art.223 referitor la solicitarea constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică.

De altfel, pentru respectarea normelor de tehnică legislativă, un nou text referitor la sancționarea cu nulitatea relativă/absolută ar fi trebuit inclus într-unul din articolele menționate supra.

Pe de altă parte, precizăm că introducerea unui nou criteriu de atribuire, la alt alineat decât alin.(3) al art.183 din actul de bază, intră în contradicție cu prevederile art.224 lit.g), deoarece „utilizarea altor criterii de atribuire decât cele prevăzute la art.187 alin.(3)” „constituie

contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni”.

9. Semnalăm că textul propus pentru **alin.(12)**, prin utilizarea sintagmei impersonale „se va analiza necesitatea”, prezintă, pe de o parte, un caracter declarativ și nu normativ, iar pe de altă parte, folosește o exprimare nejuridică ambiguă, „necesitatea revizuirii în creștere a acestui nivel”.

10. În ceea ce privește textul preconizat pentru **alin.(13)**, precizăm că soluția este greșită, deoarece „pentru revizuirea nivelului de salarizare”, Ministerul Finanțelor nu adoptă hotărâri ale Guvernului, ci Guvernul adoptă hotărâri la propunerea unui minister.

Pe de altă parte, precizăm că, potrivit art.164 alin.(1) din Codul muncii, „salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, corespunzător programului normal de muncă, se stabilește prin hotărâre a Guvernului, **după consultarea sindicatelor și a patronatelor**”.

11. În textul propus pentru **alin.(14)** se folosesc cuvintele „revizuirea” și „indexarea”, fără a se înțelege în ce va consta indexarea.

12. Mai menționăm că posibilitatea combaterii șomajului, prin intermediul realizării unor proiecte pe baza unor contracte de achiziții publice, este deja avută în vedere chiar în cadrul art.187 asupra căruia se intervine, care la alin.(10) prevede că: „**În cazul în care două sau mai multe oferte sunt echivalente**, autoritățile contractante pot aplica un criteriu suplimentar, de exemplu: **combaterea șomajului**, ce se va menționa explicit în anunțul de participare.”.

De asemenea, sub aspectul calității personalului care execută efectiv contractul, și implicit al nivelului de remunerare a acestuia, la art.187 alin.(5) lit.b) se prevede că factorii de evaluare pe baza cărora se determină cel mai bun raport calitate-preț/calitate-cost pot viza și „organizarea, **calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului**, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului”.

13. Pe de altă parte, semnalăm că, prin adoptarea prezentei propuneri, se vor genera discriminări între categoriile de operatori economici, deoarece stabilirea criteriului suplimentar referitor la salarizarea personalului îi va viza doar pe operatorii economici care, prin contractele de achiziții publice atribuite, vor realiza proiecte de infrastructură de

transport, măsurile fiind susceptibile să încalce prevederile art.16 alin.(1) din Constituție referitoare la egalitatea în fața legii.

*

* *

Având în vedere cele expuse supra, prezentul proiect necesită a fi reconsiderat în întregime, atât din punctul de vedere al măsurilor efective preconizate, cât și din punctul de vedere al exprimării soluțiilor în acord cu exigențele de tehnică legislativă, fără echivoc, în mod clar și precis, corect sistematizate și cu realizarea corelațiilor cu alte norme ale actului de bază, dar și cu prevederile Codului muncii.

~~PREȘEDINTE~~

dr. Dragoș HLIȘCU

București

Nr. 18/16.01.2019.

Lege privind achizițiile publice

- 1 promulgată prin D. nr. 514/2016 M. Of. nr. 390/23 mai 2016
Decret pentru promulgarea Legii privind achizițiile publice
- 2 completat prin O.U.G. nr. 80/2016 M. Of. nr. 939/22 nov. 2016 *introduce alin. (4) la art. 235*
Ordonanță de urgență pentru stabilirea unor măsuri în domeniul administrației publice centrale, pentru prorogarea termenului prevăzut la art. 136 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară și pentru modificarea și completarea unor acte normative
aprobată cu modificări prin L. nr. 80/2017 M. Of. nr. 313/2 mai 2017
- 3 modificări prin L. nr. 80/2017 M. Of. nr. 313/2 mai 2017 *aprobă cu modificări O.U.G. nr.80/2016 și modifică art. 235 alin.(4)*
Lege privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 80/2016 pentru stabilirea unor măsuri în domeniul administrației publice centrale, pentru prorogarea termenului prevăzut la art. 136 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară și pentru modificarea și completarea unor acte normative
- 4 modificări prin O.U.G. nr. 107/2017 M. Of. nr. 1022/22 dec. 2017 *modifică art. 4 alin. (1) lit.c), art. 6 alin. (3) lit. b), art. 7 alin. (1) partea introductivă, art. 19, art. 28 alin. (1) și (2), art. 33, art. 53, art. 55 alin. (1), art. 68, art. 104 alin.(1) lit. a) și c), art. 109 alin. (3), art. 111 alin. (1) și (4), art.114, art. 131 alin. (1) lit. a), art. 153 alin. (1) lit. a), art. 160 alin. (1) și (2), art. 161, art. 175 alin. (2) lit. a), art. 176 alin. (1), art. 182 alin. (2), art. 185 alin. (1), art. 187 alin. (8) lit.b), art. 193 alin. (2) și (3), art. 200 alin. (1), art. 207 alin. (1) lit. b), art. 210 alin. (1), art. 212 alin. (1) lit.d), art. 213 alin. (2), art. 214 alin. (2) și (3), art. 215 alin. (2) lit. b) și alin. (3) - (6), art. 221 alin. (1) lit.d) pct. (iii), art. 224 alin. (1) lit. i);*
introduce alin. (3) la art. 4, lit.b_1) la art. 7 alin. (1), alin (4_1) la art. 113, alin. (5_1) la art. 215;
abrogă art. 113 alin. (12) și (13), art. 167 alin. (4), art. 182 alin. (5), art. 225.

modifică art. 6 alin. (3) lit. b), art. 7 alin. (1) și (5), art. 19 lit. a), art. 40, art. 43 alin. (1), art. 65 alin. (2), art. 68 alin. (2) lit. a) și b), art. 104 alin. (1) lit. c), art. 104 alin. (5) lit. c), art. 111 alin. (1) partea introductivă, art. 111 alin. (4), art. 153 alin. (3), art. 161, art. 166 alin. (2), art. 213 alin. (2), art. 215 alin. (1), art. 217 alin. (6), art. 221 alin. (1) lit. a) și b) partea introductivă și pct. (ii) de la lit. d) și lit. f), art. 221 alin. (2), art. 221 alin. (7) partea introductivă și lit. d), art. 221 alin. (9), art. 224 alin. (1) lit. a) și art. 226 alin. (1); introduce alin. (12) la art. 113 și alin. (3_1) la art. 187;
abrogă art. 7 alin. (3), art. 140 alin. (3), art. 214 alin. (2), art. 221 alin. (8) și art. 229 alin. (3)