

Proceduri administrative

Suport de curs

Dacian C. Dragoș

Remus Chiciudean

Ana Elena Ranta

2012

Cuprins

Capitolul I Noțiuni introductive

- I.1. Înțelesul unor termeni
- I.2. Părțile procedurilor administrative
- I.3. Termenele în procedura administrativă

Cap. II. Procedura administrativă

- II.1. Etape în procedura administrativă
 - II.1.1. Inițierea procedurii - Procedura de drept comun și proceduri speciale de soluționare a petițiilor
 - II.1.1.1. Petițiile (OG nr. 27/2002)
 - II.1.1.2. Cererile de informații de interes public (Legea 544/2001)
 - II.1.1.3. Studiu de caz: Procedura de „aprobare” tacită a autorizațiilor (OUG nr. 27/2003)
 - II.1.2. Finalizarea procedurii administrative
- II.2. Emiterea/adoptarea actului administrativ în forma și după procedura prevăzută de lege.
 - II.2.1. Teoria actului administrativ: definire, caracteristici, condiții de valabilitate, clasificare, procedura de autorizare în construcții – studiu de caz, acte administrative de constrângere – studiu de caz.
 - II.2.2. Forme procedurale anterioare emiterii actului administrativ
 - II.2.3. Forme procedurale concomitente emiterii actului
 - II.2.4. Forme procedurale posterioare emiterii actului
- II.3. Asigurarea transparenței procedurii administrative (Legea nr. 52/2003)
 - II.3.1. Aspecte introductive
 - II.3.2. Participarea cetățenilor și a asociațiilor legal constituite la procesul de elaborare a actelor normative
 - II.3.3. Participarea cetățenilor și a asociațiilor legal constituite la procesul de luare a deciziilor
- II.4. Compartimentul de relații publice
- II. 5. Răspunderea în cadrul procedurii administrative
- II. 6. Proceduri de răspundere a personalului din sectorul public
 - II.6.1. Forme de răspundere ale funcționarului public.

II.6.2. Studiu de caz: Comparație între procedura aplicării sancțiunilor disciplinare în cazul funcționarilor publici și în cazul personalului contractual.

Cap. III. Proceduri administrative și jurisdicționale de anulare/revocare a actelor administrative

III.1. Procedura recursului administrativ prealabil (tipuri, termene, soluționare)

III.2. Recursul administrativ jurisdicțional și actul administrativ jurisdicțional.

Procedurile administrativ jurisdicționale reglementate în legislația română.

III.3. Procedura administrativa contencioasă. Aspecte procedurale

Cap. IV. Procedura de atribuire a contractelor administrative

IV.1. Contractul de achiziție publică

IV.2 Contractul de concesiune

IV.3. Contractul de parteneriat public-privat

IV.4. Contractul de parteneriat public-public

Capitolul I. NOȚIUNI INTRODUCTIVE

I.1. Înțelesul unor termeni.

Administrația publică. Noțiunea de administrație publică are două sensuri: a) Ansamblul autorităților sau organelor administrative care aplică legea (președinte, guvern, primar, prefect, consiliu local, poliția, jandarmeria, etc), și b) Activitatea de aplicare a legii, în regim de putere publică, în vederea satisfacerii intereselor generale ale societății (emiterea de acte administrative cum ar fi autorizațiile, respectiv efectuarea de operațiuni administrative cum sunt adeverințele, certificatele, colectarea deșeurilor menajere, furnizarea apei potabile, etc.).

Serviciul public este înțeles în doctrina de drept administrativ ca fiind o activitate organizată sau autorizată de o autoritate a administrației publice, pentru a satisface nevoi sociale de interes public. Într-un prim sens, serviciul public desemnează organul administrativ însărcinat cu realizarea unei activități de interes general, iar în al doilea se referă la activitatea de interes general desfășurată de acel organ administrativ. Prin urmare, spre exemplu, prin serviciul public de “poliție” înțelegem atât poliția ca instituție, cât și activitatea de asigurare a ordinii și liniștii publice, prevenirea și urmărirea infracțiunilor. Singura definiție legală a serviciului public o regăsim în Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ (art.2): activitatea organizată sau autorizată de o autoritate publică, în scopul satisfacerii, după caz, a unui interes public.

Conceptul de “autoritate publică” . Noțiunea de autoritate publică este prefigurată parțial de Constituție, chiar dacă nu într-un mod unitar; astfel, titlul III cuprinde autoritățile publice din clasicele puteri ale statului, în timp ce alte articole din legea fundamentală desemnează și ele autorități publice, cum ar fi Avocatul poporului, Curtea Constituțională, Curtea de Conturi.

În sensul legii contenciosului administrativ însă, pentru a putea fi considerată o autoritate publică, o anumită entitate trebuie să întrunească trei caracteristici:

a) să fie organ de stat sau al unităților administrativ teritoriale; calitatea de “organ” de stat sau al unităților administrativ teritoriale este conferită prin lege, deși legislația română nu folosește întotdeauna această noțiune, ci una echivalentă, de “autoritate” - de exemplu, art.18 din Legea nr.215/2001: “Comunele, orașele și județele sunt unități administrativ-teritoriale în care se exercită autonomia locală și în care se organizează și funcționează autorități ale administrației publice locale (s.n.D.C.D)” și art.21 din aceeași lege: autoritățile administrației

publice prin care se realizează autonomia locală în comune și orașe sunt consiliile locale, comunale și orașenești, ca autorități deliberative, și primarii, ca autorități executive”.

b) să acționeze în regim de putere publică; puterea publică este conferită și ea prin lege (în sens larg) - astfel, rămânând în sfera legii administrației publice locale, după ce art.3 alin.1 definește autonomia locală ca fiind dreptul și capacitatea efectivă a autorităților administrației publice locale de a soluționa și de a gestiona, în numele și în interesul colectivităților locale pe care le reprezintă, treburile publice, în condițiile legii, precizează în alin.2 că “acest drept se exercită de consiliile locale și primari, precum și de consiliile județene (...)”, precizare care are de fapt semnificația conferirii de putere publică acestor autorități locale.

c) acțiunea ei să aibă ca scop satisfacerea unui interes legitim public, în condițiile în care interesul public este definit de lege ca fiind “interesul care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice” (art.2 lit.1).

Mijloacele de acțiune ale autorităților administrației publice sunt formele concrete prin care administrația publică își îndeplinește misiunea de organizare a aplicării și de aplicare în concret a legii, precum și de prestare, respectiv organizare a prestării serviciilor publice.

Raportul juridic administrativ este acel raport social, stabilit între două autorități administrative sau între o autoritate administrativă și persoane fizice sau juridice, care conferă drepturi și impune obligații subiecților între care se naște, și este reglementat de normele dreptului administrativ. Raporturi juridice administrative se pot naște din acte administrative individuale, acte administrative normative, fapte materiale juridice, și excepțional pe baza legii.

Principiul legalității. În conformitate cu principiul legalității, activitatea autorităților administrative trebuie să se desfășoare pe baza legii și în conformitate cu legea, urmărindu-se organizarea executării și executarea în concret a acesteia. În principiu, actele administrative nu pot contraveni sau modifica o lege, deoarece au o forță juridică inferioară acesteia. Excepția o constituie ordonanțele de urgență ale Guvernului, care, deși sunt acte administrative, pot modifica o lege.

Contenciosul administrativ. Noțiune. Contenciosul administrativ reprezintă, sintetic, ansamblul de reguli juridice privind soluționarea pe cale jurisdicțională a litigiilor administrative. Legea contenciosului administrativ nr.554/2004 definește contenciosul administrativ ca “activitatea de soluționare, de către instanțele de contencios administrativ competente potrivit legii organice, a litigiilor în care cel puțin una dintre părți este o autoritate

publică, iar conflictul s-a născut fie din emiterea sau încheierea, după caz, a unui act administrativ, în sensul prezentei legi, fie din nesoluționarea în termenul legal ori din refuzul nejustificat de a rezolva o cerere referitoare la un drept sau la un interes legitim” (art.2 alin.1 lit.f).

Persoana vătămată. Termenul “persoană vătămată” este definit ca desemnând orice persoană titulară a unui drept ori a unui interes legitim, vătămată de o autoritate publică printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri. Sunt asimilate persoanei vătămate și grupul de persoane fizice, fără personalitate juridică, titular al unor drepturi subiective sau interese legitime private, precum și organismele sociale care invocă vătămarea prin actul administrativ atacat fie a unui interes legitim public, fie a drepturilor și intereselor legitime ale unor persoane fizice determinate.

Tutela administrativă este o noțiune consacrată a doctrinei dreptului administrativ, desemnând un control exercitat de organe centrale asupra organelor locale descentralizate, autonome. Ea are două forme: prima, mai ”dură”, dă dreptul autorității de tutelă (reprezentanta puterii centrale) să anuleze, să aprobe, să autorizeze actul administrativ emis de o autoritate descentralizată, pe când forma moderată conferă autorității de tutelă doar dreptul de sesizare a unei jurisdicții administrative în vederea anulării aceluia act administrativ.

Actul administrativ. Legea 554/2004 a contenciosului administrativ definește actul administrativ astfel: “Act administrativ - actul unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea executării legii sau a executării în concret a legii, care da naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ” (Art.2 alin.1 lit.c din Legea nr.554/2004).

„Tăcerea” administrativă. Definită prin folosirea formulării extinse, de „nesoluționare în termenul legal a unei cereri”, tăcerea administrativă vizează două situații distincte, care dau dreptul petiționarului să intenteze acțiunea în fața instanței de contencios administrativ: a) lipsa unui răspuns în termenul de soluționare a cererii inițiale adresate unei autorități publice; b) lipsa unui răspuns în termenul de soluționare a recursului administrativ prealabil adresat autorității publice emitente a actului administrativ ilegal, sau celei superioare.

Refuzul nejustificat. Prin ”refuzul nejustificat de rezolvare a cererii” legiuitorul a înțeles „exprimarea explicită, cu exces de putere, a voinței de a nu rezolva cererea unei

persoane; este asimilata refuzului nejustificat si nepunerea în executare a actului administrativ emis ca urmare a solutionarii favorabile a cererii sau, dupa caz, a plangerii prealabile”. Spre deosebire de tăcerea administrativă, care este considerată refuz implicit de rezolvare a cererii, de această dată suntem în prezența unui refuz explicit de rezolvare.

I.2. Părțile procedurilor administrative: autoritățile și persoanele fizice și juridice

Parte în procedura administrativă este autoritatea publică, orice persoană care a solicitat inițierea procedurii sau împotriva careia a fost inițiată procedura, respectiv persoanele care au dreptul să participe în cadrul procedurii pentru apărarea drepturilor și intereselor lor legitime.

Condițiile referitoare la capacitatea persoanelor fizice sau juridice de a participa în cadrul procedurii administrative sunt condițiile prevăzute de Codul civil și de Codul de procedura civilă.

Orice cetățean sau o organizație legal constituită se poate adresa oricaror autorități și instituții publice, respectiv: autorităților și instituțiilor publice centrale și locale, serviciilor publice descentralizate ale ministerelor și ale celorlalte organe centrale, companiilor și societăților naționale, societăților comerciale de interes județean sau local, precum și regiilor autonome. cetățenilor și organizațiilor legal constituite le este recunoscut dreptul de petiționare; Organizațiile legal constituite pot formula petiții în numele colectivelor pe care le reprezintă.

Pot emite acte administrative, desfășurând astfel proceduri administrative, autoritățile administrative, alte autorități publice și persoane private, angajate, sub control statal, în activitatea de prestare a serviciilor publice. Prin autoritate administrativă se înțelege acea autoritate cuprinsă în puterea executivă a statului, putere denumită generic „administrația publică”. Pentru a înțelege această sintagmă, precizăm că autoritățile administrative alcătuiesc, alături de autoritatea legislativă și autoritatea judecătorească, autoritățile publice ale statului, adică acele entități înzestrate cu putere publică. Prin urmare, autoritățile administrative (sau autoritățile administrației publice) constituie specia, iar autoritățile publice, genul (Petrescu, 2004, p.287).

I.3. Termenele în procedura administrativă: termene generale și termene speciale.

În conformitate cu prevederile Ordonanței Guvernului nr.27/2002, termenul general în care o procedură administrativă trebuie finalizată este de 30 de zile de la data înregistrării

petiției; în situația în care inițial petiția a fost greșit îndreptată, fiind ulterior transmisă autorității competente, termenul de 30 de zile curge de la data înregistrării acesteia de către autoritatea competentă.

Conducătorul autorității sau instituției publice poate dispune prelungirea acestui termen cu cel mult 15 zile.

Prin derogare de la termenul general, comunicarea informațiilor de interes public se realizează în cel mult 10 zile de la solicitare.

Înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, persoana care se consideră vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim, printr-un act administrativ unilateral, trebuie să solicite autorității publice emitente, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea, în tot sau în parte, a acestuia. Plângerea se poate adresa în egală măsură organului ierarhic superior, dacă acesta există. Este îndreptățită să introducă plângere prealabilă și persoana vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim, printr-un act administrativ cu caracter individual, adresat altui subiect de drept, din momentul în care a luat cunoștință, pe orice cale, de existența acestuia, în limitele termenului de 6 luni. Plângerea prealabilă în cazul actelor administrative unilaterale se poate introduce, pentru motive temeinice, și peste termenul de 30 de zile, dar nu mai târziu de 6 luni de la data emiterii actului. Termenul de 6 luni este termen de prescripție (art.7 din Legea 554/2004).

În cazul actului administrativ normativ, plângerea prealabilă poate fi formulată oricând înainte de intentarea acțiunii în fața instanței de contencios administrativ.

Capitolul II

PROCEDURA ADMINISTRATIVĂ

II.1. Etape în procedura administrativă

II.1.1. Inițierea procedurii – Procedura de drept comun și proceduri speciale de soluționare a petițiilor

II. 1.1.1. Petițiile și procedura de soluționare a acestora.

Petiția. Noțiune. Reglementare. Reglementate de Ordonanța Guvernului nr. 27/2002, petițiile desemnează orice cerere, reclamație, sesizare sau propunere formulată în scris ori prin poșta electronică, pe care un cetățean sau o organizație legal constituită o poate adresa autorităților și instituțiilor publice centrale și locale, serviciilor publice descentralizate ale ministerelor și ale celorlalte organe centrale, companiilor și societăților naționale, societăților comerciale de interes județean sau local, precum și regiilor autonome, denumite în continuare autorități și instituții publice¹. Dreptul de petiționare este recunoscut cetățenilor și organizațiilor legal constituite, acestea din urmă putând formula petiții în numele colectivelor pe care le reprezintă.

Petiții greșit îndreptate, anonime, cu același obiect sau reiterate. Ordonanța prevede că *petitiile greșit îndreptate* vor fi trimise în termen de 5 zile de la înregistrare de către compartimentul de relații cu publicul autorităților sau instituțiilor publice care au ca atribuții rezolvarea problemelor sesizate, urmând ca petiționarul să fie înștiințat despre aceasta.

Petițiile *anonime* sau cele în care nu sunt trecute datele de identificare a petiționarului nu se iau în considerare și se clasează.

În cazul în care un petiționar adresează aceleași autorități sau instituții publice *mai multe petiții*, sesizând aceeași problemă, acestea se vor conexe, petentul urmând să primească un singur răspuns care trebuie să facă referire la toate petițiile primite.

¹ Modul de soluționare a petițiilor adresate Parlamentului și Președintelui României se face potrivit reglementărilor proprii.

Dacă după trimiterea răspunsului se primește *o nouă petiție* de la același petiționar ori de la o autoritate sau instituție publică greșit sesizată, cu același conținut, aceasta se clasează, la numărul inițial făcându-se mențiune despre faptul că s-a răspuns.

Termene de soluționare. Autoritățile și instituțiile publice sesizate au obligația să comunice petiționarului, în termen de *30 de zile* de la data înregistrării petiției, răspunsul, indiferent dacă soluția este favorabilă sau nefavorabilă.

Pentru soluționarea petițiilor transmise de la alte autorități sau instituții publice, termenul de 30 de zile curge de la data înregistrării petiției la autoritatea sau instituția publică competentă.

În situația în care aspectele sesizate prin petiție necesită o cercetare mai amănunțită, conducătorul autorității sau instituției publice poate *prelungi termenul cu cel mult 15 zile*.

II.1.1.2. Liberul acces la informațiile de interes public

Sediul materiei. Legea nr.544/2001 consacră accesul liber și neîngrădit al persoanei la orice informații de interes public, ca fiind unul dintre *principiile fundamentale* ale relațiilor dintre persoane și autoritățile publice, prevederile ei fiind circumstanțiate prin normele de aplicare cuprinse în Hotărârea Guvernului nr.123/2002.

Modalități de asigurare a liberului acces la informațiile publice. Legea prevede două modalități de asigurare de către autoritățile și instituțiile publice a accesului la informațiile de interes public: *din oficiu* sau *la cerere*, prin intermediul *compartimentului* pentru relații publice sau al *persoanei* desemnate în acest scop².

Comunicarea din oficiu a informațiilor de interes public. Fiecare autoritate sau instituție publică are obligația să comunice din oficiu următoarele informații de interes public:

- a) actele normative care reglementează organizarea și funcționarea autorității sau instituției publice;
- b) structura organizatorică, atribuțiile departamentelor, programul de funcționare, programul de audiențe al autorității sau instituției publice;
- c) numele și prenumele persoanelor din conducerea autorității sau a instituției publice și ale funcționarului responsabil cu difuzarea informațiilor publice;
- d) coordonatele de contact ale autorității sau instituției publice, respectiv: denumirea, sediul, numerele de telefon, fax, adresa de e-mail și adresa paginii de Internet;

² Pentru asigurarea accesului oricărei persoane la informațiile de interes public autoritățile și instituțiile publice au obligația de a organiza compartimente specializate de informare și relații publice sau de a desemna persoane cu atribuții în acest domeniu. Atribuțiile, organizarea și funcționarea compartimentelor de relații publice se stabilesc, pe baza dispozițiilor legii, prin regulamentul de organizare și funcționare a autorității sau instituției publice respective. Autoritățile publice sunt obligate să dea din oficiu publicității un raport periodic de activitate, cel puțin anual, care va fi publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a.

- e) sursele financiare, bugetul și bilanțul contabil;
- f) programele și strategiile proprii;
- g) lista cuprinzând documentele de interes public;
- h) lista cuprinzând categoriile de documente produse și/sau gestionate, potrivit legii;
- i) modalitățile de contestare a deciziei autorității sau a instituției publice în situația în care persoana se consideră vătămată în privința dreptului de acces la informațiile de interes public solicitate.

Comunicarea din oficiu și accesul la informațiile prevăzute mai sus se realizează prin:

- a) afișare la sediul autorității sau al instituției publice ori prin publicare în Monitorul Oficial al României sau în mijloacele de informare în masă, în publicații proprii, precum și în pagina de Internet proprie;
- b) consultarea lor la sediul autorității sau al instituției publice, în spații special destinate.
- c) un *buletin informativ* care va cuprinde informațiile prevăzute mai sus, publicat și actualizat anual de către autoritățile și instituțiile publice.

Comunicarea informațiilor de interes public la cerere. Orice persoană are *dreptul* să solicite și să obțină de la autoritățile și instituțiile publice, în condițiile legii, informațiile de interes public, iar autoritățile și instituțiile publice sunt *obligate* să asigure persoanelor, la cererea acestora, informațiile de interes public solicitate în scris sau verbal. Solicitarea și obținerea informațiilor de interes public se poate realiza, dacă sunt întrunite condițiile tehnice necesare, *și în format electronic*.

Solicitarea în scris a informațiilor de interes public cuprinde următoarele elemente: **a)** autoritatea sau instituția publică la care se adresează cererea; **b)** informația solicitată, astfel încât să permită autorității sau instituției publice identificarea informației de interes public; **c)** numele, prenumele și semnătura solicitantului, precum și adresa la care se solicită primirea răspunsului.

Termene de soluționare. Autoritățile și instituțiile publice au obligația să răspundă în scris la solicitarea informațiilor de interes public în termen de 10 zile sau, după caz, în cel mult 30 de zile de la înregistrarea solicitării, în funcție de dificultatea, complexitatea, volumul lucrărilor documentare și de urgența solicitării.

O prevedere de apreciat a legii este aceea care obligă autoritatea publică, în cazul în care durata necesară pentru identificarea și difuzarea informației solicitate depășește 10 zile, să-l înștiințeze pe petent în scris, în cadrul acestui termen de 10 zile, asupra faptului că s-a prelungit termenul de soluționare la 30 de zile.

Refuzul comunicării informațiilor solicitate *se motivează* și se comunică în termen de 5 zile de la primirea petițiilor.

Pentru informațiile solicitate *verbal* funcționarii din cadrul compartimentelor de informare și relații publice au obligația să precizeze condițiile și formele în care are loc accesul la informațiile de interes public și pot furniza pe loc informațiile solicitate³. În cazul în care informațiile solicitate nu sunt disponibile pe loc, persoana este îndrumată să solicite în scris informația de interes public, urmând ca cererea să îi fie rezolvată în termenele precizate mai sus. Informațiile de interes public solicitate verbal se comunică în cadrul unui program minim⁴ stabilit de conducerea autorității sau instituției publice, care va fi afișat la sediul acesteia și care se va desfășura în mod obligatoriu în timpul funcționării instituției, incluzând și o zi pe săptămână, după programul de funcționare.

În cazul în care solicitarea de informații implică realizarea de *copii* de pe documentele deținute de autoritatea sau instituția publică, costul serviciilor de copiere este suportat de solicitant. Persoanele care efectuează *studii și cercetări în folos propriu* sau *în interes de serviciu* au acces la fondul documentaristic al autorității sau al instituției publice pe baza solicitării personale, în condițiile legii.

Dacă în urma informațiilor primite petentul solicită *informații noi* privind documentele aflate în posesia autorității sau a instituției publice, această solicitare va fi tratată ca o nouă petiție, răspunsul fiind trimis în termenele legale.

Cererea de acces la informații de interes public este o petiție. Pentru a nu se confunda însă regimul juridic al petițiilor având ca obiect obținerea de informații de interes public cu regimul juridic al petițiilor având alt obiect, legea prevede expres că nu este supusă prevederilor Legii 544/2001 activitatea autorităților și instituțiilor publice de răspunsuri la petiții și de audiențe, desfășurată potrivit specificului competențelor acestora, dacă aceasta privește alte aprobări, autorizări, prestări de servicii și orice alte solicitări în afara informațiilor de interes public.

Cu alte cuvinte, activitatea de soluționare a petițiilor va cuprinde și activitatea de soluționare a cererilor de informații de interes public, însă nu se reduce la atât, obiectul ei fiind mai vast; de asemenea, termenele de soluționare sunt diferite dacă este vorba de o petiție simplă (30 de zile cu posibilitate de prelungire cu 15 zile) sau de una care vizează obținerea unor informații de interes public (10 zile cu posibilitate de prelungire la 30 de zile).

³ Informațiile de interes public solicitate verbal de către mijloacele de informare în masă vor fi comunicate, de regulă, imediat sau în cel mult 24 de ore.

⁴ Activitățile de registratură privind petițiile nu se pot include în acest program și se desfășoară separat.

Excepții. Se exceptează de la accesul liber al cetățenilor următoarele informații: **a)** informațiile din domeniul apărării naționale, siguranței și ordinii publice, dacă fac parte din categoriile informațiilor clasificate, potrivit legii⁵; **b)** informațiile privind deliberările autorităților, precum și cele care privesc interesele economice și politice ale României, dacă fac parte din categoria informațiilor clasificate, potrivit legii; **c)** informațiile privind activitățile comerciale sau financiare, dacă publicitatea acestora aduce atingere principiului concurenței loiale, potrivit legii; **d)** informațiile cu privire la datele personale, potrivit legii; **e)** informațiile privind procedura în timpul anchetei penale sau disciplinare, dacă se periclitează rezultatul anchetei, se dezvăluie surse confidențiale ori se pun în pericol viața, integritatea corporală, sănătatea unei persoane în urma anchetei efectuate sau în curs de desfășurare; **f)** informațiile privind procedurile judiciare, dacă publicitatea acestora aduce atingere asigurării unui proces echitabil ori interesului legitim al oricăreia dintre părțile implicate în proces; **g)** informațiile a căror publicare prejudiciază măsurile de protecție a tinerilor.

Informațiile care favorizează sau ascund încălcarea legii de către o autoritate sau o instituție publică nu pot fi incluse în categoria informațiilor clasificate și constituie informații de interes public.

Informațiile cu privire la *datele personale ale cetățeanului* pot deveni informații de interes public numai în măsura în care afectează capacitatea de exercitare a unei funcții publice.

Informațiile publice de interes personal nu pot fi transferate între autoritățile publice decât în temeiul unei obligații legale ori cu acordul prealabil în scris al persoanei care are acces la acele informații.

Accesul mijloacelor de informare în masă la informațiile de interes public. Legea 544/2001 conține și unele dispoziții speciale privind accesul mijloacelor de informare în masă la informațiile de interes public.

Astfel, pentru asigurarea accesului mijloacelor de informare în masă la informațiile de interes public autoritățile și instituțiile publice au obligația să desemneze un *purtător de cuvânt*, de regulă din cadrul compartimentelor de informare și relații publice.

De asemenea, autoritățile publice au obligația să organizeze periodic, de regulă o dată pe lună, *conferințe de presă* pentru aducerea la cunoștință a informațiilor de interes public.

⁵ Această prevedere a fost contestată din punct de vedere al constituționalității ei, însă Curtea constituțională a decis că ea este permisă chiar de textul constituțional al art.31 alin.3 („dreptul la informație nu trebuie să prejudicieze [...] securitatea națională”), iar art.53 din Constituție permite restrângerea unor drepturi pentru apărarea securității naționale – Decizia nr.462/2003, publicată în “Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 63 din 26 ianuarie 2004

Ziařiști vor avea acces la informațiile publice pe baza unei *acreditări* acordate fără discriminare de către autoritatea publică. Acreditarea se acordă la cerere, în termen de două zile de la înregistrarea acesteia. Autoritățile publice pot refuza acordarea acreditării sau pot retrage acreditarea unui ziarist numai pentru fapte care împiedică desfășurarea normală a activității autorității publice și care nu privesc opiniile exprimate în presă de respectivul ziarist, în condițiile și în limitele legii. Refuzul acordării acreditării și retragerea acreditării unui ziarist se comunică în scris și nu afectează dreptul organismului de presă de a obține acreditarea pentru un alt ziarist.

Autoritățile și instituțiile publice au obligația să *informeze în timp util* mijloacele de informare în masă asupra conferințelor de presă sau oricăror alte acțiuni publice organizate de acestea, și nu pot interzice în nici un fel accesul mijloacelor de informare în masă la acțiunile publice organizate de acestea. Autoritățile publice care sunt obligate prin legea proprie de organizare și funcționare să desfășoare activități specifice în prezența publicului sunt obligate să permită accesul presei la acele activități, în difuzarea materialelor obținute de ziařiști urmând să se țină seama doar de deontologia profesională.

Mijloacele de informare în masă nu au obligația să publice informațiile furnizate de autoritățile sau de instituțiile publice.

Sanțiuni și căi de atac împotriva refuzului.

a) *răspunderea disciplinară* a funcționarului public desemnat cu aplicarea legii se angajează atunci când acesta refuză explicit sau tacit să ofere informațiile de interes public.

b) *recursul administrativ*: împotriva refuzului funcționarului public de a oferi informațiile de interes public se poate depune *reclamație* la conducătorul autorității sau al instituției publice respective în termen de 30 de zile de la luarea la cunoștință de către persoana lezată.

Dacă după cercetarea administrativă reclamația se dovedește întemeiată, răspunsul se transmite persoanei lezate în termen de 15 zile de la depunerea reclamației și va conține atât informațiile de interes public solicitate inițial, cât și menționarea sancțiunilor disciplinare luate împotriva celui vinovat.

c) *acțiunea în contencios administrativ*: în cazul în care o persoană se consideră vătămată în drepturile sale, prevăzute în lege, aceasta poate face plângere la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărei rază teritorială domiciliază sau în a cărei rază teritorială se află sediul autorității ori al instituției publice.

Plângerea se face în termen de 30 de zile de la data expirării termenului de soluționare a cererii. Instanța poate obliga autoritatea sau instituția publică să furnizeze informațiile de

interes public solicitate și să plătească daune morale și/sau patrimoniale. Hotărârea tribunalului este supusă recursului la Curtea de apel, iar decizia Curții de apel este definitivă și irevocabilă. Atât plângerea, cât și apelul se judecă în instanță în procedură de urgență și sunt scutite de taxă de timbru.

II.1.1.3. Procedura de „aprobare” tacită a autorizațiilor.

Sediul materiei. Domeniu de aplicare. Sediul materiei îl reprezintă Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 27/2003 privind procedura aprobării tacite, care reglementează o modalitate alternativă de emitere sau reînnoire a autorizațiilor de către autoritățile administrației publice, având la bază următoarele obiective: a) înlăturarea barierelor administrative din mediul de afaceri; b) responsabilizarea autorităților administrației publice în vederea respectării termenelor stabilite de lege pentru emiterea autorizațiilor; c) impulsivarea dezvoltării economice prin oferirea unor condiții cât mai favorabile întreprinzătorilor, implicând costuri de autorizare cât mai reduse; d) combaterea corupției prin diminuarea arbitrarului în decizia administrației; e) promovarea calității serviciilor publice prin simplificarea procedurilor administrative.

Dispozițiile ordonanței de urgență se aplică, după caz: a) procedurilor de emitere a autorizațiilor; b) procedurilor de reînnoire a autorizațiilor; c) procedurilor de reautorizare ca urmare a expirării termenului de suspendare a autorizațiilor sau a îndeplinirii măsurilor stabilite de organele de control competente.

Procedura aprobării tacite se aplică *tuturor* autorizațiilor emise de autoritățile administrației publice, *cu excepția* celor emise în domeniul activităților nucleare, a celor care privesc regimul armelor de foc, munițiilor și explozibililor, regimul drogurilor și precursorilor, precum și a autorizațiilor din domeniul siguranței naționale. Guvernul poate stabili, prin hotărâre, la propunerea motivată a fiecărei autorități a administrației publice interesate, și alte excepții de la aplicarea procedurii aprobării tacite.

Definirea unor noțiuni. În sensul ordonanței de urgență, prin *autorizație* se înțelege actul administrativ emis de autoritățile administrației publice competente prin care se permite solicitantului desfășurarea unei anumite activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii; noțiunea de autorizație include și avizele, licențele, permisele, aprobările sau alte asemenea operațiuni administrative prealabile ori ulterioare autorizării;

De asemenea, prin *procedura aprobării tacite* se înțelege procedura prin care autorizația este considerată acordată dacă autoritatea administrației publice nu răspunde solicitantului în termenul prevăzut de lege pentru emiterea respectivei autorizații.

Răspunsul negativ al autorității administrației publice competente, în termenul prevăzut de lege pentru emiterea autorizației, nu echivalează cu aprobarea tacită.

Obligații ale autorităților administrației publice. Autoritățile administrației publice care au competența de a emite autorizații au obligația de a afișa la sediul acestora sau pe pagina proprie de Internet, pentru fiecare tip de autorizație, următoarele informații: a) formularul cererii care trebuie completată de către solicitant, precum și modul de completare a acesteia; b) lista cu toate documentele necesare pentru eliberarea autorizației și modul în care acestea trebuie prezentate autorității administrației publice; c) toate informațiile privind modul de întocmire a documentelor și, dacă este cazul, indicarea autorităților administrației publice care au competența de a emite acte administrative ce fac parte din documentația ce trebuie depusă, precum: adresa, numărul de telefon sau fax, programul de lucru cu publicul.

Obligația se aduce la îndeplinire în termen de 30 de zile de la intrarea în vigoare a ordonanței, iar informațiile vor fi prezentate într-o formă clară, indicându-se, dacă este posibil, exemple concrete.

Orice persoană interesată poate obține o copie conținând aceste informații, autoritățile administrației publice putând elabora ghiduri privind procedura de autorizare și constituirea documentației care stă la baza emiterii unei autorizații.

În scopul simplificării procedurilor administrative, autoritățile administrației publice efectuează o analiză a tuturor condițiilor cerute pentru emiterea autorizațiilor și identifică acele condiții care nu sunt absolut necesare, în vederea eliminării sau a înlocuirii acestora cu declarații pe propria răspundere.

“Aprobarea” tacită. Este, în fapt, vorba de o emitere, de o acordare tacită a autorizației, nu de o “aprobare”, termenul fiind folosit într-un mod inadecvat.

Astfel, chiar și ordonanța precizează că autorizația se consideră *acordată* sau, după caz, *reînnoită*, dacă autoritatea administrației publice nu răspunde solicitantului în termenul prevăzut de lege pentru emiterea sau reînnoirea respectivei autorizații. Dacă legea nu prevede un termen pentru soluționarea cererii de autorizare, autoritățile administrației publice sunt obligate să soluționeze cererea de autorizare în termen de 30 de zile de la depunerea acesteia.

Solicitantul autorizației depune, o dată cu cererea, documentația completă, întocmită potrivit prevederilor legale care reglementează procedura de autorizare respectivă și potrivit informațiilor furnizate de autoritatea administrației publice în condițiile descrise mai sus.

În cazul în care constată o neregularitate a documentației depuse, autoritatea administrației publice va notifica acest fapt solicitantului autorizației cu cel puțin 10 zile înainte de expirarea termenului prevăzut de lege pentru emiterea respectivei autorizații, dacă

acest termen este mai mare de 15 zile, sau cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea termenului prevăzut de lege pentru emiterea autorizației, dacă acest termen este mai mic de 15 zile. Autoritatea administrației publice va preciza totodată și modul de remediere a neregularității constatate. Pentru aceste situații, termenul de emitere sau, după caz, de reînnoire a autorizației se prelungește în mod corespunzător cu 10 zile, respectiv cu 5 zile.

După expirarea termenului stabilit de lege pentru emiterea autorizației și în lipsa unei comunicări scrise din partea autorității administrației publice, solicitantul poate desfășura activitatea, presta serviciul sau exercita profesia pentru care s-a solicitat autorizarea.

Obținerea documentului oficial. Pentru obținerea documentului oficial prin care se permite desfășurarea activității, prestarea serviciului sau exercitarea profesiei, solicitantul se poate adresa autorității în cauză sau direct instanței judecătorești.

În situația în care solicitantul s-a adresat, autorității administrației publice în cauză, acesta îi aduce la cunoștință existența cazului de aprobare tacită cu privire la autorizație și solicită eliberarea documentului oficial prin care se permite desfășurarea unei activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii.

În cazul în care autoritatea administrației publice respectivă nu răspunde sau refuză să elibereze documentul oficial prin care se permite desfășurarea unei activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii, solicitantul se poate adresa instanței judecătorești potrivit procedurii stabilite prin ordonanța de urgență.

În situația în care solicitantul se adresează direct instanței judecătorești, parcurgerea procedurii prevăzute la art. 8 nu este obligatorie.

Cererea de chemare în judecată a autorității administrației publice având ca obiect constatarea aprobării tacite se introduce la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă. Instanța va soluționa cererea în termen de cel mult 30 de zile de la primirea acesteia, cu citarea părților. Participarea procurorului este obligatorie. Cererea este scutită de taxa de timbru.

Reclamantul depune la instanță, anexată la cererea de chemare în judecată, copia cererii de autorizare purtând numărul și data înregistrării la autoritatea administrației publice pârâte, însoțită de întreaga documentație depusă la aceasta. Autoritatea administrației publice poate invoca în apărarea sa existența unui răspuns adresat solicitantului autorizației în termenul prevăzut de lege sau, după caz, a notificării privind lipsa unor documente necesare pentru autorizare.

Dacă instanța constată existența răspunsului autorității administrației publice sau, după caz, a notificării purtând data poștei de la locul de expediere a corespondenței sau data la care

solicitantul a luat cunoștință de răspuns, anterioare expirării termenului legal pentru emiterea autorizației, respinge cererea reclamantului.

În cazul în care instanța constată îndeplinirea condițiilor prevăzute de prezenta ordonanță de urgență privind aprobarea tacită, pronunță o hotărâre prin care obligă autoritatea administrației publice să elibereze documentul oficial prin care se permite solicitantului să desfășoare o anumită activitate, să presteze un serviciu sau să exercite o profesie. Hotărârile se redactează în termen de 10 zile de la pronunțare și sunt irevocabile.

Dacă, în urma admiterii acțiunii, autoritatea administrației publice nu îndeplinește obligația în termenul stabilit prin hotărârea judecătorească, la cererea reclamantului, instanța poate obliga conducătorul autorității administrației publice în sarcina careia s-a stabilit obligația la plata unei amenzi judiciare reprezentând 20% din salariul minim net pe economie pentru fiecare zi de întârziere, precum și la plata unor despăgubiri pentru daunele cauzate prin întârziere. Cererea se judecă de urgență și este scutită de taxa de timbru. Hotărârea poate fi atacată cu recurs, în termen de 5 zile de la pronunțare.

Dacă se solicită aplicarea acestei amenzi judiciare, conducătorul autorității administrației publice poate chema în garanție persoanele vinovate de neexecutarea hotărârii. Pentru recuperarea despăgubirilor acordate de instanță și suportate de autoritatea administrației publice, conducătorul acesteia poate introduce acțiune, potrivit dreptului comun, împotriva celor vinovați de neexecutarea hotărârii, dacă prin lege nu se dispune altfel.

Sanctiuni.

a) răspunderea disciplinară: constituie abatere disciplinară, dacă nu a fost săvârșită în astfel de condiții încât, potrivit legii penale, să constituie infracțiune, fapta funcționarului public sau a personalului contractual din vina căruia autoritatea administrației publice nu a răspuns în termenul prevăzut de lege, aplicându-se procedura aprobării tacite pentru acordarea sau reînnoirea unei autorizații, și se sancționează potrivit Legii 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, cu modificările și completările ulterioare, sau, după caz, potrivit legislației muncii. Funcționarul public poate răspunde și civil, penal sau material pentru fapta săvârșită.

b) răspunderea penală: fapta unei persoane de a invoca în fața unei autorități sau instituții publice existența unei autorizări ca urmare a procedurii aprobării tacite, omițând cu știință prezentarea răspunsului sau a notificării primite în cadrul procesului de autorizare, constituie infracțiunea de fals în declarații și se pedepsește potrivit Codului penal.

Fapta funcționarului public care, având cunoștință de solicitarea de autorizare și de documentația acesteia, cu bună știință nu soluționează cererea în termenul prevăzut de lege și

face să intervină prezumția legală a aprobării tacite constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani.

Exercitarea activităților ce necesită autorizare în afara autorizării exprese a autorității publice competente constituie infracțiunea prevăzută de art. 281 din Codul penal și se pedepsește cu închisoare de la 2 la 5 ani

Anularea autorizației postfactum. În cazul în care, după obținerea documentului oficial prin care se permite desfășurarea unei activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii, autoritatea administrației publice constată neindeplinirea unor condiții importante prevăzute pentru eliberarea autorizației, nu va putea anula documentul, ci va notifica titularului, în cel mult 3 luni de la data expirării termenului legal pentru emiterea autorizației, neregularitățile constatate, modul de remediere a tuturor deficiențelor identificate, precum și termenul în care titularul trebuie să respecte această obligație. Acest termen nu poate fi mai mic de 30 de zile.

Autoritatea administrației publice va anula documentul oficial prin care se permite desfășurarea unei activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii, acordat potrivit procedurii reglementate de prezenta ordonanță de urgență, în cazul în care constată *neindeplinirea unor condiții care aduc o gravă atingere interesului public, siguranței naționale, ordinii sau sănătății publice* și care nu pot fi remediate sau în cazul în care deficiențele identificate nu au fost remediate în termenul stabilit.

Împotriva actului administrativ prin care se anulează documentul oficial titularul se poate adresa instanței de contencios administrativ competente.

Autoritățile administrației publice competente au obligația de a controla modul de desfășurare a activităților efectuate pe baza aprobării tacite și de a lua măsurile legale ce se impun.

II.1.2. Finalizarea procedurii administrative.

Finalizarea procedurii administrative presupune emiterea actului administrativ și realizarea operațiunii administrative, după caz, ambele fiind forme de activitate ale administrației publice.

În doctrina dreptului administrativ, sunt considerate forme de activitate ale administrației publice:

a) actele juridice – actele administrative, contractele administrative, contractele civile. Dintre acestea, dreptul administrativ studiază doar actele și contractele administrative, actele civile făcând obiectul de studiu al dreptului civil.

b) actele cu caracter exclusiv politic sunt emise fie de autoritățile centrale – Guvern, Președinte fie de autorități locale (Primarul, Consiliul local, Prefectul) și, având caracter declarativ, nu sunt studiate de dreptul administrativ⁶. Actele cu caracter politic nu produc efecte juridice, eventuala lor autoritate fiind dată de prestigiul și poziția în stat a emitentului .

c) faptele administrative sunt fapte materiale juridice care intervin în sfera administrației publice, adică transformări în lumea înconjurătoare care produc efecte juridice, independent de existența unei manifestări de voință în acest sens a autorităților publice (de exemplu, construirea de către primărie a unei clădiri pe terenul proprietatea localității, omisiunea de a răspunde la o cerere de informații de interes public, etc.), ci doar în baza legii. Legea este, așadar, cea care dă valoare unui fapt material, transformându-l într-un fapt juridic, în speță administrativ.

Faptele administrative pot fi licite (de exemplu, construirea unei clădiri), sau ilicite (exemplul clasic fiind contravenția).

d) operațiunile administrative sunt operațiuni material-tehnice, adică activități ale administrației publice care nu produc efecte juridice prin ele însele : avize, dări de seamă, referate, comunicări, note interne, statistici, etc.

Sintetizând, observăm că, spre deosebire de actul administrativ, care produce efecte juridice datorită manifestării de voință în acest sens a autorității publice emitente, faptul administrativ produce efecte juridice deși nu există o manifestare de voință în acest sens, iar operațiunile administrative, deși sunt manifestări de voință ale autorităților publice, nu produc efecte juridice.

Importanța distincției între diferitele forme de activitate ale administrației publice apare din perspectiva efectelor juridice produse în mod direct, dar și a acțiunilor în contencios administrativ: astfel, doar actele administrative, contractele administrative și faptul administrativ denumit “tăcerea administrației” pot fi contestate prin acțiune directă, nu și operațiunile administrative.

II.2. Emiterea/adoptarea actului administrativ în forma și după procedura prevăzută de lege.

II.2.1. Teoria actului administrativ.

A. Definiție. Caracteristici.

⁶ Sunt astfel de acte: declarațiile Guvernului cu privire la anumite evenimente, mesajul Președintelui Republicii cu prilejul semnării unui acord internațional, apelul Primarului către cetățeni cu privire la un aspect de politică publică locală, etc.

Actul administrativ poate fi definit ca „*manifestarea unilaterală și expresă de voință a autorităților publice, realizată în scopul de a produce efecte juridice, în temeiul puterii publice.*” (Petrescu, 2001, p. 287).

În acest fel este accentuat atât aspectul *formal* al actului, de a fi emis de autorități publice, cât și aspectul *material* al acestuia, referitor la conținutul său, conținut din care trebuie să rezulte emiterea sa în temeiul *puterii publice* cu care sunt înzestrate autoritățile publice.

Puterea publică poate fi definită ca dreptul derivat din lege pe care-l are o anumită entitate (persoană fizică sau juridică) de a-și impune cu forță obligatorie deciziile altor subiecte de drept (persoane fizice sau juridice).

Deoarece în principiu autoritățile publice dispun de putere publică în raporturile cu particularii, nu pot exista situații în care persoane private, fără nici o atribuție de putere publică, să emită acte administrative; pe de altă parte însă, nu toate manifestările de voință ale autorităților publice făcute în scopul producerii efectelor juridice sunt acte administrative, ci numai cele întemeiate pe puterea publică de care dispune autoritatea respectivă⁷.

În lipsa unui Cod de procedură administrativă, definiția actului administrativ o găsim în prezent în Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ: *actul unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică în vederea executării ori a organizării executării legii, dând naștere, modificând sau stingând raporturi juridice.*

- Actul administrativ este o manifestare *unilaterală* de voință. Prin această caracteristică, el se deosebește de actele contractuale ale administrației, fie ele guvernate de regimul juridic de drept public sau de regimul juridic privat.

Actul administrativ își păstrează caracterul unilateral și în cazul în care este emis în urma unei cereri a particularilor (de exemplu, autorizația de construcție)⁸, când este adoptat de două sau mai multe autorități administrative împreună (un ordin comun al mai multor miniștri, spre exemplu), sau cu participarea mai multor persoane fizice (actele organelor colegiale, cum ar fi Consiliul local, Consiliul județean, Guvernul).

- Actul administrativ concretizează voința autorității publice ca subiect de drept special, investit cu *putere publică*, și, în consecință, produce efecte juridice care vor fi guvernate de *regimul juridic de drept public*.

⁷ De exemplu, achiziționarea unor materiale de construcții sub o anumită valoare, pe baza unui act emis de autoritatea publică, în vederea efectuării unor reparații la clădirea în care funcționează această autoritate.

⁸ În acest caz, cererea particularului reprezintă doar o *condiție* pentru emiterea actului administrativ, nu determină încheierea unui contract; ca efect al acestei constatări, renunțarea persoanei fizice sau juridice la dreptul conferit prin act nu determină automat încetarea efectelor acestuia, ci constituie doar o condiție pentru revocarea actului de către emitent; autorizația este emisă ca urmare a manifestării de voință a administrației publice, nu ca rezultat al unui acord cu particularul.

- Actul administrativ este *obligatoriu* pentru toate subiectele de drept care intră sub incidența sa (1), pentru autoritatea publică emitentă sau inferioară (2), precum și pentru autoritatea publică superioară (3).

Afirmația necesită însă anumite precizări:

- obligativitatea actului administrativ încetează în primul caz prin revocare sau anulare;

- în cel de-al doilea caz, de asemenea, autoritatea publică poate revoca actul, sau el poate fi abrogat sau anulat de autoritatea publică superioară, respectiv anulat de instanța judecătorească;

- în fine, sub aspectul obligativității pentru autoritatea publică superioară, există mai multe ipoteze: a) autoritatea superioară este ținută la respectarea actelor normative ale autorităților inferioare până când emite un act normativ cu conținut contrar, care abrogă total sau parțial actul autorității inferioare; b) autoritatea superioară va respecta actul individual al autorității inferioare, până când îl anulează, emițând în locul lui un act propriu, sau, atunci când legea nu-i dă această posibilitate, obligând autoritatea inferioară să emită un act legal.

- Actul administrativ este *executoriu* din oficiu, în sensul că poate fi executat imediat după aducerea la cunoștința persoanelor interesate, respectiv publicarea sa, așadar din momentul din care produce efecte juridice, fără a mai fi nevoie de intervenția unui alt act în acest sens. Din această perspectivă, actele administrative se deosebesc de hotărârile judecătorești, care au nevoie de o procedură posterioară, de învestire cu formulă executorie, pentru a putea fi puse în executare.

Din altă perspectivă, actul administrativ are forță executorie și impune unilateral *fără ca, de regulă, contestarea sa să aibă efect suspensiv de executare*. Prin excepție, unele legi pot prevedea efectul suspensiv de executare al recursului administrativ sau al acțiunii în contencios administrativ, însă o astfel de soluție nu este îmbrățișată ca un principiu de drept administrativ în sistemul nostru de drept (Dragoș, 2001, p.117).

Forța executorie nu trebuie confundată cu executarea forțată (din oficiu) a actului administrativ, ce poate apărea doar în anumite condiții, și anume când legea o autorizează (ex.: expulzarea unui cetățean străin, confiscarea anumitor bunuri de către agentul constatator al contravenției, etc.) sau când există anumite circumstanțe excepționale. În restul cazurilor, executarea silită sau forțată se face numai cu ajutorul justiției.

- Actele administrative sunt emise *pe baza legii, în scopul executării sau organizării executării legilor* și a celorlalte acte normative emise de autoritățile superioare.

Așa cum s-a arătat în literatura de specialitate, această trăsătură este consecința ierarhiei în care se constituie normele juridice: în frunte se află Constituția (legea fundamentală a statului), urmează legile organice, legile ordinare, actele administrative normative ale Guvernului cu putere de lege (ordonanțe), alte acte normative ale Guvernului (hotărâri de Guvern) actele administrative normative ale altor autorități centrale (ordine și instrucțiuni ale miniștrilor, spre exemplu), actele administrative individuale ale autorităților centrale, actele normative ale autorităților locale, și, în final, actele administrative individuale ale acestora (Petrescu, 2004, p.256).

Piramida ierarhică a normelor juridice guvernează eficiența și aplicabilitatea actelor administrative, astfel încât fiecare act administrativ de la un nivel inferior se conformează actelor administrative cu forță superioară, legilor și Constituției țării.

B. Clasificarea actelor administrative - criteriul material.

Din perspectiva conținutului lor, actele administrative pot fi:

a) *Acte administrative normative.*

Actul administrativ normativ cuprinde reglementări de principiu, formulate în abstract, și sunt destinate unui număr nedeterminat de persoane.

Sunt astfel de acte, spre exemplu, hotărârea de guvern prin care se stabilesc anumite prețuri maximale pentru anumite produse, ordinul unui ministru de stabilire a normelor metodologice de depunere a formularelor tipizate în vederea calculării impozitului, o hotărâre a unui consiliu local de stabilire a taxelor locale, etc.

Actele normative pot conține norme juridice imperative (care impun o anumită activitate), prohibitive (care interzic o anumită activitate) sau permissive (care oferă posibilitatea de a realiza o anumită activitate).

Astfel, sunt norme imperative dispozițiile art.72 din Legea nr.215/2001, conform căruia, în cazurile enumerate de textul legal, prefectul ia act de încetarea mandatului primarului.

Ca norme prohibitive exemplificăm art.84 alin.2 din aceeași lege, care instituie interdicția pentru secretarul orașului sau comunei de a fi soț, soție sau rudă de gradul întâi cu primarul sau cu viceprimarul.

În fine, norme permissive cuprinde art.57 alin.1 din Legea nr.215/2001, care prevede posibilitatea Guvernului de a dizolva consiliul local în anumite condiții.

b) *Acte administrative individuale.*

Actul administrativ individual este manifestarea de voință care *produce efecte juridice cu privire la persoane determinate*, sau, într-o formulă mai explicită, care „creează, modifică

sau desființează drepturi și obligații în beneficiul sau sarcina unor persoane dinainte determinate” (Drăganu, 1992, p.145).

La rândul lor, actele individuale pot fi clasificate în (Petrescu, 2004, p.292):

- **acte creatoare de drepturi și obligații** - acte prin care se stabilesc drepturi sau obligații determinate pentru destinatarii lor (actul de atribuire a unui teren pentru construirea de locuințe sau de stabilire a impozitului, de exemplu).

Aceste acte pot fi emise în temeiul unei *puteri publice legate* a autorității publice (de pildă, în prezența tuturor condițiilor prevăzute de lege, emiterea autorizației de construcție nu poate fi refuzată de primar), în timp ce altele sunt emise în temeiul unei *puteri discreționare* a autorității publice (dizolvarea consiliului local prin hotărâre guvernamentală; modificarea organigramei primăriei prin hotărâre a consiliului local). Dacă primele pot fi controlate de către autoritățile publice superioare numai în ceea ce privește legalitatea lor, cele din a doua categorie pot fi analizate și sub aspectul oportunității (Petrescu, 2004, p.293; Iovănaș, 1997, p.220).

- **acte atributive de statut personal** (diploma de absolvire a unei forme de învățământ, decizia de pensionare), prin care beneficiarilor li se recunoaște o activitate anterioară și li se conferă un complex de drepturi, în condițiile prevăzute de lege.

Emiterea unui act atributiv de statut personal nu asigură prin ea însăși legalitatea unei activități viitoare desfășurate de beneficiar (prestarea unei munci pe un post de studii superioare, de exemplu), ci este necesar să intervină un alt act administrativ sau de altă natură (numirea într-o funcție publică, respectiv încheierea unui contract individual de muncă) (Drăganu, 1959, p.90).

- **acte de constrângere administrativă** (procesul verbal de constatare a contravenției), prin care se aplică o sancțiune administrativă reglementarea cadru în materie fiind Ordonanța Guvernului nr.2/2001.

- **acte administrativ jurisdicționale** – categorie hibridă de acte juridice, emise de autorități ale administrației publice, însă care au ca obiect soluționarea unor litigii și sunt emise după o procedură ce are caracteristici apropiate de procedura judiciară (contradictorialitate, motivarea deciziei, irevocabilitatea deciziei) - cum ar fi hotărârea comisiei județene de aplicare a Legii nr.18/1991 a fondului funciar (Dragoș, 2001, p. 105 și urm).

În prezent, procedurile administrativ jurisdicționale sunt facultative și gratuite (art.21 alin.4 din Constituția revizuită în 2003), prin urmare petiționarul nu este obligat să recurgă la

ele, iar dacă a sesizat totuși o jurisdicție administrativă el va putea să renunțe la această cale de atac în vederea sesizării instanței de contencios administrativ.

- în ce ne privește, credem că putem identifica și o altă categorie de acte administrative, și anume **acte administrative prin care se încheie contracte** – sunt acele manifestări de voință ale autorităților publice prin care acestea devin parte a unui contract administrativ sau civil.

C. Clasificarea actelor administrative - criteriul organic.

Criteriul organic este utilizat pentru clasificarea actelor administrative în funcție de emitentul acestora, prin urmare avem:

a) acte administrative emise de autoritățile administrative – Guvernul, Președintele Republicii, ministere, consiliile locale, consiliile județene, prefectul, primarul, etc; prin *autoritate administrativă* se înțelege acea autoritate cuprinsă în *puterea executivă* a statului, putere denumită generic „administrația publică”.

b) acte administrative emise de alte autorități publice, aparținând altor puteri în stat – Parlamentul sau instanțele judecătorești. De regulă, Parlamentul adoptă legi, iar instanțele judecătorești, hotărâri judecătorești; cu toate acestea, în unele cazuri, structurile amintite emit și acte administrative, în realizarea unor sarcini specifice administrației publice, de gestionare a resurselor materiale și umane, activitate necesară în vederea funcționării adecvate a acestora. Suntem, astfel, în prezența unui act administrativ de numire în funcție atunci când președintele Camerei deputaților sau al Senatului numește funcționarii din aparatul propriu al Parlamentului (Drăganu, 1992, p.143; Petrescu, 2004, p.286). De asemenea, suntem în situația în care Președintele Tribunalului sau Curții de apel, însărcinat și cu atribuții administrative, numește în funcție Directorul executiv și Directorul executiv adjunct al acestei instituții, care este funcționar public.

c) acte administrative prin delegație, emise de persoane private, angajate, sub control statal, în activitatea de prestare a serviciilor publice.

Astfel, statul sau unitățile administrativ teritoriale pot gestiona direct serviciile publice necesare satisfacerii nevoilor celor administrați, sau le pot transfera, sub control strict, unor persoane private, care să le gestioneze în interes public dar cu respectarea cerințelor de eficiență și eficacitate.

Prestând un serviciu public sub control statal, persoanele private menționate dobândesc atribuții de putere publică, și, în consecință, au posibilitatea de a emite acte administrative obligatorii pentru cei care beneficiază de serviciul public, acte atacabile pe

calea contenciosului administrativ (Van Lang, Gondouin, Inserguet-Brisset, 1999, p.10; T. Drăganu, 1992, p.144; Petrescu, 2004, p.287; A. Iorgovan, 2002, p.23).

Pentru a exemplifica, serviciul public de învățământ este prestat, în principiu, de universități de stat, dar și de universități private, aflate sub controlul permanent al Consiliului Național de Evaluare Academică și Acreditare, precum și al Ministerului Educației și Cercetării; policlinicile de stat sunt dublate de policlinici private, care prestează același serviciu public de sănătate, sub controlul ministerului de resort; serviciile publice de transport local călători pot fi delegate, spre gestionare, unor persoane juridice private, în condițiile legislației în vigoare, etc. În acest context, decizia Rectorului unei universități particulare de numire în funcție a unui preparator, asistent sau lector universitar, este un act administrativ la fel ca și actul omologului său de la o universitate de stat, cu precizarea că regimul lor este reglementat prin lege specială, Statutul cadrelor didactice; de asemenea, decizia operatorului de transport urban călători de a majora prețul biletelor de călătorie este un act administrativ, nicidecum un act de drept privat.

Studiu de caz privind actele administrative de constrângere (acte administrative individuale).

Preambul. O categorie distinctă de acte administrative, din perspectiva efectelor și a procedurilor contencioase aplicabile, sunt actele administrative de constrângere emise de unele autorități publice în exercitarea atribuțiilor de îndrumare, conformare și sancționare. Astfel, instituții precum Garda Financiară, Inspekția Muncii, Garda de Mediu, Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, Inspectoratul de Stat în Construcții, prin entitățile sale subordonate, emit diverse acte administrative de constrângere: note sau procese verbale de control, note de constatare, acte/procese verbale de suspendare sau sistare a activității agentului economic, procese verbale de constatare și sancționare a contravențiilor, etc.

Un studiu orientat pe analiza actelor administrative de constrângere emise de inspectoratele teritoriale de muncă (între care există o anumită interdependență) a evidențiat anumite inconsecvențe legislative, dar și de practică judiciară, în ceea ce privește efectele, conținutul și procedurile contencioase aplicabile acestora.

Inspekția Muncii, organ de specialitate al administrației publice centrale, prin inspectoratele teritoriale de muncă, exercită controlul aplicării unitare a dispozițiilor legale în domeniul relațiilor de muncă și al securității și sănătății în muncă. *Scopul său principal* constă în urmărirea îndeplinirii de către angajatori a obligațiilor legale în domeniul relațiilor de muncă, al celor referitoare la condițiile de muncă, apărarea vieții, integrității corporale și

sănătății salariaților și al celorlalți participanți la procesul de muncă. În realizarea acestui scop Inspectoratul Teritorial de Muncă, prin reprezentanții săi (inspectorii de muncă), are în sfera sa de competență următoarele atribuții: să impună ca abaterile constatate în domeniu să fie remediate pe loc sau într-un timp limitat; să ceară acolo unde este cazul, modificarea instalațiilor sau a proceselor tehnologice utilizate, dacă acestea nu asigură securitatea lucrătorilor la locul de muncă; să dispună întreruperea sau suspendarea imediată a proceselor de muncă atunci când constată o stare de pericol iminent de accident sau îmbolnăvire profesională pentru lucrătorii care participă la procesul de producție sau pentru alte persoane; să dispună măsuri atunci când conducătorul persoanei juridice nu își îndeplinește obligațiile legale; să propună retragerea autorizației de funcționare din punct de vedere al protecției muncii, dacă se constată că prin modificarea condițiilor care au stat la baza emiterii acesteia, nu se respectă prevederile legislației în vigoare. De asemenea Inspectoratul Teritorial de Muncă cercetează accidentele de muncă ce au produs invaliditate, deces, accidentele colective de muncă, precum și accidentele care au produs incapacitate temporară de muncă salariaților angajați la persoane fizice.

Rezultatele verificărilor și constatărilor inspectorului de muncă, precum și măsurile dispuse și sancțiunile aplicate se consemnează *în procese verbale de control, procese verbale de constatare și sancționare a contravențiilor, procese verbale de cercetare a accidentelor de muncă, procese verbale de sistare a activității.*

Vom încerca să determinăm, în paragrafele următoare, din punct de vedere al teoriei actului administrativ, *tipul acestor acte, consecințele juridice, interdependențele care există între aceste acte, instanța competentă să se pronunțe asupra legalității acestora.*

Procesul verbal de control este actul administrativ prin care inspectorul de muncă, în baza verificărilor efectuate constată conformitatea sau neconformitatea activității angajatorului cu prevederile legale sau contractuale, astfel:

-în domeniul relațiilor de muncă: încheierea, modificarea, suspendarea și încetarea contractelor de muncă; durata timpului de muncă și a timpului de odihnă; stabilirea și acordarea drepturilor salariale, precum și a celorlalte drepturi decurgând din munca prestată; completarea și transmiterea registrului general de evidență a salariaților; întocmirea regulamentului intern ș.a.

-în domeniul securității și sănătății în muncă: existența autorizației de funcționare din punct de vedere al protecției muncii, respectarea parametrilor mediului de muncă, respectarea prevederilor legale privind examenul medical la încadrarea în muncă și examenul medical periodic, respectarea principiilor de ergonomie, aplicarea prevederilor legale referitoare la

politicile de prevenire a accidentelor de muncă și îmbolnăvirilor profesionale bazate pe evaluarea riscurilor.

În cazul constatării existenței unor neconformități sau deficiențe în activitatea angajatorului, inspectorul de muncă va dispune prin procesul verbal de control, măsuri în vederea înlăturării neconformităților sau pentru remedierea deficiențelor constatate.

Condițiile de validitate a procesului verbal de control. Forma și conținutul actului.

Actul propriu-zis care este un formular cu regim special, înseriat, ce cuprinde următoarele elemente: număr și data actului; numele și prenumele persoanei desemnată să întocmească procesul verbal de control (inspector de muncă); datele de identificare ale autorității emitente; temeiul legal în baza căruia se emite actul; datele de identificare ale angajatorului și ale reprezentantului legal al acestuia; obiectivele controlului (care sunt menționate în funcție de specificul controlului: de fond, tematic, de campanie, inopinat etc); termenul de remediere a măsurilor dispuse de inspectorul de muncă; semnătura inspectorului de muncă; semnătura de luat la cunoștință a reprezentantului legal al angajatorului; număr de înregistrare în registrul unic de control.

Procesul verbal de control este însoțit de trei anexe: fișă de identificare; anexa de constatări-deficiențe; anexa de măsuri.

Aceste anexe prezintă anumite elemente specifice în funcție de domeniul supus verificării - relații de muncă sau securitate și sănătate în muncă, condiții de muncă.

Caracterul obligatoriu al actului.

Potrivit dispozițiilor art. 20 alin. 1 lit. b din Legea nr. 108/1999, republicată și ulterior modificată, constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 5.000 lei la 10.000 lei: „neîndeplinirea sau îndeplinirea parțială de către entitatea controlată a măsurilor dispuse de inspectorul de muncă, la termenele stabilite de acesta”.

Calificarea actului. Procesul verbal de control poate fi calificat ca fiind un act administrativ individual unilateral de constrângere, complex, generator de obligații în sarcina destinatarului său care este un angajator sau o societate comercială care desfășoară activități de mediere a forței de muncă în străinătate, prin care se impune forța de constrângere și prerogativele de putere publică a autorității publice (care poate conține mențiuni la sancțiuni administrative principale – amendă sau avertisment sau complementare-retragere a autorizației, suspendarea activității, sistarea activității etc. sau chiar mențiuni referitoare la încălcări ale normelor legale care se constituie în cauze ale unor accidente de muncă).

Procedura contencioasă aplicabilă procesului verbal de control.

Potrivit art. 191 alin. 2 din Legea nr. 108/1999 (introdus prin Legea nr. 51/2012) „Contestațiile formulate împotriva actelor cu caracter administrativ încheiate de inspectorii de muncă sunt soluționate potrivit prevederilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”. Legiuitorul nu a prevăzut, în cazul procesului verbal de control, o procedură specială pentru controlul legalității acestui tip de act administrativ, fiind aplicabilă procedura contencioasă de drept comun.

În această situație trebuie îndeplinită procedura recursului administrativ prealabil, consacrat de art. 7 din Legea nr. 554/2004 (Dragoș, 2005, pag. 196 și urm.). Astfel, înainte de a cere instanței anularea actului (procesul verbal de control), angajatorul-vătămat într-un drept sau interes legitim trebuie să solicite, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului administrativ (dar nu mai târziu de 6 luni, pentru motive temeinice), autorității emitente (Inspectoratul Teritorial de Muncă) sau autorității ierarhic superioare (Inspekția muncii) revocarea, în totalitate sau în parte, a acestuia. Autoritatea emitentă sau, după caz, autoritatea ierarhic superioară este obligată să rezolve reclamația în termen de 30 de zile (art. 7 coroborat cu art. 2 alin. 1 lit. h din Legea nr. 554/2004).

Angajatorul nemulțumit de procesul verbal de control („vătămat într-un drept al său”) contestă practic măsurile dispuse prin actul administrativ de constrângere, acestea putând fi formulate diferențiat, după cum urmează:

- a. în domeniul relațiilor de muncă (exemplificativ):
 - respectarea normelor referitoare la încadrarea în muncă;
 - stabilirea și respectarea duratei timpului de lucru;
 - stabilirea și acordarea drepturilor salariale, precum și a celorlalte drepturi decurgând din munca prestată;
 - respectarea clauzelor contractelor colective de muncă;
- b. în domeniul securității și sănătății în muncă (exemplificativ):
 - asigurarea securității și protecția sănătății lucrătorilor;
 - prevenirea riscurilor profesionale;
 - informarea și instruirea lucrătorilor;
 - asigurarea cadrului organizatoric și a mijloacelor necesare securității și sănătății în muncă.

Așa cum s-a arătat în literatura de specialitate ne aflăm în prezența unui recurs grațios (adresat autorității emitente - Inspectoratul Teritorial de Muncă) sau a unui recurs ierarhic (adresat autorității ierarhic superioare - Inspekția muncii), un recurs prealabil obligatoriu, prevăzut de lege, care condiționează admisibilitatea acțiunii în contencios administrativ. Din

practica instituțională reiese că în perioada analizată (procese verbale de control și contestații împotriva acestora din anii 2007-2011) am constatat că autoritatea emitentă (ITM Cluj) sau autoritatea ierarhic superioară (Inspecția muncii) nu a revocat niciun proces verbal de control (Dragoș, 2005, pp. 201-202).

Ulterior, actul administrativ poate fi dedus judecății în fața instanței de contencios administrativ.

Termenul pentru introducerea cererii pentru anularea unui act administrativ individual este de 6 luni de la data primirii răspunsului la plângerea prealabilă, sau de la data comunicării refuzului, considerat nejustificat, de soluționare a cererii, sau de la data expirării termenului legal de soluționare a cererii, fără a depăși însă termenul de 1 an de la data emiterii actului (art. 7 din Legea nr. 554/2004).

Prin urmare admisibilitatea acțiunii în contencios administrativ, a angajatorului, pentru anularea procesului verbal de control, este condiționată de îndeplinirea procedurii recursului prealabil, bineînțeles, cu respectarea condițiilor de admisibilitate ale acțiunii în contencios, divizate în două categorii distincte: a) condiții de exercitare a dreptului la acțiunea în contencios administrativ (interesul procesual, capacitatea și calitatea procesuală, procedura administrativă prealabilă, termenul de introducere a cererii); b) condiții de admitere pe fond a acțiunii de contencios administrativ (ilegalitatea actului administrativ).

Competența soluționării în primă instanță aparține tribunalului, care se va pronunța asupra legalității actului (procesul verbal de control).

Ilegalitatea procesului verbal de control poate fi de formă (lipsa numelui, prenumelui și a semnăturii inspectorului de muncă, etc) sau de fond (dispozițiile sau măsurile din procesul verbal de control sunt contrare prevederilor legale, de exemplu: plata concediului de odihnă neefectuat de către salariați în timpul anului calendaristic, plata orelor suplimentare în situația în care acestea au fost compensate cu timp liber corespunzător, etc).

Pentru a stabili caracterul legal sau nelegal al actului administrativ (procesul verbal de control) instanța are la dispoziție repere normative importante, menționate de art. 6 și 19 din Legea nr. 108/1999, care stabilesc competențele generale ale Inspecției muncii și ale inspectoratelor teritoriale de muncă în domeniul relațiilor de muncă și al securității și sănătății în muncă⁹.

⁹ O serie întreagă de alte acte normative stabilesc și detaliază competențele Inspecției Muncii: Codul Muncii, H.G. nr. 500/2011, Legea nr. 319/2006, Hotărârea nr. 1.377/ 2009 privind aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Inspecției Muncii, precum și pentru stabilirea unor măsuri cu caracter organizatoric, etc.

Instanța poate să anuleze în întregime sau în parte actul administrativ, însă nu poate să oblige autoritatea emitentă la emiterea unui nou act administrativ (procesul verbal de control), întrucât un asemenea demers nu are nici o rațiune.

În consecință, controlul legalității actului nu se realizează potrivit procedurii speciale reglementate de Ordonanța nr. 2/2001, ci pe calea contenciosului administrativ „de drept comun“, cu parcurgerea procedurii administrative prealabile și finalizarea în fața instanței de contencios administrativ, dacă soluția autorității emitente (Inspectoratul Teritorial de Muncă) îl nemulțumește pe cel în sarcina căruia actul administrativ creează obligații .

Procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor este un act administrativ individual, de constrângere, frecvent utilizat de Inspectoratul Teritorial de Muncă în activitatea sa, care vizează conformarea activității angajatorilor cu prevederile legale în domeniul relațiilor de muncă și al securității și sănătății în muncă (Țiclea, 2007, pag. 35 și urm.).

Prin procesul verbal de contravenție, spre deosebire de procesul verbal de control, angajatorului i se aplică o sancțiune contravențională principală (amendă sau avertisment) precum și o sancțiune contravențională complementară (suspendarea activității agenților de ocupare a forței de muncă conf. prev. Legii nr. 156/2000 modificată prin Ordonanța nr. 43/2002, în cazul nerespectării prevederilor Legii nr. 156/2000; întreruperea sau suspendarea imediată a proceselor de muncă atunci când se constată o stare de pericol iminent de accident sau de îmbolnăvire profesională pentru lucrătorii care participă la procesul de producție). Aici trebuie precizat că în practica inspectoratelor teritoriale de muncă întreruperea sau suspendarea proceselor de muncă în domeniul securității și sănătății în muncă se realizează printr-un act administrativ distinct de procesul verbal de contravenție, *numit proces verbal de sistare a activității* .

Spre exemplificare vom preciza câteva prevederi legale a căror încălcare poate atrage după sine aplicarea unor sancțiuni contravenționale principale (amendă sau avertisment) :

- angajatorul a încălcat prevederile art. 16 alin. 1 din Codul muncii întrucât nu a încheiat în formă scrisă contractul de muncă pentru persoana care desfășoară activitate pentru acesta;
- angajatorul nu a respectat prev. art. 137 din Codul muncii referitoare la repausul săptămânal;
- angajatorul nu a respectat prevederile legale referitoare la munca de noapte;
- angajatorul nu a respectat prevederile legale referitoare la prestarea muncii în zilele de sărbătoare legală.

Toate aceste încălcări sunt sancționate cu amenzi contravenționale în conformitate cu prevederile art. 260 din Codul muncii, însă aplicarea sancțiunilor se face prin procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor și nu prin procesul verbal de control.

Similar, există constatări în procesele verbale de control ale unor încălcări ale normelor de securitate și sănătate în muncă:

- nu a luat măsuri pentru asigurarea de materiale necesare informării și instruirii lucrătorilor, cum ar fi afișe, pliante, filme și diafilme cu privire la securitatea și sănătatea în muncă;

- nu a asigurat informarea fiecărei persoane, anterior angajării în muncă, asupra riscurilor la care aceasta este expusă la locul de muncă, precum și asupra măsurilor de prevenire și de protecție necesare;

- nu a luat măsuri pentru autorizarea exercitării meseriilor și a profesiilor prevăzute de legislația specifică;

- nu a ținut o evidență a zonelor cu risc ridicat și specific.

Aceste încălcări sunt sancționate cu amenzi contravenționale în conformitate cu prevederile art. 39 alin. 2 Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă, sancțiuni care se aplică și în acest caz prin procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

Procedura contencioasă aplicabilă procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor. Potrivit prev. art. 31 alin. 1 ale O.G. nr. 2/2001 „Impotriva procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii se poate face plângere în termen de 15 zile de la data înmânării sau comunicării acestuia ”, iar art. 32 alin. 2 stabilește că „Plângerea împreună cu dosarul cauzei se trimite de îndată judecătorei în a cărei circumscripție a fost săvârșită contravenția”.

Prin Decizia Curții Constituționale nr. 953 din 19 decembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial nr. 53 din 23 ianuarie 2007 a fost admisă excepția de neconstituționalitate cu privire la dispozițiile art. 32, alin. 1 (Plângerea însoțită de copia de pe procesul-verbal de constatare a contravenției se depune la organul din care face parte agentul constatator, acesta fiind obligat să o primească și să înmâneze depunătorului o dovadă în acest sens) din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, acestea fiind declarate neconstituționale.

Conform art. 147 din Constituția României republicată în Monitorul Oficial nr. 767 din 31 octombrie 2003, dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau

Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.

În consecință, în intervalul 23 ianuarie 2007 - 9 martie 2007, dispozițiile alin. (1) al art. 32 au fost suspendate de drept, încetându-și efectele juridice începând cu data de 10 martie 2007, întrucât legiuitorul nu a intervenit pentru modificarea prevederilor atacate.

Instanța competentă să soluționeze plângerea (judecătoria în a cărei rază teritorială a fost săvârșită contravenția), după ce verifică dacă aceasta a fost introdusă în termen, ascultă pe cel care a făcut-o și pe celelalte persoane citate, dacă aceștia s-au prezentat, administrează orice alte probe prevăzute de lege, necesare în vederea verificării legalității și temeiniciei procesului-verbal, și hotărăște asupra sancțiunii (cu menținerea sau anularea în tot sau în parte a procesului verbal).

Soluțiile posibile ale instanței de judecată ar putea fi următoarele:

- instanța anulează procesul verbal de contravenție constatând încălcarea unor cerințe de formă ale procesului verbal de contravenție : lipsa mențiunilor privind numele, prenumele și calitatea agentului constatat, lipsa denumirii și a sediului persoanei juridice (care are calitatea de angajator), lipsa semnăturii agentului constatat (art. 17 din Ordonanța nr. 2/2001); lipsa mențiunilor contravenientului consemnate distinct în procesul verbal la rubrica „ Alte mențiuni “ sau lipsa mențiunilor referitoare la refuzul acestuia de a face obiecțiuni (art. 16 alin. 7 din Ordonanța nr. 2/2001);

- instanța anulează procesul verbal de contravenție pentru motive de fond: lipsa faptei săvârșite și a datei comiterii acesteia (art. 17 din Ordonanța nr. 2/2001). Astfel, spre exemplu, instanța constată că angajatorul nu a primit la muncă o persoană pentru care nu a fost întocmit un contract individual de muncă sau că angajatorul nu a acordat drepturi salariale sub nivelul salariului minim brut pe țară; angajatorul nu a încălcat măsurile de siguranță prevăzute în normele privind lucrul la înălțime, în spații închise și în condiții de izolare etc;

- instanța anulează în parte procesul verbal de contravenție constatând că unele fapte sancționate au fost săvârșite, iar altele nu ;

- instanța reduce amenda contravențională la minimul prevăzut de lege;
- instanța transformă amenda în avertisment;
- instanța respinge plângerea pentru tardivitate;
- instanța respinge plângerea ca nefondată.

Astfel, în cazul procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor este aplicabilă o procedură specială, derogatorie, reglementată de Ordonanța Guvernului nr.

2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, spre deosebire de procesul verbal de control, act administrativ care este supus procedurii contencioase de „drept comun” reglementată de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

În situația în care soluția din contravențional este defavorabilă angajatorului-contravenient, acesta se poate adresa instanței de contencios (are la dispoziție un an) pentru anularea procesului verbal de control (act principal) astfel că executarea actului administrativ (procesul verbal de control) are de suferit. Dacă în instanța de contencios angajatorul are câștig de cauză, ar trebui anulat și actul subsecvent (procesul verbal de contravenție), având în vedere legătura indisolubilă a acestuia cu actul principal (procesul verbal de control).

Procesul verbal de sistare a activității este actul administrativ prin care Inspectoratul Teritorial de Muncă dispune sistarea activității sau oprirea din funcțiune a echipamentelor de muncă, în cazul în care se constată o stare de pericol grav și iminent de accidentare sau de îmbolnăvire profesională.

Normele legale incidente sunt cele ale Legii nr. 108/1999 pentru înființarea și organizarea Inspecției Muncii, republicată (art. 6, pct. B, lit. g) și ale Legii nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă (art. 38 alin. 3).

Am analizat forma, efectele și conținutul actului.

Procesul verbal de sistare a activității are următoarele elemente:

- numărul și data actului;
- numele și prenumele persoanei desemnată să întocmească procesul verbal de control (inspector de muncă);
- datele de identificare ale autorității emitente;
- temeiul legal în baza căruia se emite actul;
- datele de identificare ale angajatorului și ale reprezentantului legal al acestuia;
- indicarea normei încălcate și a temeiului legal în baza căruia se dispune sistarea activității angajatorului;
- indicarea tipului sistării: totală sau parțială;
- indicarea termenului sistării;
- mențiunea că repunerea în funcțiune a instalațiilor, mașinilor și utilajelor, anterior eliminării tuturor deficiențelor pentru care s-a luat măsura opririi lor, pedeapsa este închisoarea de la un an la 2 ani sau amendă.
- semnătura inspectorului de muncă și a reprezentantului legal al angajatorului.

Procedura contencioasă aplicabilă procesului verbal de sistare a activității.

Procedura contencioasă aplicabilă acestui act administrativ de constrângere este cea de „drept comun” reglementată de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ (având în vedere precizarea art. 191 alin. 2 din Legea nr. 108/1999 pentru înființarea și organizarea Inspecției Muncii potrivit căreia „Contestațiile formulate împotriva actelor cu caracter administrativ încheiate de inspectorii de muncă sunt soluționate potrivit prevederilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”), cu toate că „sistarea activității” întrunește elementele unei sancțiuni contravenționale complementare potrivit art. 5 alin. 3 lit. e din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, iar procedura contencioasă aplicabilă ar trebui să fie cea reglementată de acest din urmă act normativ.

Procesul verbal de cercetare a accidentelor de muncă poate fi calificat ca un act de muncă, un act administrativ de constrângere complex prin care sunt cercetate evenimentele care au produs invaliditate evidentă sau confirmată, deces, accidente colective, incidente periculoase, în cazul evenimentelor care au produs incapacitate temporară de muncă lucrătorilor la angajatorii persoane fizice, precum și în situațiile cu persoane date dispărute.

Actul cuprinde următoarele elemente:

a) numărul și data încheierii procesului-verbal; b) numele persoanelor și în ce calitate efectuează cercetarea evenimentului; c) perioada de timp și locul în care s-a efectuat cercetarea; d) obiectul cercetării; e) data și ora producerii evenimentului; f) locul producerii evenimentului; g) datele de identificare ale angajatorului la care s-a produs evenimentul, numele reprezentantului său legal; h) datele de identificare ale accidentatului/accidentaților; i) descrierea detaliată a locului, echipamentului de muncă, a împrejurărilor și modului în care s-a produs evenimentul; j) urmările evenimentului și/sau urmările suferite de persoanele accidentate; k) cauza producerii evenimentului; l) alte cauze care au concurat la producerea evenimentului; m) alte constatări făcute cu ocazia cercetării evenimentului; n) persoanele răspunzătoare de încălcarea reglementărilor legale, din capitolele de la lit. k), l) și m); o) sancțiunile contravenționale aplicate; p) propuneri pentru cercetare penală; q) caracterul accidentului; r) angajatorul care înregistrează accidentul de muncă sau incidentul periculos; s) măsuri dispuse pentru prevenirea altor evenimente similare și persoanele responsabile pentru realizarea acestora; t) termenul de raportare la Inspectoratul Teritorial de Muncă privind realizarea măsurilor prevăzute la lit. s); u) numărul de exemplare în care s-a încheiat procesul-verbal de cercetare și repartizarea acestora; v) numele și semnătura persoanei/persoanelor care a/au efectuat cercetarea; w) avizul inspectorului-șef adjunct securitate și sănătate în muncă; x) viza inspectorului-șef/inspectorului general de stat.

Procedura contencioasă aplicabilă acestui act administrativ de constrângere este cea de „drept comun” reglementată de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ (având în vedere precizarea art. 191 alin. 2 din Legea nr. 108/1999 pentru înființarea și organizarea Inspecției Muncii potrivit căreia „Contestațiile formulate împotriva actelor cu caracter administrativ încheiate de inspectorii de muncă sunt soluționate potrivit prevederilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”.

Interdependențe între actele administrative de constrângere analizate.

Analiza legăturilor și a raporturilor existente între actele administrative de constrângere este important pentru demersul nostru care vizează propunerea unor modalități de simplificare și unificare a procedurilor administrative.

Natura complexă a procesului verbal de control, în efectele și conținutul său, reiese și din legăturile sale (intrinseci) cu celelalte acte administrative de constrângere, în mod special cu procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor și cu procesul verbal de sistare a activității.

Analiza comparativă a evidențiat faptul că în procesul verbal de control se regăsesc constatări referitoare la încălcări ale unor norme legale în domeniul relațiilor de muncă, cum ar fi spre exemplu:

- angajatorul a încălcat prevederile art. 16 alin. 1 din Codul muncii întrucât nu a încheiat în formă scrisă contractul de muncă pentru persoana care prestează munca pentru acesta;
- angajatorul nu a respectat prev. art. 137 din Codul muncii referitoare la repausul săptămânal;
- angajatorul nu a respectat prevederile legale referitoare la munca de noapte;
- angajatorul nu respectat prevederile legale referitoare la prestarea muncii în zilele de sărbătoare legală.

Toate aceste încălcări sunt sancționate cu amenzi contravenționale în conformitate cu prevederile art. 260 din Codul muncii, însă aplicarea sancțiunilor se face prin procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor, nu prin procesul verbal de control.

Similar, există constatări în procesele verbale de control ale unor încălcări ale normelor de securitate și sănătate în muncă:

- nu a luat măsuri pentru asigurarea de materiale necesare informării și instruirii lucrătorilor, cum ar fi afișe, pliante, filme și diafilme cu privire la securitatea și sănătatea în muncă;

- nu a asigurat informarea fiecărei persoane, anterior angajării în muncă, asupra riscurilor la care aceasta este expusă la locul de muncă, precum și asupra măsurilor de prevenire și de protecție necesare;

- nu a luat măsuri pentru autorizarea exercitării meseriilor și a profesiilor prevăzute de legislația specifică;

- nu a ținut o evidență a zonelor cu risc ridicat și specific.

Aceste încălcări sunt sancționate cu amenzi contravenționale în conformitate cu prevederile art. 39 alin. 2 Legea nr. 319/2006 a securității și sănătății în muncă, sancțiuni care se aplică și în acest caz prin procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

Astfel, practic, constatarea (stabilirea) situației inițiale de fapt și de drept se realizează prin procesul verbal de control, constatare care stă la baza întocmirii procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

Această legătură indisolubilă între procesul verbal de control, care are calitatea de *act principal* și procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor, care are calitatea de *act accesoriu* (subsecvent), prezintă relevanță din perspectiva procedurilor contencioase aplicabile acestor categorii de acte administrative de constrângere. Întrucât, procedurile contencioase aplicabile celor două categorii de acte administrative sunt diferite („de drept comun” în cazul procesului verbal de control, specială-reglementată de Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 în cazul procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor), soluțiile instanțelor de judecată pot fi divergente (ipoteză confirmată de practica judiciară), născându-se un conflict în materia autorității de lucru judecat. Astfel, dacă instanța de contencios administrativ de drept comun anulează procesul verbal de control, iar instanța competentă să soluționeze contestația împotriva procesului verbal de contravenție respinge contestația și menține procesul verbal de contravenție, suntem în situația în care, actul ce constată încălcarea unor prevederi legale și prin care se dispune remedierea deficiențelor constatate este anulat, în timp ce actul prin care sunt sancționate încălcările prevederilor legale este menținut.

Identice, anularea în tot sau în parte a procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor conduce la *caducitatea implicită* a unor măsuri din procesul verbal de control (fără ca instanța să se pronunțe direct asupra conținutului acestuia, oricum nu ar avea competența necesară). Spre exemplu, instanța anulează procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor motivând că angajatorul nu a săvârșit fapta contravențională reținută în culpa sa (primirea la muncă a unei persoane pentru care nu a întocmit contract individual), astfel că, măsura dispusă prin procesul verbal de control, prin care se impune în

sarcina angajatorului încheierea contractului individual de muncă, devine caducă (inaplicabilă). Aceste situații de conflict de proceduri și de autoritate de lucru judecat (soluții diferite ale unor instanțe plasate pe trepte ierarhice diferite, în proceduri distincte) pot afecta executarea actelor administrative deduse judecătii, fie a procesului verbal de control, fie a procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

Practică instituțională și practică judiciară în materia actelor administrative de constrângere

1.A. În urma controlului efectuat la angajatorul SC G.S. SRL, ITM Cluj a stabilit prin procesul verbal de control că un număr de 619 persoane au prestat diferite activități de publicitate pentru angajator fără ca acesta să le fi încheiat contracte individuale de muncă în conformitate cu prevederile art. 16 alin. 1 din Codul muncii, republicat. Procesul verbal de control conținea măsura încheierii de contracte individuale de muncă pentru cei 619 colaboratori ai angajatorului.

De asemenea, în temeiul constatărilor din procesul verbal de control, ITM Cluj a emis un proces verbal de constatare și sancționare a contravențiilor prin care angajatorul SC G.S. SRL a fost sancționat cu amendă contravențională pentru muncă fără forme legale.

1.B. Prin decizia civilă nr. 2882 din 1 iulie 2011 Curtea de Apel Cluj, Secția Comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal a admis recursul declarat de reclamanta SC G.S. SRL, în contradictoriu cu ITM Cluj, împotriva sentinței civile nr. 3861 din 12 noiembrie 2010 pronunțată în dosarul nr. 1317/117/2010 al Tribunalului Cluj și a anulat procesul verbal de control nr. 039253/29.10.2009 încheiat de ITM Cluj, act ce conținea măsura încheierii de contracte individuale de muncă pentru cei 619 colaboratori ai recurenteii.

Reclamanta SC G.S. SRL a ales calea contencioasă „de drept comun”, reglementată de Legea nr. 554/2004, pentru contestarea procesului verbal de control, soluția primei instanțe fiindu-i defavorabilă, a fost recurată.

Concomitent, reclamanta SC G.S. SRL a contestat, potrivit procedurii speciale reglementată de Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor nr. 011665 din 29.10.2009 încheiat de ITM Cluj prin care contestatoarea a fost sancționată cu amendă contravențională pentru primirea la muncă a 619 persoane pentru care nu au fost încheiate contracte individuale de muncă.

Prin sentința civilă nr. 10612 din data de 17 iunie 2011 Judecătoria Cluj-Napoca a respins plângerea contravențională ca neîntemeiată, cu consecința menținerii procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor ca fiind temeinic și legal.

2.A În urma cercetării evenimentului/accident de muncă produs la angajatorul SC D SRL în data de 28.05.2008, ITM Cluj a emis un proces verbal de cercetare a evenimentului/accidentului de muncă prin care s-au constatat și stabilit cauzele producerii accidentului de muncă, s-au stabilit persoanele responsabile de producerea acestuia și au fost propuse sancțiuni contravenționale în sarcina angajatorului.

În temeiul constatărilor din procesul verbal de cercetare a evenimentului/accidentului de muncă, ITM Cluj a emis un proces verbal de constatare și sancționare a contravențiilor prin care angajatorul SC D SRL a fost sancționat cu amenda contravențională pentru încălcarea normelor referitoare la securitatea și sănătatea în muncă în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 319/2006.

2.B. Prin Sentința civilă nr. 3903 din data de 23 septembrie 2011 Tribunalul Cluj, Secția Mixtă de Contencios Administrativ și Fiscal, de Conflicte de Muncă și Asigurări Sociale a admis acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta SC D SRL în contradictoriu cu ITM Cluj, dispunând anularea concluziilor procesului verbal de cercetare a evenimentului (sau accidentului de muncă, în convenția terminologică utilizată) nr. 9145 din 30.06.2008 încheiat de ITM Cluj referitoare la neconformitățile constatate la lit. k ca fiind cauze ale evenimentului accident de muncă produs la data de 28.05.2008, precum și a dispozițiilor de la literele nr. 1, 2, 3(?) și cu privire la persoanele răspunzătoare și sancțiunile aplicate.

Soluția instanței de contencios a avut în vedere concluziile instanței penale (întrucât faptele constatate prin procesul verbal au fost cercetate inițial ca infracțiuni) care a statuat cu privire la împrejurările producerii accidentului de muncă care face obiectul acțiunii în contencios administrativ, cu privire la vinovăția accidentatului C.R.C. (cu infirmitate) și a achitat inculpatul P.D. și cum hotărârile instanței penale au autoritate de lucru judecat în fața instanței civile în privința existenței faptei, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției, tribunalul a admis acțiunea în contencios administrativ formulată de reclamanta SC D SRL și în temeiul art. 8-18 din Legea nr. 544/2004 a dispus anularea concluziilor procesului verbal de cercetare a evenimentului/accidentului de muncă.

În același timp, reclamanta SC D SRL a contestat, potrivit procedurii speciale reglementată de Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor încheiat de ITM Cluj prin care contestatoarea a fost sancționată cu amendă contravențională pentru încălcarea normelor de securitate și sănătate în muncă prev. de Legea nr. 319/2006 în temeiul concluziilor procesului verbal de cercetare a evenimentului/accidentului de muncă.

Judecătoria Cluj-Napoca a respins plângerea contravențională ca neîntemeiată, cu consecința menținerii procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor ca fiind temeinic și legal (A se vedea soluția pronunțată de Judecătoria Cluj-Napoca în dosarul unic 11640/211/2008 pe portal.just.ro). Stadiul procesual actual-recurs.

Există o practică instituțională și judiciară vastă referitoare la acte administrative emise de inspectoratele teritoriale de muncă în exercitarea atribuțiilor de îndrumare, conformare și sancționare (sau de alte autorități cu atribuții similare în alte domenii de activitate), care devin caduce implicit (fără ca instanța să se pronunțe direct asupra legalității și temeiniciei acestora), parțial sau total, prin revocarea actului administrativ conex, de regulă, a procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor.

Astfel, pentru acte din aceeași categorie, între care există strânse legături (se referă la aceleași situații juridice) sau chiar un raport de tipul act principal (procesul verbal de control, sau procesul verbal de cercetare a evenimentelor/accidentelor de muncă)/act accesoriu (procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor), sunt incidente proceduri contencioase diferite, finalizate cu soluții diferite (aflate în conflict) care afectează executarea actelor administrative deduse judecății, fie a procesului verbal de control, fie a procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor. De asemenea, aceste proceduri diferite aplicabile actelor administrative de constrângere care se referă la aceleași situații juridice (chiar dacă scopul lor individual este parțial diferit: constatare/conformare-procesul verbal de control sau procesul verbal de cercetare; sancționare-procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor sau procesul verbal de sistare a activității, scopul final este același: reglementarea și conformarea activității angajatorului cu norma legală), extind nejustificat durata soluționării litigiilor ce vizează legalitatea și temeinicia actelor de acest tip.

Propuneri de simplificare și unificare a procedurilor contencioase aplicabile actelor administrative de constrângere.

Dacă soluțiile instanțelor de judecată sunt contradictorii: instanța de contencios administrativ de drept comun anulează procesul verbal de control, iar instanța competentă să soluționeze contestația împotriva procesului verbal de contravenție respinge contestația și menține procesul verbal de contravenție, suntem în situația în care, actul ce constată încălcarea unor prevederi legale și prin care se dispune remedierea deficiențelor constatate este anulat, în timp ce actul prin care sunt sancționate încălcările prevederilor legale este menținut (sau invers).

Pentru a evita astfel de situații juridice contradictorii, suntem de părere că este necesar să fie reglementată o procedură identică pentru controlul legalității acestor tipuri de acte

administrative de constrângere. Astfel, indiferent de actul administrativ de constrângere dedus judecății, în cadrul aceleiași proceduri judiciare să fie cercetată inclusiv legalitatea și temeinicia actelor administrative conexe.

Întrucât, de regulă, actul administrativ de constrângere contestat este procesul verbal de constatare și sancționare a contravențiilor, judecătoria fiind competentă să soluționeze contestația, aceeași instanță poate fi investită (de lege ferenda) cu autoritatea verificării temeiniciei și legalității procesului verbal de control sau procesului verbal de cercetare a evenimentelor/accidentelor de muncă și cu atât mai mult a procesului verbal de sistare a activității care conține o sancțiune contravențională complementară aplicată potrivit prevederilor art. 5 alin. 3 lit. e din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001.

Din moment ce judecătoria se pronunță asupra legalității și temeiniciei procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor, care este actul punitiv cel mai constrângător pentru angajator (conține sancțiuni al căror quantum poate pune angajatorul-contravenient într-o situație economică precară dacă actul administrativ nu este revocat în tot sau în parte), sau asupra răspunderii penale ce decurge din constatările procesului verbal de cercetare a evenimentului/accidentului de muncă, nu există rațiuni temeinice ca o instanță diferită (instanța de contencios administrativ de drept comun-tribunalul) să se pronunțe asupra procesului verbal de control, act ce conține măsuri de conformare a activității angajatorului cu norma legală, nu sancțiuni contravenționale și este mai puțin constrângător (punitiv) sau asupra procesului verbal de cercetare a evenimentului/accidentului de muncă.

D. Condițiile de valabilitate a actului administrativ.

1.Enumerare. Pentru a fi valabil, un act administrativ trebuie să îndeplinească patru condiții: (1) să fie emis de autoritatea competentă și în limitele competenței sale, (2) să fie emis în forma și cu respectarea procedurii prevăzute de lege, (3) să fie conform cu Constituția, legile și actele normative în vigoare, (4) să fie conform cu interesul public urmărit de lege.

2. Competența – actul administrativ să fie emis de autoritatea competentă și în limitele competenței sale.

Competența unei autorități administrative este *stabilită prin lege*, prin urmare ea nu poate fi transmisă unei alte autorități publice decât tot prin lege (Petrescu, 2004, p.297).

Competența este *obligatorie* – în sensul că nu se poate renunța la exercitarea ei¹⁰, și are caracter *permanent*, chiar dacă titularii unor funcții sunt aleși pentru un mandat determinat¹¹.

Există trei tipuri de competență:

a) competența materială (*ratione materiae*). Competența materială se referă la domeniul în care autoritatea publică își exercită atribuțiile conferite prin lege (ex.: Ministerul finanțelor publice - finanțe publice, impozite, taxe; Inspectoratul Teritorial de Muncă - raporturi de muncă, protecție socială, Consiliul local – taxe locale, drumurile din oraș, etc.; Comisia Națională de Statistică - statistică, etc.).

b) competența temporală (*ratione temporis*). Competența temporală aparține autorității publice care este investită cu puterea de a emite un act administrativ sau de a efectua o operațiune materială la momentul în care actul este emis sau operațiunea efectuată (Lombard, 1999, p.183).

Precizarea, deși la prima vedere pare mai dificil de înțeles, este necesară întrucât autoritatea publică s-ar putea să aibă competența de a emite actul administrativ în cauză, dar nu la momentul în care acesta este emis (prin moment înțelegându-se ziua emiterii, sau alte unități de măsurare a timpului, dacă se poate stabili cu certitudine când a încetat competența de emiterie a actului administrativ).

Prin urmare, actul administrativ poate fi emis prematur, de o autoritate încă neinvestită legal cu atribuții de putere publică în domeniul respectiv, sau, dimpotrivă, tardiv, de o autoritate ce nu mai are competența de a-l emite. Astfel, fostul primar nu mai poate oficia căsătorii la ora 12,00 dacă noul primar ales în funcție a fost validat de judecător la ora 10,00 a aceleiași zile. Dacă actul prin care competența temporală încetează este un act normativ, se ia în calcul data publicării lui sau aducerii la cunoștință publică, pe când în cazul actului individual se va lua în considerare data sau momentul comunicării lui.

În contextul competenței temporale trebuie discutată însă și *teoria funcționarului de fapt*. Astfel, se pune întrebarea ce efecte are actul administrativ sau operațiunea administrativă realizate de un funcționar care nu mai are competență legală de a le realiza, sau încă nu are această competență, însă aparent, din perspectiva persoanelor care vin în contact cu acest funcționar, el este competent să emită actul sau să efectueze operațiunea? Exemplul cel mai elocvent rămâne cel de mai sus, cu primarul al cărui mandat a încetat, și care oficiază în continuare căsătorii; ce se întâmplă cu aceste căsătorii, sunt ele valabil încheiate?

¹⁰ Spre exemplu, prefectul nu poate refuza numirea în funcție a unei persoane care a câștigat concursul pentru ocuparea funcției publice de secretar al comunei, și nici nu poate refuza constatarea dizolvării de drept a consiliului local, atunci când condițiile legale sunt îndeplinite.

¹¹ Consiliul local și primarul sunt autorități administrative ce funcționează permanent, chiar dacă titularii funcțiilor de consilieri, respectiv persoana care a fost aleasă primar se schimbă.

Doctrina dreptului administrativ consideră, pe bună dreptate, că teoria funcționarului de fapt, atunci când există aparența legalității activității acestuia, coroborată cu aceea a aparenței în drept, acceptată din motive de securitate juridică, sunt suficiente pentru a considera actul administrativ sau operațiunea administrativă ca fiind legală, și de a evita repunerea în discuție a situației juridice ce face obiectul actului sau operațiunii, și, implicit, obligarea persoanei în cauză de a parcurge procedura administrativă din nou (Lombard, 1999, p.183). Considerarea ca legală a operațiunii sau a actului administrativ are ca scop, prin urmare, doar protejarea celor administrați, și nu antrenează exonerarea de răspundere a funcționarului public care nu poate dovedi că a fost în eroare atunci când a emis actul sau a efectuat operațiunea.

Tot în categoria exemplelor privind funcționarii de fapt se încadrează situația funcționarului public căruia îi este anulat prin hotărâre judecătorească, cu efecte retroactive, actul de numire în funcția publică: actele administrative emise sau operațiunile administrative efectuate de acesta în perioada dintre numire și anularea numirii sunt considerate valide, în virtutea teorii funcționarului de fapt, chiar dacă efectul anulării actului de numire ar fi acela că, teoretic, persoana în cauză nu a fost niciodată funcționar public.

c) competența teritorială (*ratione loci*). Competența teritorială definește câmpul geografic al acțiunii administrative al unei autorități publice: ansamblul teritoriului național - competență națională, sau numai teritoriul unei comune, oraș sau județ – competență locală.

Astfel, Guvernul are competență națională, Consiliul județean competență județeană (ce este inclusă în sfera mai largă a competenței locale, în sensul de alternativă la competența națională) iar Consiliul local competență locală.

Principiul paralelismului competențelor. În conformitate cu acest principiu, unanim recunoscut de doctrina și practica de drept administrativ (Van Lang, G. Gondouin, V. Inseguet-Brisset, 1999, p.17; M. Lombard, 1999, p.185), în tăcerea legii (adică în lipsa unei prevederi legale exprese care să rezolve situația), autoritatea publică ce are competența de a emite un act sau de a efectua o operațiune administrativă are și competența de a revoca acel act sau de a cere restituirea prestației (atunci când acest lucru este posibil).

Astfel, pentru a exemplifica practic acest principiu, consiliul local poate hotărî participarea cu capital sau cu bunuri, în numele colectivității locale pe care o reprezintă, la constituirea de societăți comerciale (art.15 din Legea nr.215/2001), prin urmare, prin aplicarea principiului paralelismului competențelor, tot prin hotărâre a consiliului local se poate hotărî și renunțarea la calitatea de asociat sau acționar la societățile comerciale respective.

Dreptul de revocare este exclusiv numai atunci când competența este exclusivă, prin urmare în cazul în care și alte autorități pot emite actul în cauză revocarea poate fi decisă și de aceste autorități.

Caracterul de ordine publică al regulilor de competență. Necesitatea asigurării coerenței activității administrative atașează regulilor de competență un caracter de ordine publică; aceasta înseamnă că, în cadrul unui litigiu de contencios administrativ, oricare dintre părți și chiar instanța de contencios administrativ din oficiu, poate ridica, în orice moment al procesului, excepția de necompetență a autorității publice pârâte, motiv de nulitate absolută a actului administrativ atacat.

Illegalitatea datorată necompetenței *nu poate fi acoperită prin confirmare*, prin urmare autoritatea administrației publice care era, de fapt, competentă să emită actul nu și-l poate însuși, și să considere că este emis cu respectarea competenței. Singura soluție este emiterea unui nou act, cu același conținut cu primul, de această dată de către autoritatea competentă, care va produce efecte juridice din momentul emiterii (Iovănaș, 1997, p.232).

Delegarea competenței. Obiectul delegării de competență îl constituie însărcinarea unei autorități publice subordonate de a acționa în numele autorității legal competente, în anumite cazuri determinate. Delegarea poate interveni și în interiorul autorității publice, între funcționarii publici.

Imperativul concilierii necesității de a respecta strict regulile de competență cu necesitatea practică de a construi sisteme de gestionare efectivă a complexei problematice cu care se confruntă administrația publică a dus la acceptarea în doctrină a unor reguli mai puțin restrictive, la formularea unui compromis (Lombard, 1999, p.183).

Astfel, o condiție esențială a delegării este ca ea să fie autorizată prin „lege” (în sens larg, ce cuprinde și actele normative de rang inferior legii). În al doilea rând, actul administrativ de delegare trebuie să precizeze exact întinderea delegării, nefiind admisibilă delegarea tuturor atribuțiilor autorității publice, și titularul delegării (autoritatea publică delegatară).

Există două tipuri de delegare:

a) delegarea de putere publică (de atribuții). Acest tip de delegare presupune ca autoritatea delegantă să renunțe temporar (până la revocarea expresă a delegării) la atribuția de putere publică într-un anumit domeniu, prin urmare aceasta pierde posibilitatea de a decide în acel domeniu.

Delegarea de putere publică vizează titularul unei funcții, nu o persoană determinată, prin urmare delegarea rămâne valabilă chiar dacă titularul funcției publice este schimbat. Ea trebuie realizată întotdeauna în formă scrisă (Lombard, 1999, p.191).

De asemenea, autoritatea publică delegatară nu poate sub-delega atribuțiile de putere publică (competența), ci doar dreptul de semnătură.

Suntem în prezența delegării de atribuții în cazul viceprimarilor, Legea 215 din 2001 modificată în 2006 prevăzând posibilitatea delegării unora dintre atribuțiile primarului, *deci o delegare facultativă*. Astfel, art. 70 precizează că atribuțiile de ofițer de stare civilă și de autoritate tutelară pot fi delegate și secretarului unității administrativ-teritoriale sau altor funcționari publici din aparatul de specialitate cu competente în acest domeniu, potrivit legii.

b) delegarea de semnătură - permite delegarea semnăturii titularului unei funcții publice către un colaborator sau subordonat - nu se delegă atribuțiile, ci doar semnătura, prin urmare titularul funcției publice sau a demnității publice păstrează competența și răspunderea în domeniul vizat¹².

Suntem în prezența unei măsuri interne, de organizare optimă a serviciului public, aplicabilă în practică atunci când legea nu prevede posibilitatea delegării de atribuții.

Prin delegarea semnăturii se vizează o persoană determinată, în consecință pierderea funcției publice antrenează încetarea delegării. La fel se întâmplă și în cazul în care delegantul își pierde funcția.

Delegatarul acționează în numele delegantului, prin urmare este interzisă sub-delegarea semnăturii.

3. Forma și procedura – actul să fie emis în forma și cu respectarea procedurii prevăzute de lege.

3. 1. Considerații introductive. Procedura administrativă necontencioasă. Noțiune.

Procedura administrativă necontencioasă desemnează procedura urmată de autoritățile administrației publice atunci când emit acte administrative sau eliberează diferite certificate, avize, aprobări, etc, *în absența unui litigiu* (Lombard, 1999, p.187).

Există *forme procedurale anterioare* emiterii actului administrativ – avizul (facultativ, consultativ și conform), acordul (prealabil, concomitent sau posterior), propuneri, rapoarte, certificate, etc., *forme procedurale concomitente* emiterii actului – cvorum, majoritate, motivarea și semnarea sau contrasemnarea, și *forme procedurale posterioare* emiterii actului – comunicarea, publicarea, aprobarea și confirmarea.

¹² Spre exemplu, viceprimarii nu pot să delege la rândul lor atribuțiile pe care li le-a delegat primarul.

Prin aceste forme procedurale, autoritățile administrației publice își asociază alte autorități publice la decizie, în vederea fundamentării ei din punct de vedere legal și al criteriului oportunității.

De asemenea, o importanță tot mai mare au primit în ultima vreme procedurile de consultare a celor administrați în procesul de luare a deciziei administrative. Deși dispune de o putere de decizie unilaterală, administrația publică tinde tot mai mult, fie forțată de legi, fie din proprie inițiativă, să țină seama de părerea celor vizați prin actul administrativ. O decizie astfel adoptată are avantajul de a fi susceptibilă de o aplicare mai facilă și de o adeziune mai rapidă din partea celor vizați decât decizia luată fără consultare, considerată de multe ori abuzivă și fără sens.

În fine, o administrație modernă nu poate funcționa la standarde de calitate ridicate fără respectarea principiului transparenței, conform căruia deciziile administrației publice trebuie luate în așa fel încât toate persoanele interesate să le cunoască încă din faza de proiect, iar procedura de emitere și de executare a deciziei administrative să fie deschisă, coerentă și corectă, ușor de urmărit de public.

În planul contenciosului administrativ, importanța distincției între actele administrative și formele procedurale prevăzute de lege pentru emiterea actului administrativ constă în aceea că doar actul administrativ, adică actul final, poate fi contestat direct pe calea unei acțiuni directe în contencios administrativ, nu și avizele, acordurile, propunerile, referatele, aprobările, etc. Atunci când analizează legalitatea actului administrativ însă, instanța de contencios administrativ se va pronunța și asupra formelor procedurale (actelor interne, cum mai sunt ele denumite), întrucât, de multe ori, ilegalitatea actului administrativ este rezultatul evident al ilegalității unei forme procedurale care a stat la baza emiterii lui.

Unele din aceste forme sunt instituite de lege pentru garantarea drepturilor celor administrați sau pentru informarea autorităților publice, și pot atrage anularea actului -nulitate relativă, sau nulitatea absolută a acestuia, care trebuie doar constatată de instanță. Alte forme, însă, nu atrag nulitatea actului (procedurile facultative).

Instanța de judecată poate aprecia dacă neefectuarea unei proceduri administrative obligatorii este de natură să vicieze actul administrativ. De exemplu, durata mai redusă a anchetei publice prevăzute de lege nu impiedică asupra legalității actului administrativ, dacă cel vizat și-a prezentat punctul de vedere și acesta a fost consemnat. De asemenea, faptul că funcționarul public vinovat de producerea unei pagube patrimoniului instituției nu a fost lăsat să semneze un angajament de plată și a fost emisă o decizie de imputare cu același conținut ca și angajamentul de plată nu afectează legalitatea deciziei de imputare.

3.2. Forma scrisă. Distincția act administrativ - act constatator (adeverință, certificat).

Actele administrative trebuie emise în formă scrisă, atât ca și o condiție de valabilitate, cât și pentru a facilita dovada existenței lor; cu toate acestea, și un act administrativ verbal poate fi considerat valid, dacă este dovedită existența lui, însă în practica administrativă actuală nu mai sunt întâlnite astfel de acte¹³.

În acest sens argumentăm și cu dispozițiile din Ordonanța Guvernului nr.27/2002 privind activitatea de soluționare a petițiilor, care prevede în mod obligatoriu semnarea și motivarea legală a răspunsului la petiții, chiar dacă acest răspuns este negativ. În aceste condiții, nici măcar refuzul de a soluționa o petiție nu mai poate fi verbal, ci trebuie emis în scris, deoarece o condiție de valabilitate a lui este semnarea de către conducătorul autorității publice.

În nici un caz, însă, nu este admisă dovada cu martori pentru a contesta existența unor acte administrative ce trebuie semnate de autoritatea emitentă sau a unor acte care trebuie emise în formă scrisă; dovada cu martori va fi admisă doar pentru contestarea faptelor ce au stat la baza redactării actului administrativ, pentru înscrierea în fals.

Sanctiunea lipsei formei scrise la emiterea unui act administrativ este nulitatea relativă a actului administrativ, pe când lipsa formei scrise atunci când legea o prevede în mod expres duce la inexistența actului administrativ.

Forma scrisă nu este suficientă pentru a fi în prezența unui act administrativ dacă nu este dublată de manifestarea de voință a autorității publice făcută în scopul de a produce efecte juridice.

Astfel, înscrisurile prin care se atestă anumite fapte juridice sau drepturi nu sunt acte administrative, ci doar operațiuni administrative – certificatele de stare civilă, încheierile de autentificare ale notarilor, etc. Ele nu adaugă efecte juridice noi raportului juridic născut prin voința liber declarată a părților sau prin faptul administrativ al nașterii sau decesului, ci doar constată acest aspect (Drăganu, 1970, p.92; Petrescu, 2004, p.299; Chiriac, 2001, p.47).

Legislativ, soluția doctrinară a fost confirmată prin Ordonanța Guvernului nr.33/2002 privind reglementarea eliberării certificatelor și adeverințelor de către autoritățile publice centrale și locale, care prevede că prin *certificat* se înțelege documentul ce confirmă exactitatea sau realitatea unui fapt ori atestă o anumită calitate în vederea valorificării

¹³ Aplicarea verbală a sancțiunii avertismentului în condițiile Ordonanței Guvernului nr.2/2001 nu este un act administrativ, ci o operațiune administrativă prin care se execută actul administrativ, adică procesul verbal de sancționare contravențională, act ce trebuie emis în scris;

anumitor drepturi de către persoana care solicită eliberarea acestuia, iar prin *adeverință* - documentul prin care se atestă un drept sau un fapt.

Astfel, *certificatul de producător* nu este un act administrativ, deoarece nu pe baza lui se naște dreptul dreptul producătorului agricol de a-și comercializa produsele în piețe, târguri sau oboare, ci pe baza faptului că acel producător deține anumite bunuri agricole comercializabile. Prin certificat se atestă doar proveniența produselor ca fiind din gospodăria proprie a respectivei persoane fizice, aspecte care rezultă din Hotărârea Guvernului nr. 661/2001 privind procedura de elibărare a certificatului de producător.

Din păcate, așa cum vom arăta mai jos, nu întotdeauna denumirile actelor administrative reflectă natura juridică a acestora, legiuitorul ignorând deseori doctrina și jurisprudența ce consacră anumiți termeni.

4. Legalitatea - actul administrativ să fie conform cu Constituția, legile și actele normative în vigoare.

4.1. Considerații generale.

Respectarea legii, a legalității în general, se impune atât particularilor, cât și administrației publice. Principiul legalității domină întreaga teorie a actelor administrative, și înseamnă că activitatea administrației publice este supusă regulilor de drept. Prin supunerea activității administrative dreptului, legii, se dorește instituirea unor garanții pentru cetățeni în fața arbitrariului, incorenței sau ineficacității acestei activități (Morand Deviller, 2001, p.235 și urm).

Noțiunea de „lege” trebuie înțeleasă în accepțiunea ei largă, de „bloc legal”, care cuprinde, în afară de legile propriu zise adoptate de Parlament, ansamblul ierarhizat al regulilor juridice edictate fie din exteriorul administrației publice, fie de către administrația publică: ordonanțele guvernamentale, ce au putere de lege, dar și hotărârile guvernamentale, ordinele ministeriale, hotărârile consiliilor locale sau județene, etc – cu alte cuvinte, toate actele administrative normative și individuale.

Este vorba de celebra *Piramidă a lui Kelsen* descrisă în „*Teoria pură a dreptului*”, care exprimă ideea pozitivismului juridic, unde se reunesc legitimitatea și legalitatea. În fruntea piramidei se găsește textul sacru al Constituției, urmată de tratate internaționale, texte legislative sau acte administrative emise de nivelul central sau de nivelurile locale. Principiul ierarhizării acestor acte este acela că regulile instituite prin acte emise de un nivel ierarhic superior trebuie respectate la emiterea actelor la nivelurile inferioare, așa cum vom arăta în continuare.

4.2. Sursele legalității în dreptul român.

(1) Constituția României. Revizuită în 2003, Constituția din 1991 conține bazele juridice ale dreptului administrativ și ale activității administrației publice, reglementând domeniile rezervate legii (art.73), și prin aceasta, indirect, domeniile rezervate spre reglementare primară administrației publice; autonomia colectivităților locale (art.120 alin.1), etc.

Probleme practice apar în primul rând în situația așa numitei „legi-ecran”: un act administrativ emis în temeiul unei legi neconstituționale este la rândul său neconstituțional, însă judecătorul de contencios administrativ nu poate aprecia acest lucru, fiind împiedicat de legea-ecran ce se interpune între actul administrativ și Constituție; prin urmare, instanța nu va putea anula un act administrativ pe acest motiv, ci va trebui să ridice excepția de neconstituționalitate a legii invocate ca temei al actului administrativ, și numai după declararea ei ca și neconstituțională de către Curtea Constituțională, va putea anula actul administrativ, de data aceasta ca ilegal.

În al doilea rând, există situații când instanțele judecătorești interpretează diferit un text constituțional, situație încă nerezolvată și care are doar o soluție: recunoașterea pe cale legală a jurisprudenței Înaltei Curți de Justiție și Casație ca izvor de drept.

În fine, necesită câteva precizări problematica valorii juridice a drepturilor și obligațiilor cuprinse în Constituție: pot constitui ele temei pentru o cerere adresată administrației publice, și, mai departe, implică această cerere o obligație de răspuns?

Răspunsul ia în considerare două ipoteze: când domeniul respectiv este reglementat prin legi sau alte acte normative, sau când domeniul este reglementat doar prin dispozițiile cu caracter general ale Constituției.

Considerăm că statuarea unor drepturi pe cale constituțională impune obligații legiuitorului, de a le circumstanția prin legi, dar și administrației publice, care, chiar în lipsa unui text legal altul decât cel constituțional, trebuie să le respecte. E adevărat, însă, că în lipsa unei legi detaliate, mijloacele de evitare, de eschivare a administrației sunt mai variate și mai eficiente, așa cum s-a întâmplat în cazul dreptului de petiționare până în 2002 când a fost adoptată reglementarea cu acest obiect. Prin urmare, obligația de respectare există, dar nu are eficiență în practică decât dacă este dezvoltată prin reguli instituite prin lege.

(2) Tratatul internațional. Tratatul internațional au fost considerate, multă vreme, ca aparținând „legalității internaționale”, și nu „legalității interne”, deoarece obligă statele față de alte state, și nu față de proprii resortisanți (Morand-Deville, 2001, p.243). Odată însă cu semnarea Convenției Europene a Drepturilor Omului și mai ales cu constituirea Uniunii Europene, situația s-a schimbat radical.

România respectă Convenția Europeană a Drepturilor Omului și se pregătește să devină membră a Uniunii Europene, prin urmare discuțiile privind aplicabilitatea dreptului internațional și raportul dintre acesta și dreptul intern sunt deosebit de actuale.

Astfel, unul dintre motivele revizuirii din 2003 a fost și acela al adaptării Constituției țării noastre la cerințele Uniunii Europene, în așa fel încât de la data aderării dreptul comunitar să poată fi aplicat cu prioritate față de dreptul intern, național – condiție esențială de funcționare a acestei organizații europene supranaționale (art.148).

Tratatele internaționale sunt superioare legilor, dar, fiind inferioare Constituției, ele nu vor fi ratificate de Parlament dacă vin în contradicție cu Constituția. Singura soluție pentru asigurarea ratificării tratatului internațional în acest caz este revizuirea Constituției (Art.11 alin.3 din Constituție).

Cât despre actele comunitare, după aderare, ele vor fi, de asemenea, superioare legilor dar inferioare Constituției.

Având în vedere aceste considerente, legislația română prevede obligația ca proiectul de act normativ (și, prin urmare actul adoptat) să fie corelat cu reglementările comunitare și cu tratatele internaționale la care România este parte (Art.11 din Legea nr.24/2000).

Tratatele internaționale privind drepturile omului, ratificate de România au o poziție specifică în ansamblul surselor normative interne, ele fiind superioare legilor interne, consecința fiind că, în caz de contradicție cu aceste legi, prevalează tratatul internațional..

(3) Legea și ordonanța guvernamentală. Sistemul de drept român cunoaște două tipuri de legi: legi organice și legi ordinare, fiecare cu domeniul său de reglementare, precizat de Constituție în art. 73; de asemenea, Constituția recunoaște ordonanțelor guvernamentale emise în baza unei legi de abilitare, puterea de a modifica sau abroga legile ordinare, iar celor emise în situații de urgență, puterea de a modifica sau abroga orice categorie de legi.

Ordonanțele simple (facultativ) și ordonanțele de urgență (obligatoriu) sunt supuse unei proceduri posterioare de aprobare de către Parlament, prin urmare ele pot fi aprobate sau respinse. Controlul ordonanțelor poate fi realizat numai pe calea excepției de neconstituționalitate, iar în urma declarării lor ca neconstituționale, se pot cere despăgubiri în fața instanței de contencios administrativ în temeiul art.126 din Constituție.

Actele administrative adoptate în temeiul ordonanțelor pe timpul cât acestea sunt în vigoare rămân însă valabile, chiar dacă ordonanțele au fost respinse de Parlament (Curtea Supremă de Justiție, secția de contencios administrativ, 2002, p.96).

Oronanțele guvernamentale pot fi atât normative, cât și individuale.

(4) Actele administrative normative ale autorităților centrale. Actele emise de autoritățile centrale trebuie să se conformeze Constituției, legilor, ordonanțelor guvernamentale. Chiar și Guvernul trebuie să respecte în hotărârile sale normele cuprinse în propriile ordonanțe, deoarece au forță juridică superioară.

În acest sens, legea prevede că ordinele cu caracter normativ, instrucțiunile și alte asemenea acte ale conducătorilor ministerelor și ai celorlalte organe ale administrației publice centrale de specialitate sau ale autorităților administrative autonome se emit numai pe baza și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului, trebuie să se limiteze strict la cadrul stabilit de actele pe baza și în executarea cărora au fost emise și nu pot conține soluții care să contravină prevederilor acestora. În preambulul acestor acte se indică expres actul normativ superior pe care se întemeiază (Art.73 și art.74 din Legea nr.24/2000).

Dacă un act administrativ cu executare succesivă în timp (o autorizație de funcționare, de exemplu) a fost emis cu respectarea legii ce guverna domeniul respectiv la momentul emiterii, și apoi această lege este abrogată de o alta, cu care actul administrativ este în contradicție, acesta devine ilegal și se naște obligația autorității emitente de a-l revoca, precum și dreptul persoanelor interesate de a-l contesta în justiție. Excepție face situația în care chiar noua lege prelungește validitatea actelor administrative născute sub imperiul legii vechi.

Studiu de caz 1.

Probleme de interpretare pune următoarea situație: prin lege este reglementată componența unei Comisii de concurs; hotărârea Guvernului adaugă la componența comisiei stabilită prin lege încă două persoane. Este această prevedere o modificare ilegală a legii sau doar o completare ce poate fi considerată legală?

Considerăm că ne aflăm în prezența unei dispoziții ilegale, deoarece problema componenței comisiei a fost rezolvată definitiv prin lege, orice modificare a ei prin acte inferioare fiind interzisă. Situația ar fi alta dacă însăși legea ar permite stabilirea unor condiții suplimentare pentru desfășurarea concursului (de exemplu, condiții specifice de participare la concurs), sau dacă o altă lege ar veni să precizeze o nouă componență a comisiei de concurs.

Studiu de caz 2.

Dacă legea reglementează o instituție juridică, dar nu exhaustiv, prin acte administrative se poate interveni și aduce precizări utile în practică.

Spre exemplu, reglementând instituția secretarului comunei, Legea nr.215/2001 nu precizează cine are dreptul de numire a secretarului interimar; în lipsa unei astfel de dispoziții legale, se poate interpreta că autoritatea ce are dreptul de numire definitivă are și dreptul de

numire interimară, însă dacă printr-o hotărâre guvernamentală se oferă o soluție pentru situația când un post de funcționar public de conducere (cum este secretarul) rămâne vacant, această soluție va fi aplicabilă, deoarece ea nu contravine legii, ci doar o completează.

Și între actele normative ale autorităților centrale există ierarhii: o hotărâre guvernamentală este superioară unui ordin ministerial sau unei decizii a Consiliului Național al Audiovizualului, autoritate centrală autonomă.

Actul normativ al autorității centrale poate fi emis în aplicarea unei legi, când are rolul de a circumstanția modul de aplicare a acelei legi, sau poate fi emis în mod autonom, pentru reglementarea unor situații juridice pentru prima dată.

Prin legea ce vizează tehnica de redactare a actelor normative (Legea nr.24/2000) sunt prevăzute reguli clare de gestionare a raportului lege-norme metodologice de aplicare. Reținem aici regula conform căreia într-un act normativ emis pe baza și în executarea altui act normativ de nivel superior nu se utilizează reproducerea unor dispoziții din actul superior, fiind recomandabilă numai indicarea textelor de referință. În asemenea cazuri preluarea unor norme în actul inferior poate fi făcută numai pentru dezvoltarea ori detalierea soluțiilor din actul de bază (art.14 alin.4).

(5) Actele administrative normative ale autorităților locale. Aici trebuie să facem distincție între autoritățile locale subordonate unor autorități centrale (serviciile deconcentrate ale ministerelor, prefectul, instituții publice de subordonare centrală), pe de o parte, ale căror acte nu pot contraveni nici actelor emise de autoritățile centrale în domeniul lor de activitate, dar nici actelor emise de autoritatea centrală căreia îi sunt subordonate, și autoritățile locale autonome pe de altă parte, ale căror acte se vor conforma doar actelor emise de autorități centrale cu atribuții în același domeniu de activitate; cu alte cuvinte, la aceste din urmă autorități, autonome, subordonarea este strict față de actul administrativ cu forță superioară, fără a fi și o subordonare instituțională, față de autoritatea care a adoptat acel act.

Legislația română este foarte clară atunci când precizează că proiectul de act normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel *superior* sau de *același* nivel, cu care se află în conexiune, și că proiectul de act normativ, întocmit pe baza unui act de nivel superior, nu poate depăși limitele competenței instituite prin acel act și nici nu poate contraveni principiilor și dispozițiilor acestuia (Art.12 din Legea nr.24/2000).

Circumstanțiind această regulă la actele normative ale autorităților locale, legea cadru arată că la elaborarea proiectelor de hotărâri, ordine sau dispoziții se va avea în vedere caracterul lor de acte subordonate legii, hotărârilor și ordonanțelor Guvernului și altor acte de nivel superior, iar reglementările cuprinse în hotărârile consiliilor locale și ale consiliilor

județene, precum și cele cuprinse în ordinele prefectilor sau în dispozițiile primarilor nu pot contraveni unor prevederi din acte normative de nivel superior (Art.78 din Legea nr.24/2000).

(6) Acte administrative generale / acte administrative speciale sau derogatorii.

Actele administrative generale reglementează un anumit domeniu ca act-cadru, adică prevăd aspectele esențiale și de principiu ale organizării activității din acel domeniu sau ale organizării și funcționării unei instituții de drept.

În opoziție cu actul normativ ce cuprinde o reglementare generală avem actul normativ ce cuprinde reglementări speciale sau derogatorii de la regulile instituite prin actul general. Astfel, o reglementare din aceeași materie și de același nivel poate fi cuprinsă într-un alt act normativ, dacă are caracter special față de actul ce cuprinde reglementarea generală în materie.

Caracterul *special* al unei reglementări se determină în funcție de obiectul acesteia, circumstanțiat la anumite *categorii de situații*, și de specificul soluțiilor legislative pe care le instituie (Art.13 din Legea nr.24/2000). Astfel, termenul de contestare a unui act administrativ în contencios administrativ este de 6 luni de la efectuarea recursului administrativ prealabil, și este cuprins într-o reglementare cu caracter general, Legea nr.554/2004; prin legi speciale sunt prevăzute însă alte termene de contestare și alte momente de începere a calculului acestor termene – de exemplu, art.57 din Legea nr.215/2001 prevede un termen de 10 zile socotite de la publicarea actului administrativ.

Reglementarea este *derogatorie* dacă soluțiile legislative referitoare *la o situație anume determinată* cuprind norme diferite în raport cu reglementarea-cadru în materie, aceasta din urmă păstrându-și caracterul său general obligatoriu pentru toate celelalte cazuri.

Spre exemplu, o reglementare derogatorie este cuprinsă în art.84 alin.2 din Legea nr.215/2001 privind organizarea de către *primar* a concursului pentru funcția de secretar al orașului, în raport cu reglementarea generală a concursurilor pentru funcțiile de conducere, organizate de ANFP, cuprinsă în art.51 lit b) din Legea nr.188/1999 privind statutul funcționarilor publici.

(7) Actele administrative individuale ale autorităților centrale și locale. Aici, principiul care guvernează este acela al superiorității actelor normative asupra actelor individuale; prin urmare, actele individuale ale autorităților centrale, respectiv locale se vor conforma întotdeauna actelor normative ale acestora, așadar actele individuale ale autorităților centrale nu pot contraveni actelor normative ale autorităților locale, și, evident, nici invers (J. Morand-Deville, 2001, p.268).

(8) Jurisprudența. Hotărârea judecătorească poate obliga autoritatea publică la emiterea unui act administrativ conform cu dispozițiile ei, sau, dimpotrivă, obligă la abținerea de a emite un alt act cu același conținut ca al actului anulat.

Înainte de existența unui litigiu, interpretarea prin decizie în interesul legii a Înaltei Curți de Justiție și Casație a unei probleme de drept constituie o obligație pentru autoritățile publice de a ține seama de sensul dat dispoziției legale la emiterea actelor administrative.

În alte cazuri, însă, jurisprudența nu joacă un rol la fel de important: impunerea unei anumite conduite autorității publice prin hotărâre judecătorească nu este aplicabilă și la alte cazuri similare în mod automat, ci doar în urma unui proces.

Un pas mare înainte în acest domeniu s-a făcut recent prin introducerea prevederii conform căreia hotărârea de anulare a unui act administrativ normativ poate fi publicată, la cererea reclamantului sau instanței de executare, în “Monitorul Oficial al României”, partea I, sau în Monitoarele județene, la fel cum a fost publicat și actul normativ atacat (art.23 din Legea nr.554/2004). Considerăm însă că obligația de publicare trebuia impusă, nu lăsată la aprecierea instanței sau a reclamantului, sau, mai simplu, publicarea să fie făcută din oficiu de către Monitorul oficial, pe baza comunicării hotărârii de către instanță.

(9) Doctrina. Interpretările date de doctrină sunt importante pentru acele cazuri, din păcate foarte numeroase, când legiuitorul folosește o anumită noțiune fără a explica ce desemnează acea noțiune. Este cazul, spre exemplu, a noțiunii de *aviz*, folosită deseori cu sensul de *acord*, și care determină interpretări diferite în practica administrativă.

4.3. Conformitatea actului administrativ expres sau asimilat cu norma juridică cuprinsă în „lege” presupune verificarea a trei aspecte (Drăganu, 1959, p.144):

a) conformitatea actului administrativ cu *ipoteza* normei juridice, care descrie situația juridică în prezența căreia actul administrativ trebuie să fie emis. Suntem în prezența unui act emis în temeiul competenței legate, nu a unei puteri discreționare.

În cazul în care condițiile cerute de norma juridică există, iar actul trebuie să fie emis în prezența acestor condiții, refuzul explicit sau implicit al autorității competente de a emite actul, respectiv inacțiunea acesteia atunci când actul trebuie emis din oficiu, constituie un act, respectiv fapt administrativ asimilat prin lege actului administrativ, *illegal*. Este cazul, spre exemplu, al refuzului prefectului de a lua act de dizolvarea de drept a consiliului local (Art.58 alin.2 din Legea nr.215/2001).

Dacă actul administrativ este emis deși nu sunt întrunite condițiile legale, el este de asemenea *illegal* – de pildă, întocmirea unui proces verbal de contravenție deși nu s-a săvârșit o contravenție.

b) conformitatea actului administrativ cu dispoziția normei juridice – cum ar fi aplicarea unei sancțiuni atunci când legea prevede mai întâi atenționarea celui sancționat în vederea remedierii ilegalității. Astfel, conform Ordonanței Guvernului nr. 27/2003 privind procedura aprobării tacite, anularea documentului oficial prin care se permite desfășurarea unei activități poate fi decisă numai în anumite cazuri precis determinate, după ce s-a stabilit că ilegalitatea afectează interesul public și că ea nu mai poate fi remediată. Prin urmare, anularea actului înaintea stabilirii corecte a acestor aspecte constituie o nerespectare a dispoziției legale.

c) în fine, aplicarea unei alte sancțiuni decât cea prevăzută de lege pentru situația juridică existentă constituie tot o ilegalitate. Spre exemplu, săvârșirea unei abateri disciplinare grave urmată de declanșarea cercetării administrative pentru un funcționar public poate atrage suspendarea acestuia din funcție pe durata cercetării, și numai ulterior alte sancțiuni. Aplicarea sancțiunii trecerii într-o funcție inferioară este, prin urmare, ilegală atâta vreme cât se desfășoară cercetarea administrativă, potrivit prevederilor Legii nr.188/1999.

4.4. Interpretarea normelor juridice superioare în vederea emiterii actelor administrative legale.

Autoritatea publică emitentă a unui act administrativ este cea care apreciază, prima, conformitatea actului administrativ cu normele juridice superioare. În prezența unei norme incoerente sau ce poate fi interpretată diferit, precum și în situația când are de-a face cu concepte nedeterminate, autoritatea publică emitentă a actului este pusă într-o situație dificilă, aceea de a risca anularea actului și plata unor despăgubiri în urma interpretării cu bună credință date normei legale. Aceasta deoarece instanța de judecată sau autoritatea de control ar putea opta pentru o altă interpretare.

Pe de altă parte, Legea nr.24/2000 prevede că intervențiile legislative pentru clarificarea sensului unor norme legale se realizează printr-un *act normativ interpretativ* de același nivel cu actul vizat, prin dispoziții interpretative cuprinse într-un nou act normativ sau prin modificarea dispoziției al cărei sens trebuie clarificat.

Ce se întâmplă însă între momentul în care actul trebuie interpretat de către alte autorități publice și momentul emiterii actului interpretativ de către autoritatea competentă ? Sunt valabile interpretările date de autoritățile care emit acte administrative cu respectarea actului în cauză ?

Răspunsul este evident pozitiv, și are la bază cerința eficienței și eficacității activității administrative. Legea nr.24/2000 vine să confirme și ea această soluție, stipulând că “interpretarea legală intervenită poate confirma sau, după caz, infirma ori modifica

interpretările judiciare, arbitrale sau administrative, adoptate până la acea dată, cu respectarea drepturilor câștigate” (Art.67 alin.2 din Legea nr.24/2000). Interpretarea cu bună credință a unei norme legale sau de nivel inferior trebuie luată în considerare de instanța de judecată sesizată cu judecarea unei acțiuni având ca obiect o astfel de interpretare, judecătorul urmând a confirma sau infirma interpretarea, însă numai cu efecte pentru viitor, prin urmare cu respectarea drepturilor câștigate.

Cât despre persoanele fizice sau juridice ținute să aplice acte administrative¹⁴, deoarece ele nu sunt enumerate de Legea nr.24/2000 printre entitățile ce pot face interpretarea legii, interpretarea lor nu este valabilă decât dacă este confirmată, în scris (sau verbal dacă se poate dovedi acest lucru) de către o autoritate publică din domeniul acoperit de actul respectiv sau chiar de autoritatea emitentă.

5. Oportunitatea - actul să fie conform cu interesul public urmărit de lege.

Obligația de legalitate presupune un raport de *conformitate* între normele juridice, de *ne-contrarietate* între acestea.

În unele situații însă, legea lasă posibilitatea ca normele juridice inferioare să fie considerate legale chiar dacă ele sunt *compatibile* cu dispozițiile sale.

Dacă în cele mai multe cazuri, autoritatea publică are o competență legată, nu poate aprecia necesitatea emiterii sau circumstanțele concrete de emiterie ale actului administrativ, uneori, în realizarea interesului public, administrația capătă o anumită libertate de apreciere, numită *putere discreționară* sau *dreptul de apreciere a oportunității*.

Puterea discreționară dă dreptul autorității publice de a alege între două sau mai multe soluții posibile cu ocazia executării și organizării executării legii, toate soluțiile fiind legale (Lombard, 1999, p.64). Autoritatea publică va putea astfel aprecia momentul și condițiile concrete de emiterie a actului administrativ, asigurând adaptarea normelor juridice la necesitățile în continuă transformare a societății (Petrescu, 2004, p.317).

Prin urmare, atunci când textul legal este precis, autoritatea publică nu poate avea o atitudine liberă, nu poate decide nici asupra necesității emiterii deciziei, nici asupra momentului de emiterie, nici asupra motivelor pentru care decizia trebuie emisă (de exemplu, autorizația de construcție, decizia de pensionare).

Pe de altă parte, puterea discreționară, atunci când există, poate avea mai multe grade: astfel, atunci când legea instituie o obligație de rezultat, lăsând administrației alegerea momentului emiterii deciziei, a formei concrete de emiterie sau chiar a conținutului acesteia

¹⁴ Aceleași rațiuni se aplică și în cazul interpretării legilor, singura interpretare legală în lipsa unei alte legi fiind aceea a autorităților administrative.

(de exemplu, sancționarea unui funcționar public), puterea discreționară este mai redusă decât atunci când legea lasă în întregime la latitudinea autorității publice emiterea deciziei (de exemplu, decizia prefectului de a ataca un act al primarului în contencios administrativ, schimbarea denumirii unei străzi, etc.).

Nu trebuie confundată însă *puterea discreționară* cu *puterea arbitrară*: posibilitatea de opțiune a autorității publice este recunoscută doar pentru soluții legale, prin urmare administrația va trebui să respecte totuși anumite reguli – de formă, de competență, concordanța cu legea, etc (Van Lang, Gondouin, Inseguet-Brisset, 1999, p.213.).

II.2.2. Formalități procedurale anterioare emiterii actului administrativ. Procedurile consultative.

1. Consultarea facultativă (avizul facultativ) presupune libertatea de decizie a autorității publice, în condițiile în care există posibilitatea solicitării unei opinii altei autorități publice, instituții publice, unui funcționar public sau unei persoane fizice sau juridice private.

Rămâne, așadar, la latitudinea autorității publice să solicite sau nu avizul, iar dacă l-a solicitat, poate ține sau nu seama de conținutul lui la emiterea actului administrativ.

Autoritatea publică emitentă poate modifica și după consultare proiectul, fără a fi obligată să recurgă la o altă consultare.

2. Consultarea obligatorie (avizul consultativ). În acest caz, autoritatea publică emitentă este obligată prin lege să solicite opinia unei alte autorități sau publicului, însă nu trebuie să se conformeze acelei opinii atunci când emite actul administrativ. Actul final trebuie să corespundă proiectului supus consultării, orice modificare a proiectului antrenând obligativitatea unei noi consultări.

Consiliul legislativ, autoritate publică autonomă, emite, spre exemplu, avize consultative (art.9 alin.2 din Legea nr.24/2000; Petrescu, 2004, p.300). În conformitate cu dispozițiile legale ce guvernează regimul juridic al acestui aviz, Legea nr.24/2000, el este formulat și este transmis în scris, și poate fi: favorabil, favorabil cu obiecții sau propuneri ori negativ. Avizele favorabile care cuprind obiecții sau propuneri, precum și cele negative se motivează și pot fi însoțite de documentele sau de informațiile pe care se sprijină. Observațiile și propunerile Consiliului Legislativ privind respectarea normelor de tehnică legislativă vor fi avute în vedere la definitivarea proiectului de act normativ. Neacceptarea acestora trebuie motivată în cuprinsul actului de prezentare a proiectului sau într-o notă însoțitoare.

Observăm că, în acest caz, deși avizul rămâne un aviz consultativ, autoritatea publică emitentă va trebui să-și motiveze decizia de ignorare a conținutului avizului.

De asemenea, Hotărârea Guvernului nr.50/2005 pentru aprobarea regulamentului privind procedurile pentru supunerea proiectelor de acte normative spre adoptare Guvernului, prevede că proiectele de acte normative se transmit Ministerului Justiției în original, împreună cu o copie și numai după obținerea *avizelor* autorităților publice interesate. Ministerul Justiției *avizează* proiectele de acte normative exclusiv din punct de vedere al legalității, încheind succesiunea operațiunilor din etapa de avizare. În acest caz suntem în prezența unui aviz consultativ, obligatoriu de solicitat dar care nu condiționează conținutul actului final.

3. Procedura avizului conform – este o procedură de excepție (Lombard, 1999, p.190). Este aplicabilă doar când legea o prevede expres.

Astfel, legea poate cere unei autorități publice să emită un act administrativ numai după consultarea prealabilă a unei alte autorități publice, iar actul administrativ emis trebuie să fie în conformitate cu avizul astfel obținut.

În cazul în care autoritatea emitentă nu acceptă emiterea actului administrativ cu respectarea avizului conform, are doar opțiunea de a nu-l mai emite.

Un exemplu în acest sens ni-l oferă art. 7 al Hotărârii Guvernului nr.745/2003 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale de Control “regulamentele de organizare și funcționare a autorităților de control aflate în subordinea sau în coordonarea ministrului delegat pentru coordonarea autorităților de control se aprobă în condițiile legii, numai cu *avizul conform* al acestuia”.

În unele cazuri, însă, caracterul conform al avizului reiese dintr-o formulare mai largă a textului legal. Astfel, în anexa 2 la Legea nr.50/1991 se precizează că „avizarea se concretizează printr-un act (aviz favorabil sau nefavorabil) care are caracter tehnic de obligativitate”.

În fine, există avize *exprese* sau *tacite*. Un exemplu de aviz tacit este cel prevăzut de art.14 alin.2 din Legea nr.215/2001 pentru încheierea acordurilor de cooperare transfrontalieră: în cazul în care avizul nu este eliberat în termenul legal de 30 de zile, el se consideră a fi favorabil încheierii acordului.

4. Acordul este definit de doctrină ca fiind un consimțământ dat de o autoritate publică altei autorități publice în vederea emiterii de către aceasta din urmă a unui act administrativ (Drăganu, 1970, p.104; Petrescu, 2004, p.302). Prin urmare, acordul trebuie obligatoriu solicitat atunci când legea prevede, iar actul administrativ trebuie să i se conformeze din punct de vedere al conținutului.

S-a remarcat, pe bună dreptate, că acordul se deosebește de avizul conform prin faptul că primul produce efecte juridice, actul emis în final fiind rezultatul manifestării de voință a

mai multor organe administrative, un act juridic complex, în timp ce avizul conform este doar un element component al procedurii de elaborare a actului administrativ (Dăganu, 1970, p.128).

În ce ne privește, considerăm că mai sunt necesare câteva precizări:

- acordul, spre deosebire de avizul conform, este doar o manifestare de voință a unui alt organ administrativ cu privire la un act administrativ deja elaborat de autoritatea emitentă, fără a exista posibilitatea acelui organ de a interveni în conținutul actului; prin urmare, organul emitent al acordului are doar două opțiuni: de a emite acordul sau de a refuza emiterea lui. Dimpotrivă, în cazul avizului conform, organul emitent participă, alături de emitentul actului, la elaborarea acestuia, odată ce autoritatea emitentă actului va trebui să țină seama în redactarea lui de opinia exprimată pe calea avizului conform.

- avizul conform nu implică răspunderea juridică a emitentului său, însă emitentul acordului devine coautor al actului administrativ și va răspunde alături de autoritatea publică ce l-a elaborat.

- în opinia autorilor de specialitate, acordul poate fi prealabil, concomitent sau posterior actului administrativ (Dăganu, 1970, p.104; Petrescu, 2004, p.306). În ce ne privește, ne este greu de imaginat un acord *concomitent* emiterii actului administrativ; participarea concomitentă a două sau mai multe autorități publice la emiterea unui act administrativ are ca și consecință faptul că actul va avea doi emitenți (spre exemplu, un ordin ministerial emis de doi miniștri). Cât despre acordul *posterior*, existența lui distinctă este subminată de asemănarea până la identificare cu aprobarea – ambele sunt posterioare emiterii actului administrativ, ambele condiționează producerea efectelor juridice ale acestuia, ambele implică doar responsabilitatea autorității publice emitente.

Ca exemplu, Hotărârea Guvernului nr.1209/2003 privind organizarea și dezvoltarea carierei funcționarilor publici prevede în art.15 alin.3 necesitatea acordului federației sau uniunii la care sunt afiliate organizațiile sindicale din rândul cărora se numește reprezentantul în comisia de concurs pentru ocuparea unei funcții publice.

5. Propunerea, ca modalitate de implicare a unei autorități publice în procesul decizional derulat de o altă autoritate publică, implică emiterea actului administrativ numai în urma unei astfel de propuneri; cu alte cuvinte, autoritatea emitentă nu poate proceda la adoptarea actului administrativ decât în urma propunerii, lipsa propunerii fiind motiv de nulitate a actului administrativ.

Conținutul actului administrativ trebuie să se conformeze propunerii, în caz contrar actul este ilegal; autoritatea publică are doar două opțiuni în cazul în care propunerea nu este

mulțumitoare: de a cere modificarea propunerii sau formularea uneia noi, sau de a nu adopta actul.

Spre exemplu, numirea în funcție publică a absolvenților programului de formare specializată organizat de Institutul Național de Administrație se face prin act administrativ al conducătorului autorității publice ce a solicitat un astfel de absolvent, la propunerea Institutului Național de Administrație, iar perioada de stagiu a funcționarilor publici se desfășoară după un program aprobat de conducătorul autorității publice la propunerea comună a conducătorului compartimentului unde urmează să își desfășoare acesta activitatea și a compartimentului de resurse umane (Art.25 alin.2, respectiv art.29 alin.1 din Hotărârea Guvernului nr.1209/2003 privind organizarea și dezvoltarea carierei funcționarilor publici).

II.2.3. Formalități procedurale concomitente emiterii actelor administrative.

Emiterea unui act administrativ presupune, întotdeauna, semnarea acestuia de către persoana competentă din cadrul autorității emitente **(1)**, uneori contrasemnarea de către o altă persoană **(2)**, în cazul unor acte motivarea lor **(3)**, iar în cazul actelor administrative emise de autorități colegiale, existența cvorumului **(4)** și a majorității **(5)** prevăzute de lege.

(1). Semnarea actului administrativ.

Dintre formele substanțiale necesare pentru ca actul să fie valid, se desprinde ca importanță semnarea actului administrativ, formalitate ce permite verificarea competenței de emiterie a actului și este indispensabilă pentru dovada existenței deciziei administrative.

Așa cum am precizat, *toate* actele administrative trebuie semnate de persoana împuternicită să angajeze autoritatea publică emitentă. Dispozițiile primarului se semnează de către acesta, deoarece este vorba de o autoritate unipersonală. Hotărârile consiliului local se semnează de către președintele de ședință (Art.48 din Legea nr.215/2001). Ordinele prefectului se semnează de către prefect, ordinele și instrucțiunile ministeriale se semnează de către ministru, hotărârile și ordonanțele de guvern se semnează de către primul ministru (Art.108 alin.4 din Constituție).

(2). Contrasemnarea actului administrativ. Prin intermediul contrasemnării, se „autentifică” semnătura persoanei competente și se asociază răspunderea contrasemnatarului în ceea ce privește legalitatea sau oportunitatea actului administrativ.

Lipsa contrasemnăturii este considerată un *viciu de formă*, nu de competență, deoarece contrasemnatarul nu este coautor al actului administrativ (Van Lang, Gondouin, Inseguet-Brisset, 1999, p.10).

Obligația contrasemnării este prevăzută, spre exemplu, în Constituție pentru ordonanțele și hotărârile guvernamentale, care trebuie contrasemnate de miniștrii ce au obligația punerii loc în executare (Art.108 alin.4 din Constituția Românie). De asemenea, este prevăzută obligația contrasemnării de către secretar a hotărârilor consiliului local și a dispozițiilor primarului (Art.71 alin.2, art.49, art. 85 din Legea nr.215/2001).

(3). Motivarea actului administrativ.

Doctrina de drept administrativ s-a pronunțat în majoritate pentru consacrarea principiului motivării actelor administrative ca principiu de drept administrativ și recunoașterea sa jurisprudențială (Anghene, 1972, p.504, Petrescu, 2004, p.304).

Dacă luăm exemple din statele cu tradiție democratică, constatăm că această consacrare s-a realizat de cele mai multe ori pe cale legislativă.

Astfel, în Franța, legislația adoptată în 1979 impune motivarea, ca regulă generală, a tuturor deciziilor nefavorabile destinatarului - sancțiuni, decăderi, prescripții, refuzarea unui avantaj ce constituie un drept subiectiv al persoanei care îndeplinește condițiile legale (autorizația de construcție, spre exemplu) (Morand-Deville, 2004, p. 342; Rivero, Waline, 2000, p.106; Chapus, 1999, p.1086).

De asemenea, necesită motivare deciziile prin care se instituie derogări de la regulile instituite prin legi și acte normative superioare (de exemplu, declararea unei informații secret de serviciu). Prin excepție, nu vor fi motivate deciziile care ar putea dezvălui un secret protejat prin lege, un secret medical, deciziile luate în situații de extremă urgență, și, bineînțeles, decizia implicită de refuz. Cu toate acestea, s-a decis că și în situații de urgență sau în caz de refuz implicit, administrația este ținută să-și motiveze decizia, la cererea celui interesat, în termen de 1 lună de la emitere.

În dreptul german, o dispoziție cu caracter general din Codul procedurii administrative impune motivarea obligatorie a actelor administrative, mai ales a celor emise în urma soluționării unui recurs administrativ (Maurer, 1994, p.246).

Interesant de reținut este faptul că termenul de intentare a recursului în anulare este de o lună de la notificarea actului atacat sau de la răspunsul la recursul administrativ, dacă actul este complet motivat, însă dacă actul atacat sau răspunsul la recursul administrativ nu conține anumite mențiuni obligatorii (posibilitățile de recurs, instanța competentă și termenul de exercitare), termenul este de 1 an (Auby, Fromont, 1971, p.72; Brabant, Questiaux, Wiener, 1973, p.63). Prin urmare, administrația publică este sancționată prin augmentarea termenelor de contestare pentru incompleta motivare a propriilor decizii. Este o soluție legislativă ce

considerăm că ar trebui adoptată și în dreptul nostru, unde termenele sunt foarte scurte deși actele administrative nu se motivează.

- În dreptul nostru, motivarea este reglementată de principiu în două cazuri:

a) Motivarea actelor administrative individuale emise la cerere, adică în urma soluționării unei petiții în temeiul Ordonanței Guvernului nr. 27/2002.

Câteva precizări sunt necesare:

- motivarea impusă de art.13 din Ordonanța Guvernului nr. 27/2002 vizează doar motivele de drept, ce permit verificarea legalității actului administrativ.

- o motivarea completă ar presupune motive de drept, motive de fapt (mai ales în cazul exercitării puterii discreționare), arătarea căii de atac și a instanței competente, precum și a termenului de contestare.

- din aceste considerente, considerăm că motivarea reglementată la noi este incompletă și, deși constiuie un pas înainte pe calea legiferării principiului motivării actelor administrative, rămâne criticabilă sub aspectele enunțate.

- în consecință, propunem, *de lege ferenda*, reglementarea printr-un Cod administrativ a motivării obligatorii a actelor administrative, sub patru aspecte: motive de drept, motive de fapt, precizarea căii de atac și a instanței competente, respectiv termenul de contestare.

De asemenea, sub aspectul termenului de contestare, credem că ar fi utilă preluarea sistemului german, adică stabilirea unor termene scurte (2 luni, spre exemplu) pentru contestarea actelor complet motivate, și termene tot mai lungi pentru contestarea actelor incomplet motivate (6 luni dacă lipsește un element al motivării, 1 an dacă lipsesc 2 sau 3 elemente, iar dacă actul nu este motivat el să poată fi atacat oricând).

Considerăm, de asemenea, că motivarea ar trebui să fie scrisă, să cuprindă de fiecare dată propriile considerente de drept și cele de fapt (fiind excluse motivările”tip”), și că poate fi realizată și prin atașarea unui document (act cu putere superioară) care expune motivele.

Dispozițiile generale din Ordonanța Guvernului nr. 27/2002 sunt circumstanțiate la cazul *informațiilor de interes public* prin art.22 din Legea nr.544/2001 care prevede *motivarea* (nu se arată ce fel de motivare) refuzului de a comunica informațiile de interes public petiționarului. În tăcerea legii și în considerarea interesului public care stă la baza interpretării actelor normative ce dau drepturi particularilor, motivarea refuzului comunicării informațiilor publice trebuie să cuprindă toate elementele unei motivări complete, sau cel puțin ceea ce Ordonanța Guvernului nr. 27/2002 impune, ca lege generală, adică motivarea în drept.

Motivarea obligatorie o mai întâlnim și în cazul *actelor administrative jurisdicționale*, acest aspect fiind considerat de doctrină ca relevant pentru calificarea ca atare a acestor acte (Petrescu, 2004, p.304). Astfel, spre exemplu, hotărârile Oficiului de Stat pentru Invenții și Mărci vor fi motivate, de asemenea vor fi motivate deciziile Comisiei de soluționare a întâmpinărilor în cazul exproprierii (Legea nr.33/1994).

b) Motivarea actelor administrative normative este impusă de Legea nr.24/2000 în mod diferit, în funcție de emitentul actului normativ.

Astfel, pentru **ordonanțele și hotărârile guvernamentale**, legea prevede obligația întocmirii prealabile a unei *note de fundamentare*, care însoțește actul normativ în procesul de adoptare și este publicată odată cu acesta în Monitorul oficial sau prezentat pe site-ul de internet al instituției emitente (Art.29 alin.1 și art.31 din Legea nr.24/2000).

Pentru **celelalte acte administrative normative**, emise de autorități centrale, proiectul este însoțit de un *referat de aprobare*, însă aici nu se mai precizează obligativitatea publicării referatului odată cu actul normativ.

Motivarea va face referire, în principal, la: cerințele care reclamă intervenția normativă, cu referire specială la insuficiențele reglementărilor în vigoare, la existența unor neconcordanțe legislative sau a unui vid legislativ; principiile de bază și finalitatea reglementării propuse, cu evidențierea elementelor noi; efectele avute în vedere, în funcție de obiectul reglementării; implicațiile pe care noua reglementare le are asupra legislației în vigoare; implicațiile asupra legislației interne, în cazul ratificării sau aprobării unor tratate ori acorduri internaționale, precum și măsurile de adaptare necesare; fazele parcurse în pregătirea proiectului și rezultatele obținute, evidențiindu-se studiile, cercetările, evaluările statistice, specialiștii consultați, preocupările de armonizare legislativă; pentru ordonanțele de urgență vor fi prezentate distinct împrejurările obiective și stringente ce au determinat cazul excepțional care justifică această procedură de legiferare; pentru fiecare proiect de act normativ motivarea trebuie să cuprindă o mențiune expresă cu privire la compatibilitatea acestuia cu reglementările comunitare și, dacă este cazul, măsurile viitoare de armonizare care se impun; în situația în care reglementarea propusă se elaborează în executarea unui act normativ, motivarea va cuprinde referiri la actul pe bază și în executarea căruia se emite (Art. 29 din Legea nr.24/2000).

În fine, actele normative adoptate de **autoritățile administrației publice locale** trebuie să cuprindă, în preambul, *o motivare în drept*, adică articolul din Legea nr.215/2001 sau din altă reglementare, în temeiul căruia a fost adoptat actul (Art. 80 din Legea nr.24/2000).

• **Lipsa motivării. Sancțiune juridică.** Legea nr.24/2000 nu conține sancțiuni pentru situația în care motivarea nu este publicată odată cu actul normativ, sau nu este afișată pe site-ul web al instituției. Cu toate acestea, considerăm că sunt deplin aplicabile soluțiile doctrinare identificate clar și concis de prof. T. Drăganu în 1959: *lipsa motivării constituie viciu de ilegalitate pe motiv de formă (nulitate relativă) iar dacă motivele sunt ilegale, actul va fi considerat nul din punct de vedere al conținutului (nulitate de fond, absolută)* (Drăganu, 1959, p.135).

Controlul de legalitate al instanței de contencios administrativ se va extinde și asupra motivelor invocate, acestea fiind aspecte de legalitate, numai în cazul în care motivarea este impusă prin lege. În celelalte cazuri, când legea nu impune motivarea actului administrativ, motivele invocate sunt elemente de apreciere a oportunității deciziei administrative, și scapă controlului instanței judecătorești de contencios administrativ.

• **Obligația motivării impusă prin legi speciale.** Deși în dreptul nostru nu există obligația motivării ca principiu aplicabil tuturor actelor administrative, unele legi speciale impun, în situații determinate, motivarea unor acte administrative.

Astfel, spre exemplu, Legea nr.10/2001 prevede că măsurile reparatorii prin echivalent se stabilesc prin dispoziție *motivată* a primarului (Art.33 alin.2 din Legea nr.10/2001).

(4). Cvorumul. În cazul actelor administrative adoptate de organele colegiale, cvorumul reprezintă o formalitate legală necesară a fi îndeplinită pentru ca ședința în care se adoptă actul administrativ să fie legal constituită.

Cvorumul reprezintă, așadar, numărul de membri, raportat la numărul total al membrilor organului colegial, care trebuie să fie prezenți pentru ca deliberările acestuia să fie valabile (Petrescu, 2004, p.303).

Astfel, spre exemplu, ședințele consiliului local sunt valabil constituite în prezența majorității membrilor (Art.41 alin.1 din Legea nr.215/2001).

Probleme de interpretare au apărut în practică la determinarea cvorumului legal, atunci când există număr impar de membri: astfel, pentru un consiliu local format din 27 de membri, jumătate plus unul reprezintă 14 membri sau 15 membri? Cum se calculează acel rest rămas prin divizarea numărului total al membrilor, prin rotunjire în lipsă sau în adaos. Considerăm că, dacă avem în vedere imperativul asigurării unei interpretări care să permită desfășurarea ședințelor, și nu îngreunarea constituirii cvorumului legal, soluția este rotunjirea spre mai puțin, cvorumul fiind așadar de 14 membri.

(5). Majoritatea. Majoritatea cerută de lege pentru adoptarea unui act administrativ de către un organ colegial se referă la numărul de voturi necesare pentru ca acel act să fie valabil adoptat.

Majoritatea este de trei feluri:

- *simplă* – jumătate plus unul din membri prezenți la ședință, în condițiile în care ședința este legal constituită.

- *absolută* – jumătate plus unul din numărul total al membrilor organului colegial, bineînțeles dacă ședința este valabil constituită.

- *calificată* – orice majoritate mai mare de jumătate plus unul, raportată la totalul membrilor organului colegial (două treimi, trei pătrimi, etc), dacă ședința este legal constituită.

Diferența dintre *cvorum* și *majoritate* este dată de scopul în vederea căruia legea le reglementează: *cvorumul* - pentru constituirea și desfășurarea legală a ședinței, *majoritatea* - pentru adoptarea legală a actelor administrative în ședința astfel constituită.

În practică, apar aceleași situații ca și la stabilirea *cvorumului*. Astfel, din 17 membri prezenți (total 27), câți trebuie să voteze pentru adoptarea unei hotărâri ce necesită majoritate simplă, 9 sau 10? Din aceleași considerente expuse mai sus, considerăm că răspunsul este 9 membri. Dacă hotărârea ar necesita majoritate absolută, ar fi necesare 14 voturi favorabile, iar dacă s-ar cere majoritate calificată de două treimi, ar fi necesare 18 voturi.

II.2.4. Formalități procedurale posterioare emiterii actelor administrative.

Din această categorie de formalități procedurale fac parte comunicarea actelor individuale respectiv publicarea actelor normative (1), aprobarea (2) și confirmarea (3).

(1). Comunicarea și publicarea actelor administrative.

Actele administrative individuale își produc efectele juridice din momentul comunicării lor către *destinatarii* respectivului act. Pentru *terții* actului administrativ individual, adică pentru persoanele care nu sunt destinatarele actului administrativ, însă sunt vizate indirect prin actul administrativ, comunicarea se consideră realizată numai atunci când persoana în cauză *ia cunoștință efectiv* de act. Aceasta deoarece terților actului administrativ nu li se comunică actul, prin urmare luarea la cunoștință efectivă este singurul moment de care se pot lega efectele juridice ale actului față de ei.

Publicarea este operațiunea administrativă de aducere la cunoștință publicului a unui act administrativ, *obligatorie pentru actele cu caracter normativ*, dar nu sunt excluse situațiile

în care actele administrative individuale se publică (spre exemplu, hotărârea guvernamentală de numire în funcție a unui prefect).

Publicarea presupune, practic, una sau mai multe din următoarele operațiuni:

- publicarea în “Monitorul Oficial al României”- de exemplu, ordonanțele și hotărârile guvernamentale, ordinele miniștrilor, anunțurile privind achizițiile publice, etc.,

- publicarea în “Monitorul oficial al județului” (al municipiului București): a) hotărârile și dispozițiile cu caracter normativ adoptate sau emise de autoritățile administrației publice județene și a municipiului București, de cele ale municipiilor, sectoarelor municipiului București sau orașelor care nu au monitoare proprii, precum și de cele ale comunelor; b) dispozițiile cu caracter normativ ale președintelui consiliului județean; c) ordinele cu caracter normativ ale prefectului; d) acte ale serviciilor publice descentralizate ale ministerelor și ale celorlalte organe centrale, precum și, dacă este cazul, ale ministerelor sau altor autorități și instituții publice, care au aplicabilitate în județul respectiv; e) alte documente și informații de interes public, cu excepția celor a căror publicitate se face, potrivit legii, prin alte mijloace; f) declarații de politică județeană și alte asemenea declarații; g) hotărârile și dispozițiile cu caracter normativ adoptate sau emise de autoritățile administrației publice locale din municipii, sectoare ale municipiului București sau din orașe și comune, ale căror prevederi sunt obligatorii și pentru alți cetățeni decât cei din unitatea administrativ-teritorială respectivă, prin grija secretarului (**Art.** Ordonanța Guvernului nr.75/2003).

- publicarea în „Monitorul oficial al comunei/orașului/municipiului”, acolo unde există, a hotărârilor și dispozițiilor cu caracter normativ adoptate de consiliul local respectiv de primar (art.9 din Ordonanța Guvernului nr.75/2003).

- afișarea la sediul autorității publice – hotărârile consiliului local, dispozițiile primarului de organizare a concursului pentru ocuparea unei funcții publice, etc.

- publicarea în presa centrală și/sau locală, în cotidiene de tiraj semnificativ – acte administrative privind organizarea unei licitații publice (**Art.** Ordonanța de Urgență nr 34/2004); în presa centrală și/sau locală, în cotidiene de tiraj semnificativ se publică și actele normative adoptate de autoritățile locale (Art.80 din Legea nr.24/2000).

- afișarea pe pagina web a autorității publice, operațiune ce este echivalentă, sub aspect juridic, cu publicarea în presă și afișarea la sediu – hotărârea consiliului local de aprobare a organigramei primăriei, de aprobare a bugetului local, etc.

Termenul de „publicare” este folosit de legislația noastră în paralel cu cel de „aducere la cunoștința publică”. Astfel, hotărârile normative ale consiliului local „se aduc la cunoștință publică”, și de la această dată produc efecte juridice (Art.50 alin.1 din Legea nr.215/2001).

Sintagma „aducere la cunoștința publică” are o arie de cuprindere mai mare decât publicarea, deoarece cuprinde și alte mijloace de informare publică: organizarea unei adunări cetățenești în care să fie prezentat actul administrativ, anunțuri de gen publicitar (bannere, postere, transmisiuni radio și tv, afișarea pe pagina web, anunțuri prin stații de amplificare mobile sau staționare, fluturași în cutiile poștale, etc).

Considerăm binevenită această lărgire a sferei de acțiune a mijloacelor de promovare a actelor administrative, deoarece publicarea, chiar și cea din “Monitorul Oficial”, indiferent dacă este cel național, județean sau local, are prea puțin impact asupra cetățenilor, asupra nivelului lor de informare despre “afacerile publice”.

În acest context, amintim și dispozițiile art.8 din Ordonanța Guvernului nr.75/2003, care stabilește competența Consiliilor județene și a consiliilor locale ale municipiilor, orașelor și comunelor stabilirea, prin hotărâre, a procedurii și modalităților de aducere la cunoștință publică a hotărârilor și dispozițiilor cu caracter normativ ale autorităților administrației publice locale sau județene.

Atunci când legea prevede expres publicarea unui act administrativ, nepublicarea atrage inexistența actului respectiv, cu excepția cazului când chiar legea permite nepublicarea (de exemplu, hotărârile guvernamentale din domeniul militar, care se comunică instituțiilor interesate (Art.108 alin.4 din Constituție.)). Prin aplicarea principiului *nemo censetur ignorare legem* (nimeni nu este absolvit de necunoașterea legii), ajungem la concluzia că legea în sens larg, adică și actele administrative normative, trebuie aplicată numai atunci când poate fi cunoscută de către public prin publicare; prin urmare, chiar dacă legea nu prevede în mod expres sancțiunea inexistenței pentru nepublicarea unui act normativ, ea trebuie considerată a fi aplicabilă ca regulă generală și ca principiu de drept în toate cazurile în care nu sunt publicate actele normative.

(2). Aprobarea.

Termenul de „aprobare” trebuie înțeles ca o manifestare de voință a unui organ superior prin care se declară de acord cu actul deja emis de un organ inferior, act care, fără această manifestare de voință, nu ar putea produce efecte juridice (Drăganu,1959, p.137; Petrescu, 2004, p.307, Van Lang, G. Gondouin, Inserguet-Brisset,1999, p.30).

Este de fapt vorba de formalitatea procedurală corespondentă acordului, însă plasată în timp după emiterea actului administrativ, dar înainte de comunicarea sau publicarea acestuia.

În această accepțiune¹⁵, aprobarea este o condiție de formă, fără de care actul administrativ nu produce efecte juridice. Ea nu acoperă viciile actului administrativ, prin urmare ilegalitatea actului administrativ va putea fi constatată și după aprobare.

Responsabilitatea pentru actul administrativ emis în final revine ambelor autorități publice, în egală măsură, deoarece prin aprobare autoritatea publică în cauză devine coautoare a actului administrativ, însușindu-și acest act și garantând pentru legalitatea și oportunitatea lui, chiar dacă nu adaugă nimic la act. Dacă nu am judeca astfel, nu vedem care ar fi justificarea existenței procedurii de aprobare.

Pentru exemplificare, locuințele de serviciu realizate în condițiile Legii nr.114/1996 din bugetul de stat sau din bugetele locale pot fi vândute cu *aprobarea* Guvernului, în situația în care activitatea care a generat realizarea locuințelor s-a restrâns sau a încetat (Art.53 alin.4 din Legea nr.114/1996).

(3). Confirmarea. Prin confirmare se înțelege manifestarea de voință (comunicat, înștiințare, etc) prin care o autoritate publică își menține un act administrativ emis anterior.

Literatura de specialitate mai reține și un alt sens al confirmării, și anume de procedură prin care se acoperă vicii de ilegalitate ale unui act emis anterior sau ale unui act emis de un organ inferior (Dăganu, 1970, p.107; Petrescu, 2004, p.314). Acest tip de confirmare nu este întâlnit în legislația română actuală, și nici în practica administrativă.

Studii de caz: Inconsecvențe în tehnica legislativă privind folosirea termenilor consacrați de doctrină.

1. Avizul și acordul – acte administrative.

a) În conformitate cu Legea 107/1996, legea apelor, “avizul de gospodărire a apelor și avizul de amplasament sunt avize conforme”, în timp ce în alt loc se arată că “lucrările prevăzute (...) pot fi executate numai în baza avizului de gospodărire a apelor emis de unitățile teritoriale ale Ministerului Apelor, Pădurilor și Protecției Mediului asupra documentației de investiții. Punerea în funcțiune sau în exploatare a acestor lucrări se face numai în baza autorizației de gospodărire a apelor”.

¹⁵ Doctrina reține și un alt tip de aprobare, așa numită „substitutivă”, adică acea aprobare dată de organul superior unor acte prin care organul inferior acționează în domenii de raporturi sociale de competența organului superior, situație în care se consideră că efectele actului de aprobare înlocuiesc efectele actului aprobat - Rodica Narcisa Petrescu, *op.cit.*, p.307. Deși construcția teoretică este corectă, nu am găsit încă exemple concrete de acte administrative prin care să se aprobe cu efect de substituie alte acte administrative. Hotărârile guvernamentale de aprobare a normelor metodologice dintr-un anumit domeniu sunt acte administrative ce reglementează pentru prima dată domeniul respectiv, chiar dacă normele au fost elaborate de un minister sau altul; doar emiterea prealabilă a normelor de către un minister urmată de preluarea lor într-o hotărâre de guvern s-ar constitui într-un exemplu în acest sens.

Din coroborarea celor două texte, rezultă că în cazul avizului de gospodărire a apelor suntem în prezența unui veritabil act administrativ, nu a unui aviz, deoarece el produce efecte juridice nemijlocit.

Aceste anomalii au fost semnalate în doctrină, fără efect însă asupra legiutorului român, cu toate că nerespectarea unor termeni consacrați de doctrina română și străină poate duce la confuzii majore în practică (Petrescu, 2004, p.301).

b) Legea română definește *acordul de mediu* ca fiind „decizia autorității competente pentru protecția mediului, care dă dreptul titularului de proiect să realizeze proiectul”.

Acordul de mediu este un act tehnico-juridic eliberat în scris, prin care se stabilesc condițiile de realizare a proiectului din punct de vedere al protecției mediului (Art.2 din Hotărârea Guvernului nr. 918/2002). Prin urmare acordul de mediu este un act administrativ, deoarece produce efecte juridice, nu un acord, așa cum s-ar înțelege din denumirea sa.

2. Aprobarea improprie.

Unele texte legislative numesc „aprobare” manifestarea de voință a unui funcționar public de decizie sau a unei autorități publice, care de fapt reprezintă un act administrativ unilateral, emis la propunerea unor funcționari publici inferiori, a unor alte autorități publice sau în urma unei petiții.

Spre exemplu, dacă un funcționar din minister face o propunere scrisă unui ministru, pe care acesta pune rezoluția „aprobat”; în acest caz nu ne găsim în prezența unei adevărate aprobări, ci a unui act administrativ emis de ministru (Drăganu, 1959, p.138.).

De asemenea, Legea nr.215/2001 prevede în art.38 alin.1 lit.d), atribuția consiliului local de a „aproba” bugetul local, iar la lit. e) atribuția de „aprobare”, la propunerea primarului, a organigramei aparatului propriu.

În fine, mai amintim doar Hotărârea Guvernului nr.432/2004 privind dosarul profesional al funcționarilor publici găsim prevederea conform căreia accesul funcționarului public la propriul dosar profesional, precum și eliberarea unor copii de pe documentele conținute în acesta se *aprobă* de către conducătorul autorității sau instituției publice (Art.12 alin.3 din Hotărârea Guvernului nr.432/2004).

3. Procedura aprobării tacite.

Reglementată prin Ordonanța Guvernului nr. 27/2003, procedura aprobării tacite este de fapt o procedură de emitere implicită a unei autorizații, care produce efecte juridice și care, ulterior, poate fi valorificată în justiție pentru obținerea înscrisului doveditor al autorizării.

Și în acest caz, legiuitorul folosește impropriu termenul de „aprobare” pentru emiterea, e adevărat, implicită, a unui act administrativ individual, creator de drepturi și obligații. Considerăm că mai nimerit ar fi fost termenul de „autorizare tacită”.

4. „Aprobarea” și „confirmarea” titlului de doctor.

În conformitate cu art. 35 din Hotărârea Guvernului nr.37/1999 privind organizarea și desfășurarea doctoratului, hotărârea comisiei pentru susținerea tezei de doctorat de a se conferi titlul științific de doctor se înaintează conducerii instituției organizatoare de doctorat, în vederea acordării titlului științific de doctor. După *aprobare*¹⁶, instituția transmite Dosarul de doctorat și un exemplar al Tezei de doctorat la Ministerul Educației Naționale în vederea *confirmării* de către Consiliul National de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare a titlului de doctor propus de comisie și acordat de conducerea instituției.

Lipsa formalităților procedurale. Sancțiuni. Formalități procedurale esențiale și neesențiale.

Nu toate formalitățile procedurale au aceeași valoare juridică, prin urmare și sancțiunile ce se impun în cazul nerespectării lor sunt diferite.

Astfel, acele formalități care urmăresc asigurarea *legalității și oportunității* actului administrativ sau *garantarea drepturilor cetățenești* sunt considerate formalități esențiale și lipsa lor este sancționată cu inexistența actului sau cu nulitatea absolută a acestuia, pe când formalitățile instituite doar pentru *operativitatea* activității administrative atrag nulitatea relativă actului, fiind considerate neesențiale.

Determinarea scopului în vederea căruia au fost stabilite anumite formalități procedurale are o deosebită însemnătate în dreptul administrativ (Drăganu, 1959, p.139).

Astfel, spre exemplu, adoptarea unei hotărâri de consiliu local fără majoritatea cerută de lege este o formalitate esențială, ce atrage nulitatea absolută a actului administrativ, pe când nesemnarea hotărârii de către președintele de ședință este una neesențială, ce poate fi îndeplinită și mai târziu (deci confirmată), dar care atrage totuși nulitatea relativă a actului. În fine, hotărârea de consiliu local normativă este inexistentă dacă nu a fost adusă la cunoștința publică, respectiv dacă nu a fost comunicată destinatarului.

Teoria „formalităților imposibile”.

Doctrina franceză a acreditat această teorie pentru cazul în care autoritatea publică ce emite un act administrativ este în imposibilitate practică efectivă de a obține formele procedurale necesare pentru emiterea actului (Lombard, 1999, p.188).

¹⁶ Dacă observăm precizarea din finalul textului legal conform căreia titlul este acordat de instituție la propunerea comisiei de doctorat, constatăm că și termenul *aprobare* este folosit incorect.

Astfel, atunci când legea cere un aviz conform¹⁷, dar organul colegial nu se întrunește într-un termen rezonabil pentru a-l elibera, sau autoritatea publică unipersonală refuză sau întârzie emiterea avizului, emiterea actului administrativ fără avizul în cauză ar trebui considerată legală.

Considerăm că această regulă este aplicabilă și în dreptul nostru, care abundă de situații similare. Spre exemplu, ce se întâmplă dacă o autoritate publică solicită avizul ANFP pentru numirea într-o funcție publică, însă acest aviz nu este emis într-un termen rezonabil de către instituția competentă? Soluția așteptării la nesfârșit este total inadecvată funcționării eficiente a administrației publice, prin urmare, după trecerea termenului de răspuns la petiții, care este aplicabil și în acest caz, autoritatea publică poate trece fie la contestarea refuzului tacit de avizare, fie la numirea în funcția publică.

Recunoaștem că soluția este îndrăzneată și implică acceptarea ei de către jurisprudență, dar avem convingerea că numai în acest fel se vor putea surmonta anumite impasuri declanșate de politizarea excesivă a administrației publice românești.

Caracterul contradictoriu al procedurilor cu caracter sancționator.

Contradictorialitatea este un principiu general de drept, derivat din dreptul de apărare al persoanei sancționate, și presupune ca actele administrative prin care se aplică sancțiuni disciplinare sau de altă natură să fie precedate de o procedură menită a da posibilitatea celui vizat să discute acuzele ce i se aduc.

Doctrina dreptului administrativ consideră că procedura contradictorie de emitere a actului administrativ ar trebui să fie aplicabilă în cazul măsurilor luate contra persoanelor, funcționarilor publici, precum și în cazul autorizării prestării unei activități, atunci când autorizația este emisă în considerarea persoanei solicitante (Lombard, 1999, p.189).

Astfel, pentru a da numai un exemplu relevant, Statutul funcționarilor publici condiționează aplicarea sancțiunii disciplinare de efectuarea cercetării prealabile a abaterii disciplinare, procedură ce implică și audierea funcționarului public în cauză (Art.71 alin.4 din Legea nr.188/1999).

II.3. Asigurarea transparenței procedurii administrative (Legea nr. 52/2003)

Proceduri consultative impuse de imperativul asigurării transparenței decizionale în administrația publică.

¹⁷ Un alt exemplu ar fi situația când legea condiționează numirea unei persoane într-o funcție publică la propunerea unei alte autorități publice, deși dreptul de a fi numită în funcție a fost câștigat prin concurs – este cazul funcționarilor publici de conducere, care sunt numiți de conducătorul instituției la propunerea ANFP (art.52 alin.2 din Statutul funcționarilor publici, Legea nr.188/1999).

II.3.1. Aspecte introductive.

Legea nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică stabilește regulile procedurale minimale aplicabile pentru asigurarea transparenței decizionale în cadrul autorităților administrației publice centrale și locale, alese sau numite, precum și al altor instituții publice care utilizează resurse financiare publice, în raporturile stabilite între ele cu cetățenii și asociațiile legal constituite ale acestora. Prin această reglementare s-a încercat apropierea societății civile de activitatea decizională a administrației publice (Apostol Tofan, 2003, p.22 și urm).

Coroborând aceste dispoziții cu textele Ordonanței Guvernului nr.75/2003, care prevede că prin hotărâre a consiliului local sau județean se vor stabili procedura și modalitățile de aducere la cunoștință publică a măsurilor de interes major pentru locuitori și a proiectelor de acte administrative care cad sub incidența prevederilor Legii nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică, precum și de consultare a cetățenilor cu privire la conținutul acestora, rezultă că legea stabilește doar un cadru general, ce urmează a fi circumstanțiat prin acte administrative de la nivel local, în funcție de specificul autorității administrației publice locale.

Așa cum s-a remarcat în doctrină, practica reglementării prin legi și ordonanțe a diferitelor aspecte ce ar trebui să se regăsească, împreună, într-un Cod de procedură administrativă, îndepărtează legislația noastră de coerența și stabilitatea pe termen lung de care are nevoie (Apostol Tofan, 2003., p.24; Apostol Tofan 2002, p.75-94).

Procedurile de asigurare a transparenței decizionale în activitatea autorităților publice au la bază anumite principii, cum ar fi: a) *informarea în prealabil*, din oficiu, a persoanelor asupra problemelor de interes public care urmează să fie dezbătute de autoritățile administrației publice centrale și locale, precum și asupra proiectelor de acte normative; b) *consultarea* cetățenilor și a asociațiilor legal constituite, la inițiativa autorităților publice, în procesul de elaborare a proiectelor de acte normative; c) *participarea activă* a cetățenilor la luarea deciziilor administrative și în procesul de elaborare a proiectelor de acte normative, cu respectarea următoarelor reguli: ședințele autorităților și instituțiilor publice care fac obiectul legii sunt publice (1); dezbaterile vor fi consemnate și făcute publice (2); minutele acestor ședințe vor fi înregistrate, arhivate și făcute publice (3).

Autoritățile administrației publice obligate să respecte dispozițiile legii sunt:

a) autoritățile administrației publice centrale: ministerele, alte organe centrale ale administrației publice din subordinea Guvernului sau a ministerelor, serviciile publice deconcentrate¹⁸ ale acestora, precum și autoritățile administrative autonome;

b) autoritățile administrației publice locale: consiliile județene, consiliile locale, primarii, instituțiile și serviciile publice de interes local sau județean.

Dispozițiile legii se aplică și documentelor de politici publice elaborate de autoritățile administrației publice centrale (Art. 4¹, al Legii 52/2003). Documentele de politici publice sunt definite de lege ca „instrumentele de decizie prin intermediul cărora sunt identificate posibilele soluții pentru rezolvarea problemelor de politici publice, astfel cum acestea sunt definite și structurate în Hotărârea Guvernului nr. 870/2006 privind aprobarea Strategiei pentru îmbunătățirea sistemului de elaborare, coordonare și planificare a politicilor publice la nivelul administrației publice centrale și în Hotărârea Guvernului nr. 775/2005 pentru aprobarea Regulamentului privind procedurile de elaborare, monitorizare și evaluare a politicilor publice la nivel central, cu modificările ulterioare” (pct. 1 al art. unic din Legea nr. 242/2010).

Excepție fac de la aplicarea legii procesul de elaborare a actelor normative și ședințele în care sunt prezentate informații privind: a) apărarea națională, siguranța națională și ordinea publică, interesele strategice economice și politice ale țării, precum și deliberările autorităților, dacă fac parte din categoria informațiilor clasificate, potrivit legii; b) valorile, termenele de realizare și datele tehnico-economice ale activităților comerciale sau financiare, dacă publicarea acestora aduce atingere principiului concurenței loiale, potrivit legii; c) datele personale, potrivit legii.

II.3.2. Participarea cetățenilor și a asociațiilor legal constituite la procesul de elaborare a actelor normative.

Această procedură implică anumite acțiuni ale autorităților publice:

a) în cadrul procedurilor de elaborare a proiectelor de acte normative autoritatea administrației publice are obligația să redacteze un **anunț** referitor la această acțiune, care va fi adus la cunoștința publicului **cu cel puțin 30 de zile înainte** de supunerea spre analiză, avizare și adoptare de către autoritățile publice¹⁹. Anunțul va cuprinde o *notă de fundamentare*, o *expunere de motive* sau, după caz, un *referat de aprobare* privind necesitatea

¹⁸ În urma intrării în vigoare a Constituției revizuite, serviciile ministeriale din teritoriu nu mai sunt denumite „descentralizate”, ci „deconcentrate”, prin urmare legea a fost modificată implicit.

¹⁹ Anunțul referitor la elaborarea unui proiect de act normativ cu relevanță asupra mediului de afaceri se transmite de către inițiator asociațiilor de afaceri și altor asociații legal constituite, pe domenii specifice de activitate, în termenul prevăzut de lege (art.6 alin.3 din Legea nr.52/2003).

adoptării actului normativ propus, *textul complet* al proiectului actului respectiv, precum și *termenul limită, locul și modalitatea* în care cei interesați pot trimite în scris propuneri, sugestii, opinii cu valoare de recomandare privind proiectul de act normativ.

Anunțul va fi publicat pe site-ul propriu, afișat la sediul propriu, într-un spațiu accesibil publicului, și transmis către mass-media centrală sau locală, după caz.

La publicarea anunțului autoritatea administrației publice va stabili o **perioadă de cel puțin 10 zile** pentru a primi în scris propuneri, sugestii sau opinii cu privire la proiectul de act normativ supus dezbaterii publice.

Conducătorul autorității publice va desemna o **persoană** din cadrul instituției, responsabilă pentru relația cu societatea civilă, care să primească propunerile, sugestiile și opiniile persoanelor interesate cu privire la proiectul de act normativ propus.

b) Autoritatea administrației publice va transmite **proiectele** de acte normative tuturor persoanelor care au depus o *cerere* pentru primirea acestor informații.

c) Proiectul de act normativ se transmite spre **analiză și avizare** autorităților publice interesate numai după definitivare, pe baza observațiilor și propunerilor formulate de cei interesați.

d) Autoritatea publică în cauză *este obligată* să decidă organizarea unei întâlniri în care să se **dezbată public** proiectul de act normativ, dacă acest lucru a fost cerut în scris de către o *asociație legal constituită*²⁰ sau de către o altă *autoritate publică*.

În toate cazurile în care se organizează dezbateri publice, acestea trebuie să se desfășoare *în cel mult 10 zile de la publicarea datei și locului* unde urmează să fie organizate.

e) Autoritatea publică în cauză trebuie să **analizeze toate recomandările** referitoare la proiectul de act normativ în discuție.

f) În cazul reglementării unei situații care, din cauza **circumstanțelor sale excepționale**, impune adoptarea de **soluții imediate**, în vederea evitării unei grave atingeri aduse interesului public, proiectele de acte normative se supun adoptării în procedură de urgență prevăzută de reglementările în vigoare.

II.3.3. Participarea cetățenilor și a asociațiilor legal constituite la procesul de luare a deciziilor.

Participarea cetățenilor și a asociațiilor legal constituite în cadrul procesului de luare a deciziei va avea loc în următoarele condiții:

²⁰ Prin asociație legal constituită se înțelege orice organizație civică, sindicală, patronală sau orice alt grup asociativ de reprezentare civică. (art.3 din Legea nr.52/2003)

a) *anunțul* privind ședința publică se afișează la sediul autorității publice, este inserat în site-ul propriu și se transmite către mass-media, *cu cel puțin 3 zile înainte* de desfășurare, și *va conține* data, ora și locul de desfășurare a ședinței publice, precum și ordinea de zi.

Acest anunț trebuie *adus la cunoștința* cetățenilor și a asociațiilor legal constituite care au prezentat sugestii și propuneri în scris, cu valoare de recomandare, referitoare la unul dintre domeniile de interes public care urmează să fie abordat în ședință publică; difuzarea anunțului și invitarea specială a unor persoane la ședința publică sunt în sarcina *responsabilului* desemnat pentru relația cu societatea civilă.

b) *participarea* persoanelor interesate la ședințele publice se va face în limita locurilor disponibile în sala de ședințe, în *ordinea de precădere*²¹ dată de interesul asociațiilor legal constituite în raport cu subiectul ședinței publice, stabilită de persoana care prezidează ședința publică. Ordinea de precădere nu poate limita accesul mass-media la ședințele publice.

c) persoana care prezidează ședința publică oferă invitațiilor și persoanelor care participă din proprie inițiativă posibilitatea de a se *exprima* cu privire la problemele aflate pe ordinea de zi.

d) *adoptarea* deciziilor administrative ține de competența exclusivă a autorităților publice. Punctele de vedere exprimate în cadrul ședințelor publice de persoanele invitate au valoare de recomandare.

e) autoritățile administrației publice sunt obligate să justifice în scris nepreluarea recomandărilor formulate și înaintate în scris de cetățeni și asociațiile legal constituite ale acestora (art. 11, alin 3, din Legea 52/2003).

e) *minuta*²² ședinței publice, incluzând și votul fiecărui membru, cu excepția cazurilor în care s-a hotărât vot secret, va fi *afișată* la sediul autorității publice în cauză și *publicată* în site-ul propriu. Autoritățile publice sunt obligate să *elaboreze* și să *arhiveze* minutele ședințelor publice. Atunci când se consideră necesar, ședințele publice pot fi *înregistrate*.

Înregistrările ședințelor publice, cu excepția celor prevăzute la art. 6 din Legea 52/2003, vor fi făcute publice, la cerere, în condițiile Legii 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public.

f) autoritățile publice sunt obligate să întocmească și să facă public un *raport anual* privind transparența decizională, care va cuprinde cel puțin următoarele elemente: numărul total al recomandărilor primite; numărul total al recomandărilor incluse în proiectele de acte

²¹ Ordinea de precădere este ordinea care determină prioritatea participării la ședințele publice, în raport cu interesul manifestat față de subiectul ședinței.

²² Minuta este documentul scris în care se consemnează în rezumat punctele de vedere exprimate de participanții la o ședință, precum și rezultatul dezbaterilor.

normative și în conținutul deciziilor luate; numărul participanților la ședințele publice; numărul dezbaterilor publice organizate pe marginea proiectelor de acte normative; situația cazurilor în care autoritatea publică a fost acționată în justiție pentru nerespectarea prevederilor legii; evaluarea proprie a parteneriatului cu cetățenii și asociațiile legal constituite ale acestora; numărul ședințelor care nu au fost publice și motivația restricționării accesului.

Raportul anual privind transparența decizională va fi făcut public în site-ul propriu, prin afișare la sediul propriu într-un spațiu accesibil publicului sau prin prezentare în ședință publică.

II.4. Compartimentul de relații publice. Persoane responsabile de soluționarea petițiilor.

Autoritățile și instituțiile publice sunt obligate să organizeze un *compartiment* distinct pentru relații cu publicul, care să primească, să înregistreze, să se îngrijească de rezolvarea petițiilor și să expedieze răspunsurile către petiționari.

Compartimentul de relații cu publicul *înaintează petițiile înregistrate către compartimentele de specialitate*, în funcție de obiectul acestora, cu precizarea termenului de trimitere a răspunsului, și este obligat să urmărească soluționarea și redactarea în termen a răspunsului.

Repartizarea petițiilor în vederea soluționării lor de către personalul de specialitate se face de către șeful compartimentului căruia i s-a trimis petiția de către compartimentul de relații cu publicul. Funcționarii publici și persoanele încadrate cu contract individual de muncă sunt obligate să rezolve numai petițiile care le sunt repartizate potrivit procedurii de mai sus, fiindu-le interzis să le primească direct de la petenți, să intervină sau să depună stăruință pentru soluționarea acestora în afara cadrului legal.

Expedierea răspunsului către petiționar se face numai de către compartimentul pentru relații cu publicul, care se îngrijește și de clasarea și arhivarea petițiilor.

Conducătorii autorităților și instituțiilor publice sunt direct răspunzători de buna organizare și desfășurare a activității de primire, evidențiere și rezolvare a petițiilor ce le sunt adresate, precum și de *legalitatea* soluțiilor și comunicarea acestora în termenul legal²³. Pentru soluționarea legală a petițiilor ce le sunt adresate conducătorii autorităților și

²³ Semestrial autoritățile și instituțiile publice vor analiza activitatea proprie de soluționare a petițiilor, pe baza *raportului* întocmit de compartimentul de relații cu publicul.

instituțiilor publice sesizate vor dispune măsuri de cercetare și analiză detaliată a tuturor aspectelor sesizate.

Semnarea răspunsului se face de către conducătorul autorității sau instituției publice ori de persoana împuternicită de acesta, precum și de șeful compartimentului care a rezolvat petiția. În răspuns se va indica, în mod obligatoriu, temeiul legal al soluției adoptate

II. 5. Răspunderea în cadrul procedurii administrative

II.5.1. Incompatibilități și sancțiuni în activitatea de răspuns la petiții

În cazul în care prin petiție *sunt sesizate anumite aspecte din activitatea unei persoane*, aceasta nu poate fi soluționată de persoana în cauză sau de către un subordonat al acesteia.

Constituie *abatere disciplinară* și se sancționează potrivit prevederilor Legii 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici sau, după caz, potrivit legislației muncii următoarele fapte: **a)** nerespectarea termenelor de soluționare a petițiilor, **b)** intervențiile sau stăruințele pentru rezolvarea unor petiții în afara cadrului legal; **c)** primirea direct de la petiționar a unei petiții, în vederea rezolvării, fără să fie înregistrată și fără să fie repartizată de șeful compartimentului de specialitate.

II.5.2. Legea nr.52/2003 prevede și anumite sancțiuni juridice pentru nerespectarea dispozițiilor sale:

a) acțiunea în contencios administrativ - orice persoană care se consideră vătămată în drepturile sale, prevăzute de lege, poate face plângere în condițiile Legii contenciosului administrativ, împotriva refuzului nejustificat al autorității administrației publice de a respecta dispozițiile legii (Apostol Tofan, 2003, p.31). Plângerea și recursul se judecă în procedură de urgență și sunt scutite de taxă de timbru.

b) răspunderea disciplinară: constituie abatere disciplinară și se sancționează, potrivit prevederilor Legii 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, sau, după caz, potrivit legislației muncii, fapta funcționarului care, din motive contrare legii, *nu permite accesul* persoanelor la ședințele publice sau *impiedică implicarea* persoanelor interesate în procesul de elaborare a actelor normative de interes public.

c) măsuri administrative: persoanele care asistă la ședințele publice, invitate sau din proprie inițiativă, trebuie să respecte regulamentul de organizare și funcționare a autorității publice. În cazul în care președintele de ședință constată că o persoană a încălcat regulamentul, va dispune *avertizarea* și, în ultimă instanță, *evacuarea* acesteia.

II. 6. Proceduri de răspundere a personalului din sectorul public

II.6.1. Forme de răspundere ale funcționarului public. Încălcarea de către funcționarii publici, cu vinovație, a îndatoririlor de serviciu atrage răspunderea disciplinară, contravențională, civilă sau penală, după caz (Mrejeru, Ilie, 2000, p.58 și urm).

Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al sau sau într-un interes legitim se poate adresa instanței judecătorești, în condițiile legii, împotriva autorității sau instituției publice care a emis actul sau care a refuzat să rezolve cererea referitoare la un drept subiectiv sau la un interes legitim. În cazul în care acțiunea se admite și se constată vinovăția funcționarului public, persoana respectivă va fi obligată la plata daunelor, solidar cu autoritatea sau instituția publică.

Răspunderea juridică a funcționarului public nu se poate angaja dacă acesta a respectat prevederile legale și procedurile administrative aplicabile autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea.

Răspunderea disciplinară. Încălcarea cu vinovație de către funcționarii publici a îndatoririlor corespunzătoare funcției publice pe care o dețin și a normelor de conduită profesională și civică prevăzute de lege constituie abatere disciplinară și atrage răspunderea disciplinară a acestora.

Constituie abateri disciplinare următoarele fapte: a) întârzierea sistematică în efectuarea lucrărilor; b) neglijența repetată în rezolvarea lucrărilor; c) absențe nemotivate de la serviciu; d) nerespectarea în mod repetat a programului de lucru; e) intervențiile sau stăruințele pentru soluționarea unor cereri în afara cadrului legal; f) nerespectarea secretului profesional sau a confidențialității lucrărilor cu acest caracter; g) manifestări care aduc atingere prestigiului autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea; h) desfășurarea în timpul programului de lucru a unor activități cu caracter politic; i) refuzul de a îndeplini atribuțiile de serviciu; j) încălcarea prevederilor legale referitoare la îndatoriri, incompatibilități, conflicte de interese și interdicții stabilite prin lege pentru funcționarii publici; k) alte fapte prevăzute ca abateri disciplinare în actele normative din domeniul funcției publice și funcționarilor publici (art.77 alin. 2 din Legea nr. 188/1999, republicată și modificată).

Sanțiunile disciplinare sunt: a) mustrare scrisă; b) diminuarea drepturilor salariale cu 5-20% pe o perioadă de până la 3 luni; c) suspendarea dreptului de avansare în gradele de salarizare sau, după caz, de promovare în funcția publică pe o perioadă de la 1 la 3 ani; d) retrogradarea în funcția publică pe o perioadă de până la un an; e) destituirea din funcția publică.

La individualizarea sancțiunii disciplinare se va ține seama de cauzele și gravitatea abaterii disciplinare, împrejurările în care aceasta a fost săvârșită, gradul de vinovăție și consecințele abaterii, comportarea generală în timpul serviciului a funcționarului public, precum și de existența în antecedentele acestuia a altor sancțiuni disciplinare care nu au fost radiate în condițiile Statutului.

Sancțiunile disciplinare se aplică în termen de cel mult 1 an de la data sesizării comisiei de disciplină cu privire la săvârșirea abaterii disciplinare, dar nu mai târziu de 2 ani de la data săvârșirii abaterii disciplinare.

În cazul în care fapta funcționarului public a fost sesizată ca abatere disciplinară și ca infracțiune, procedura angajării răspunderii disciplinare se suspendă până la dispunerea neîncheperii urmăririi penale, scoaterii de sub urmărire penală ori încetării urmăririi penale sau până la data la care instanța judecătorească dispune achitarea sau încetarea procesului penal.

Pe perioada cercetării administrative, în situația în care funcționarul public care a săvârșit o abatere disciplinară poate influența cercetarea administrativă, conducătorul autorității sau instituției publice are obligația de a interzice accesul acestuia la documentele care pot influența cercetarea sau, după caz, de a dispune mutarea temporară a funcționarului public în cadrul altui compartiment sau altei structuri a autorității ori instituției publice.

Mustrarea scrisă se poate aplica direct de către persoana care are competența legală de numire în funcția publică. Celelalte sancțiuni disciplinare se aplică de către persoana care are competența legală de numire în funcția publică, la propunerea comisiei de disciplină.

Sancțiunile disciplinare nu pot fi aplicate decât după cercetarea prealabilă a faptei săvârșite și după audierea funcționarului public. Audierea funcționarului public trebuie consemnată în scris, sub sancțiunea nulității. Refuzul funcționarului public de a se prezenta la audieri sau de a semna o declarație privitoare la abaterile disciplinare care i se imputa se consemnează într-un proces-verbal.

Pentru analizarea faptelor sesizate ca abateri disciplinare și propunerea sancțiunii disciplinare aplicabile funcționarilor publici din autoritățile sau instituțiile publice se constituie **comisii de disciplină**.

Din comisia de disciplină face parte și un reprezentant al organizației sindicale reprezentative sau, după caz, un reprezentant desemnat prin votul majorității funcționarilor publici pentru care este organizată comisia de disciplină, în cazul în care sindicatul nu este reprezentativ sau funcționarii publici nu sunt organizați în sindicat.

Comisia de disciplină poate desemna unul sau mai mulți membri și, după caz, poate solicita compartimentelor de control din cadrul autorităților sau instituțiilor publice să

cerceteze faptele sesizate și să prezinte rezultatele activității de cercetare. Comisia de disciplină pentru înalții funcționari publici este compusă din 5 înalți funcționari publici, numiți prin decizia primului-ministru, la propunerea ministrului administrației și internelor.

Modul de constituire, organizare și funcționare a comisiilor de disciplină, precum și componența, atribuțiile, modul de sesizare și procedura de lucru ale acestora se stabilesc prin hotărâre a Guvernului, la propunerea Agenției Naționale a Funcționarilor Publici.

Funcționarul public nemulțumit de sancțiunea aplicată se poate adresa instanței de contencios administrativ, solicitând anularea sau modificarea, după caz, a ordinului sau dispoziției de sancționare.

Pentru evidențierea situației disciplinare a funcționarului public, Agenția Națională a Funcționarilor Publici va elibera un **cazier administrativ**, conform bazei de date pe care o administrează. Cazierul administrativ este un act care cuprinde sancțiunile disciplinare aplicate funcționarului public și care nu au fost radiate în condițiile legii. Cazierul administrativ este necesar în următoarele cazuri: a) desemnarea unui funcționar public ca membru în comisia de concurs pentru recrutarea funcționarilor publici; b) desemnarea unui funcționar public în calitate de președinte și membru în comisia de disciplină; c) desemnarea unui funcționar public ca membru în comisia paritară; d) ocuparea unei funcții publice corespunzătoare categoriei înalților funcționari publici sau categoriei funcționarilor publici de conducere; e) în orice alte situații prevăzute de lege.

Cazierul administrativ este eliberat la solicitarea: a) funcționarului public interesat; b) conducătorului autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea; c) președintelui comisiei de disciplină; d) altor persoane prevăzute de lege.

Sancțiunile disciplinare se radiază de drept, după cum urmează: a) în termen de 6 luni de la aplicare, mustrarea scrisă; b) în termen de un an de la expirarea termenului pentru care au fost aplicate, în cazul sancțiunilor de diminuare a drepturilor salariale, de suspendare a dreptului la avansare, de trecere într-o funcție inferioară c) în termen de 7 ani de la aplicare, sancțiunea de destituire din funcție.

Radierea sancțiunilor disciplinare radiate în condițiile lit. a) și b) se constată prin act administrativ al conducătorului autorității sau instituției publice²⁴.

Răspunderea contravențională. Răspunderea contravențională a funcționarilor publici se angajează în cazul în care aceștia au săvârșit o contravenție în timpul și în legătură cu sarcinile de serviciu.

²⁴ Statutul nu prevede în ce mod se constată radierea sancțiunii de destituire din funcție. În lipsa unei precizări, credem că este vorba despre o radiere de drept ce nu necesită constatare, ci doar obligația persoanei de numire în funcția publică de a nu ține seama de această sancțiune, atunci când analizează îndeplinirea condițiilor de acces la funcția publică, prevăzute la art.49.

Împotriva procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii funcționarul public se poate adresa cu plângere la judecătoria în a cărei circumscripție își are sediul autoritatea sau instituția publică în care este numit funcționarul public sancționat.

Răspunderea civilă. Răspunderea civilă a funcționarului public se angajează: a) pentru pagubele produse cu vinovație patrimoniului autorității sau instituției publice în care funcționează; b) pentru nerestituirea în termenul legal a sumelor ce i s-au acordat necuvenit; c) pentru daunele plătite de autoritatea sau instituția publică, în calitate de comitent, unor terțe persoane, în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile.

Repararea pagubelor aduse autorității sau instituției publice în situațiile prevăzute la lit. a) și b) se dispune prin emiterea de către conducătorul autorității sau instituției publice a unui ordin sau a unei dispoziții de imputare, în termen de 30 de zile de la constatarea pagubei, sau, după caz, prin asumarea unui angajament de plată, iar în situația prevăzută la lit. c), pe baza hotărârii judecătorești definitive și irevocabile. Dreptul conducătorului autorității sau instituției publice de a emite ordinul sau dispoziția de imputare se prescrie în termen de 3 ani de la data producerii pagubei.

Împotriva ordinului sau dispoziției de imputare funcționarul public în cauză se poate adresa instanței de contencios administrativ.

Răspunderea penală. Răspunderea funcționarului public pentru infracțiunile săvârșite în timpul serviciului sau în legătura cu atribuțiile funcției publice pe care o ocupă se angajează potrivit legii penale.

În cazul în care funcționarul public este *trimis în judecată* pentru săvârșirea unei infracțiuni de natura celor prevăzute la art. 50 lit. h), și anume infracțiuni contra umanității, contra statului sau contra autorității, de serviciu sau în legătura cu serviciul, care împiedică înfăptuirea justiției, de fals ori a unor fapte de corupție sau a unei infracțiuni săvârșite cu intenție care l-ar face pe funcționar incompatibil cu exercitarea funcției publice, persoana care are competența legală de numire în funcția publică va dispune *suspendarea* funcționarului public din funcția publică pe care o deține.

Dacă instanța judecătorească dispune achitarea sau încetarea procesului penal, suspendarea din funcția publică încetează, iar funcționarul public respectiv își va relua activitatea în funcția publică deținută anterior și îi vor fi achitate drepturile salariale aferente perioadei de suspendare.

În situația în care nu sunt întrunite condițiile pentru angajarea răspunderii penale, iar fapta funcționarului public poate fi considerată abatere disciplinară, va fi sesizată comisia de disciplină competentă.

De la momentul începerii urmăririi penale, în situația în care funcționarul public poate influența cercetarea, persoana care are competența numirii în funcția publică are obligația să dispună mutarea temporară a funcționarului public în cadrul altui compartiment sau altei structuri fără personalitate juridică a autorității ori instituției publice.

II.6.2. Studiu de caz: Comparație între procedura aplicării sancțiunilor disciplinare în cazul funcționarilor publici și în cazul personalului contractual.

Răspunderea disciplinară a personalului din autoritățile și instituțiile publice

Răspunderea disciplinară, formă a răspunderii juridice, specifică dreptului muncii, presupune activarea puterii de coerciție cu care este înzestrat (pe care o deține) angajatorul, în vederea restabilirii disciplinei muncii, prin aplicarea sancțiunilor și măsurilor disciplinare împotriva salariatului care a încălcat cu vinovăție normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul/acordul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici (Dragoș, Chiciudean, Dohotar 2007, p. 152).

Astfel, fiecare angajator deține, în stare latentă, puterea de coerciție sau, cu alte cuvinte, posibilitatea juridică de a aplica sancțiuni sau de a lua măsuri împotriva salariatului care a încălcat normele disciplinare.

Răspunderea disciplinară a funcționarilor publici

Disciplina muncii și normele disciplinare.

Disciplina muncii reprezintă totalitatea normelor obligatorii, necesare și utile pentru derularea raporturilor de muncă, care asigură congruență, consecvență și echilibru în raporturile dintre angajat și angajator (Dragoș, Chiciudean, Dohotar, 2007, p. 151).

Sistemul disciplinar specific funcției publice are ca fundament acte normative, inclusiv normele de conduită profesională și civică, actul administrativ de numire în funcția publică însoțit de fișa postului, acordurile colective, regulamentele de organizare și funcționare, ordinele și dispozițiile legale ale superiorului ierarhic.

Prevederile art. 6 din Legea nr. 188/1999 stabilesc prin excludere categoriile de personal cărora nu li se aplică regimul juridic specific funcției publice și implicit sistemul disciplinar corespunzător, după cum urmează:

a) personalului contractual salariat din aparatul propriu al autorităților și instituțiilor publice, care desfășoară activități de secretariat, administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și de deservire, pază, precum și altor categorii de personal care nu exercită prerogative de putere publică. Persoanele care ocupă aceste funcții nu au calitatea de funcționar public și li se aplică legislația muncii;

- b) personalului salariat încadrat, pe baza încrederii personale, la cabinetul demnitarului;
- c) corpului magistraților;
- d) cadrelor didactice;
- e) persoanelor numite sau alese în funcții de demnitate publică.

În consecință, și regimul disciplinar specific funcției publice, nu se aplică acestor categorii de personal (inclusiv celei menționate la lit. a, care prezintă interes pentru studiul nostru), în cazul lor aplicându-se normele disciplinare de drept comun reglementate de Codul muncii sau alte norme disciplinare reglementate de legi speciale.

Izvorul și formele răspunderii disciplinare a funcționarilor publici.

În raport cu răspunderea disciplinară de drept comun reglementată de Codul muncii (unde izvorul răspunderii este de natură contractuală, prerogativa disciplinară a angajatorului născându-se în temeiul contractului individual de muncă), răspunderea disciplinară a funcționarilor publici își are izvorul în actul administrativ de numire în funcția publică a cărui validitate este condiționată de jurământul de credință care se depune în termen de 3 zile de la emiterea actului de numire în funcția publică definitivă. Cadrul disciplinar este completat de fișa postului aferentă funcției publice, care se anexează la actul administrativ de numire, iar o copie a acesteia se înmânează funcționarului public.

Abaterea disciplinară constă în încălcarea cu vinovăție de către funcționarii publici a îndatoririlor corespunzătoare funcției publice pe care o dețin și a normelor de conduită profesională și civică prevăzute de lege (art.77 alin. 1 din Legea nr. 188/1999, republicată și modificată).

Obiectul abaterii disciplinare îl constituie valoarea socială lezată, normele de conduită profesională și civică specifice funcției publice.

Latura obiectivă se referă la fapta ilicită a funcționarului public care poate consta într-o acțiune sau inacțiune contrară îndatoririlor corespunzătoare funcției publice pe care o dețin și a normelor de conduită profesională și civică prevăzute de lege.

Subiectul abaterii disciplinare este calificat-funcționar public.

Latura subiectivă are în vedere un element intern-vinovăția, cu formele sale (culpa, intenția)-cu o relevanță mai redusă în materia răspunderii disciplinare.

Constituie abateri disciplinare următoarele fapte:

- a) întârzierea sistematică în efectuarea lucrărilor;
- b) neglijența repetată în rezolvarea lucrărilor;
- c) absențe nemotivate de la serviciu;
- d) nerespectarea în mod repetat a programului de lucru;
- e) intervențiile sau stăruințele pentru soluționarea unor cereri în afara cadrului legal;
- f) nerespectarea secretului profesional sau a confidențialității lucrărilor cu acest caracter;
- g)

manifestări care aduc atingere prestigiului autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea; h) desfășurarea în timpul programului de lucru a unor activități cu caracter politic; i) refuzul de a îndeplini atribuțiile de serviciu; j) încălcarea prevederilor legale referitoare la îndatoriri, incompatibilități, conflicte de interese și interdicții stabilite prin lege pentru funcționarii publici; k) alte fapte prevăzute ca abateri disciplinare în actele normative din domeniul funcției publice și funcționarilor publici. (art.77 alin. 2 din Legea nr. 188/1999, republicată și modificată).

Sancțiunea disciplinară este pedeapsa (consecința negativă) la care este supus funcționarul public, urmare a nerespectării normelor disciplinare.

Sancțiunile disciplinare sunt:

- a) mustrare scrisă;
- b) diminuarea drepturilor salariale cu 5-20% pe o perioadă de până la 3 luni;
- c) suspendarea dreptului de avansare în gradele de salarizare sau, după caz, de promovare în funcția publică pe o perioadă de la 1 la 3 ani;
- d) retrogradarea în funcția publică pe o perioadă de până la un an.
- e) destituirea din funcția publică.

Procedura disciplinară

Sancțiunile disciplinare, cu excepția mustrării scrise, nu pot fi aplicate decât după cercetarea prealabilă a faptei săvârșite și după audierea funcționarului public.

Constituirea comisiei de disciplină.

Pentru analizarea faptelor sesizate ca abateri disciplinare și propunerea sancțiunii disciplinare aplicabile funcționarilor publici din autoritățile sau instituțiile publice se constituie comisii de disciplină.

Comisia de disciplină are în componență 3 membri titulari, funcționari publici definitiv numiți în funcția publică pe perioadă nedeterminată. Doi membri sunt desemnați de conducătorul autorității sau instituției publice, iar al treilea membru este desemnat, după caz, de organizația sau organizațiile sindicale reprezentative ori de majoritatea funcționarilor publici din cadrul autorității sau instituției publice pentru care este organizată comisia de disciplină, în cazul în care sindicatul nu este reprezentativ sau funcționarii publici nu sunt organizați în sindicat. Alegerea reprezentanților funcționarilor publici se face prin vot secret.

Pentru fiecare membru titular al comisiei de disciplină se desemnează câte un membru supleant. Membrii titulari și membrii supleanți ai comisiei de disciplină se numesc pe o perioadă de 3 ani, cu posibilitatea reînnoirii mandatului.

Comisia de disciplină are un secretar titular și un secretar supleant, numiți de conducătorul autorității sau instituției publice pe o perioadă de 3 ani, cu posibilitatea reînnoirii mandatului. Secretarul titular al comisiei de disciplină și secretarul supleant nu sunt membri ai comisiei de disciplină.

Președintele comisiei de disciplină se alege prin votul secret al membrilor titulari, dintre aceștia. În situația în care nu se poate întruni majoritatea, va fi ales președinte membrul care are cea mai mare vechime în specialitate juridică sau, în cazul în care acesta nu există, membrul care are cea mai mare vechime în funcția publică.

H.G. nr. 1344/2008 conține, de asemenea, precizări referitoare la atribuțiile membrilor și a secretarului comisiei de disciplină, precum și a comisiei de disciplină ca organ funcțional în integralitatea sa.

Procedura prealabilă.

Procedura disciplinară prealabilă este reglementată de prevederile art. 27-49 din H.G. nr. 1344/2008 a cărui conținut rezumativ este redat în paragrafele următoare.

Procedura cercetării administrative este obligatorie pentru aplicarea sancțiunilor disciplinare prevăzute la art. 77 alin. (3) lit. b)-e) din Legea nr. 188/1999, republicată (diminuarea drepturilor salariale cu 5-20% pe o perioadă de până la 3 luni; suspendarea dreptului de avansare în gradele de salarizare sau, după caz, de promovare în funcția publică pe o perioadă de la 1 la 3 ani; retrogradarea în funcția publică pe o perioadă de până la un an; destituirea din funcția publică), precum și în cazul în care sancțiunea disciplinară prevăzută la art. 77 alin. (3) lit. a) din același act normativ (muștrare scrisă) a fost contestată la conducătorul autorității sau instituției publice.

Sesizarea comisiei de disciplină. Comisia de disciplină poate fi sesizată de orice persoană care se consideră vătămată prin fapta unui funcționar public. Sesizarea se formulează în scris și trebuie să cuprindă următoarele elemente:

a) numele, prenumele, domiciliul sau, după caz, locul de muncă și funcția deținută de persoana care a formulat sesizarea ori denumirea și sediul persoanei juridice, precum și numele și funcția reprezentantului legal;

b) numele și prenumele funcționarului public a cărui faptă este sesizată ca abatere disciplinară și denumirea autorității sau a instituției publice în care își desfășoară activitatea;

c) descrierea faptei care constituie obiectul sesizării și data săvârșirii acesteia;

d) prezentarea dovezilor pe care se sprijină sesizarea;

e) adresa de corespondență, dacă este alta decât cea prevăzută la lit. a);

f) data;

g) semnătura.

Sesizarea se depune în termen de maximum 1 an și 6 luni de la data săvârșirii faptei sesizate ca abatere disciplinară și trebuie însoțită, atunci când este posibil, de înscrisurile care o susțin.

Sesizarea se depune la registratura autorității sau instituției publice în cadrul căreia funcționarul public își desfășoară activitatea, respectiv la registratura autorității ori instituției publice la nivelul căreia este constituită comisia de disciplină competentă potrivit prezentei hotărâri. Sesizarea se transmite secretarului comisiei de disciplină în termen de maximum 3 zile lucrătoare.

Activitatea comisiei de disciplină. Președintele comisiei de disciplină va fixa cu celeritate termenul primei ședințe a comisiei de disciplină și va dispune, prin adresă, convocarea membrilor.

Prima ședință a comisiei de disciplină se desfășoară pentru:

- a) verificarea respectării termenului de depunere a sesizării;
- b) identificarea obiectului sesizării și stabilirea competenței de soluționare;
- c) verificarea elementelor constitutive ale sesizării.

Sesizarea se clasează, întocmindu-se în acest sens un raport, dacă:

- a) nu a fost depusă în termen de maximum 1 an și 6 luni de la data săvârșirii faptei;
- b) nu conține elementele constitutive prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a)-c) și f)-g) din H.G. nr. 1344/2008 sau funcționarul public nu poate fi identificat pe baza elementelor furnizate;

c) privește același funcționar public și aceeași faptă săvârșită în aceleași circumstanțe pentru care s-a desfășurat procedura de cercetare administrativă și s-a propus aplicarea unei sancțiuni disciplinare sau clasarea sesizării.

În situația în care obiectul sesizării nu se circumscrie sferei legale de competență a comisiei de disciplină, aceasta transmite sesizarea comisiei de disciplină competente și comunică persoanei care a formulat sesizarea declinarea competenței. Comunicarea se face printr-o adresă semnată de președinte și de ceilalți membri ai comisiei de disciplină, precum și de secretarul acesteia.

Dacă există mai multe sesizări cu același obiect, împotriva aceluiași funcționar public, acestea se conexează.

Președintele comisiei de disciplină stabilește data și locul desfășurării următoarei ședințe și dispune convocarea membrilor, a funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată, precum și a persoanei care a formulat sesizarea.

Procedura cercetării administrative constă în:

a) audierea persoanei care a formulat sesizarea și a funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară, a altor persoane care pot oferi informații cu privire la soluționarea cazului sau a persoanelor desemnate să efectueze cercetarea disciplinară;

b) administrarea probelor propuse de părți, precum și, dacă este cazul, a celor solicitate de comisia de disciplină;

c) dezbaterile cazului.

Pe parcursul cercetării administrative, ședințele comisiei de disciplină, respectiv ședințele persoanelor desemnate să efectueze cercetarea administrativă în condițiile prevăzute la art. 31 sunt publice numai la solicitarea sau cu acordul scris al funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară.

Persoana care a formulat sesizarea și funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată pot participa la cercetarea administrativă personal sau pot fi asistate ori reprezentate de avocați, în condițiile prevăzute de lege.

Comisia de disciplină poate desemna 1 ori 2 membri sau, după caz, poate solicita compartimentului de control din autoritatea ori instituția publică în cadrul căreia funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară își desfășura activitatea la data săvârșirii faptei să efectueze cercetări administrative potrivit art. 30 alin. (2) lit. a) și b) din H.G. nr. 1344/2008 și să prezinte un raport care să cuprindă rezultatele activității de cercetare, precum și documentele care au stat la baza întocmirii raportului.

Solicitarea de efectuare a cercetării administrative se transmite compartimentului de control după aprobarea de către conducătorul autorității sau instituției publice în cadrul căreia funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară își desfășura activitatea la data săvârșirii faptei, sau, după caz, autorității sau instituției publice ierarhic superioare.

Lucrările fiecărei ședințe a comisiei de disciplină se consemnează într-un proces-verbal semnat de președintele și de ceilalți membri ai comisiei de disciplină, precum și de secretarul acesteia.

Convocarea membrilor comisiei de disciplină sau a persoanelor desemnate să efectueze cercetarea administrativă în condițiile prevăzute la art. 31 din H.G. nr. 1344/2008 se face prin adresă, de către secretarul comisiei de disciplină, la solicitarea președintelui acesteia.

Comunicarea adresei se face personal, cu semnătură de primire, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire sau prin poșta electronică. Dovezile de comunicare se depun la dosar.

Convocarea persoanelor care urmează a fi audiate, pentru prezentarea în fața comisiei de disciplină sau în fața persoanelor desemnate să efectueze cercetarea administrativă se face de către președintele comisiei de disciplină, prin citație.

Citația este individuală și cuprinde următoarele elemente constitutive, sub sancțiunea nulității:

- a) numărul de înregistrare și data emiterii;
- b) numele, prenumele, domiciliul sau sediul instituției unde își desfășoară activitatea și calitatea ori funcția celui citat;
- c) numărul și data înregistrării la comisia de disciplină a sesizării aflate pe rolul comisiei de disciplină;
- d) locul, data și ora organizării ședinței;
- e) numele, prenumele și semnătura președintelui comisiei de disciplină.

Comunicarea citației și a tuturor actelor de procedură se face de către secretarul comisiei de disciplină, personal, cu semnătură de primire, sau prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire. Dovezile de comunicare se depun la dosar.

Comunicarea citației și a tuturor actelor de procedură prin scrisoare recomandată se face la domiciliul sau reședința celui citat ori la adresa de corespondență. Schimbarea domiciliului uneia dintre părți în timpul cercetării administrative trebuie, sub sancțiunea neluării ei în seamă, să fie adusă la cunoștință comisiei de disciplină.

Dacă persoana citată refuză să primească citația sau să semneze dovada de primire se încheie un proces-verbal.

Citația se consideră comunicată părților și în cazul în care destinatarul a refuzat primirea sau nu s-a prezentat la oficiul poștal pentru a o ridica, deși există dovada avizării sale.

Citația, sub sancțiunea nulității, va fi comunicată celui citat cu cel puțin 5 zile lucrătoare înaintea termenului stabilit.

Prezența persoanei citate în fața comisiei de disciplină, personal sau prin mandatar, acoperă orice vicii de procedură.

Citația pentru audierea funcționarului public a cărui faptă face obiectul sesizării se comunică împreună cu un exemplar al sesizării, precum și cu copii ale înscrisurilor depuse de către persoana care a formulat sesizarea, dacă este cazul.

După primirea citației, a sesizării îndreptate împotriva sa și a înscrisurilor depuse de persoana care a formulat sesizarea, funcționarul public poate să formuleze o întâmpinare care să cuprindă răspunsul la toate capetele de fapt și de drept ale sesizării, precum și mijloacele de probă prin care înțelege să se apere.

Se consideră mijloace de probă, în înțelesul prezentei hotărâri, înscrisurile și martorii.

Persoana care a formulat sesizarea și funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată pot cere în scris ca procedura de cercetare administrativă să se desfășoare și în lipsă, pe baza actelor de la dosar, cu excepția termenelor stabilite pentru audiere.

Audierea. Persoana care a formulat sesizarea se audiază separat de funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară. La solicitarea uneia dintre părți și cu acordul celeilalte, audierea se poate realiza în prezența persoanei care a formulat sesizarea și a funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată.

Audierea se consemnează într-un proces verbal distinct, care conține întrebările formulate de membrii comisiei de disciplină sau de persoanele desemnate să efectueze cercetarea administrativă și răspunsurile persoanei audiate.

Procesele-verbale de audiere se semnează pe fiecare pagină de toate persoanele prezente la audieri. Adăugările, ștersăturile sau schimbările aduse se semnează în același mod, sub sancțiunea de a nu fi luate în seamă.

În timpul audierii persoana care a formulat sesizarea și funcționarul public a cărui faptă este cercetată au obligația de a propune mijloacele de probă pe care le consideră necesare.

Dacă persoanele audiate nu vor sau nu pot să semneze, se va menționa acest lucru în procesul-verbal.

Refuzul persoanelor legal citate de a se prezenta la audieri se menționează în procesul-verbal și nu împiedică desfășurarea cercetării administrative.

În procesul-verbal se stabilește în mod obligatoriu termenul până la care mijloacele de probă care nu au fost solicitate în timpul audierii vor mai putea fi invocate în fața comisiei de disciplină sau a persoanelor desemnate să efectueze cercetarea administrativă, dar nu mai târziu de termenul limită la care comisia de disciplină administrează probele.

Termenul precizat mai sus se comunică funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată, precum și persoanei care a formulat sesizarea.

Administrarea probelor. Mijloacele de probă care nu au fost solicitate în condițiile art. 39 din H.G. nr. 1344/2008 nu vor mai putea fi invocate în fața comisiei de disciplină sau a persoanelor desemnate să efectueze cercetarea administrativă.

Administrarea probelor presupune analizarea probelor propuse în timpul audierii de către persoana care a formulat sesizarea și de către funcționarul public a cărui faptă este cercetată, precum și a probelor pe care comisia de disciplină le consideră necesare.

Comisia de disciplină are obligația de a asigura accesul neîngrădit al persoanei care a formulat sesizarea și al funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată la documentele

utilizate în sau rezultate din activitatea comisiei de disciplină privind fapta sesizată ca abatere disciplinară.

Este discutabilă obligația comisiei de disciplină de a asigura accesul neîngrădit al persoanei care a formulat sesizarea la documentele utilizate sau rezultate din activitatea comisiei de disciplină, întrucât această imixțiune ne conduce cu gândul la un „tribunal al poporului”, ceea ce creează o presiune care poate afecta obiectivitatea comisiei de disciplină.

În cazul în care sunt indicii că funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară poate influența cercetarea administrativă, comisia de disciplină are obligația de a întocmi un raport de propunere de mutare temporară a acestuia în cadrul altui compartiment sau altei structuri a instituției ori autorității publice și/sau de interzicere a accesului acestuia la documentele care pot influența cercetarea sau, după caz, de suspendare a raportului de serviciu al acestuia.

Raportul se înaintează persoanei competente să aplice sancțiunea disciplinară funcționarului public a cărui faptă este cercetată, care are obligația de a înștiința comisia de disciplină, în termen de 10 zile de la data primirii raportului, asupra măsurilor dispuse.

În cazul în care sunt indicii că fapta săvârșită de funcționarul public poate angaja răspunderea civilă, contravențională sau penală, comisia de disciplină are obligația de a lua măsurile legale ce se impun în vederea sesizării organelor abilitate.

Dezbaterea cazului. Dezbaterea cazului se face de către comisia de disciplină pe baza:

- a) proceselor-verbale de ședință;
- b) proceselor-verbale de audiere a persoanei care a formulat sesizarea și a funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară;
- c) probelor administrate;
- d) raportului persoanelor desemnate să efectueze cercetarea administrativă, dacă s-a dispus efectuarea procedurilor de cercetare administrativă.

Comisia de disciplină poate să propună, în urma dezbaterii cazului:

- a) aplicarea uneia dintre sancțiunile disciplinare prevăzute la art. 77 alin. (3) lit. a)-e) din Legea nr. 188/1999, republicată, în cazul în care s-a dovedit săvârșirea unei abateri disciplinare;
- b) clasarea sesizării, atunci când nu se confirmă săvârșirea unei abateri disciplinare.

La individualizarea sancțiunii disciplinare aplicabile funcționarului public comisia de disciplină ține seama de:

- a) cauzele care au determinat săvârșirea abaterii disciplinare;
- b) împrejurările în care aceasta a fost săvârșită;

- c) gradul de vinovăție;
- d) gravitatea și consecințele abaterii disciplinare;
- e) conduita funcționarului public;

f) existența unor antecedente disciplinare ale funcționarului public, care nu au fost radiate în condițiile prevăzute de lege.

În situația în care, prin aceeași sesizare, se semnalează mai multe fapte ca abateri disciplinare săvârșite de același funcționar public, comisia de disciplină propune, în urma cercetării administrative, aplicarea unei singure sancțiuni disciplinare, cu luarea în considerare a tuturor abaterilor disciplinare.

În cazul în care comisia de disciplină propune aplicarea sancțiunilor disciplinare prevăzute la art. 77 alin. (3) lit. b)-d) din Legea nr. 188/1999, republicată, aceasta va propune și durata acestora și, după caz, procentul de diminuare a drepturilor salariale, respectiv treapta sau funcția pe care urmează a se aplica sancțiunea retrogradării.

Finalizarea procedurii de cercetare administrativă. Procedura de cercetare administrativă se finalizează:

- a) la închiderea dezbaterii cazului;
- b) în termen de 3 luni de la data încetării raporturilor de serviciu ale funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară, cu excepția situației prevăzute la lit. c), în măsura în care funcționarul public a cărui faptă a fost cercetată nu redobândește calitatea de funcționar public în această perioadă;
- c) la data decesului funcționarului public.

În situațiile prevăzute la lit. b) și c) sesizarea se clasează, întocmindu-se în acest sens un raport care se înaintează persoanei prin al cărei act administrativ s-a constituit comisia de disciplină și care se comunică persoanei care a formulat sesizarea.

În termen de 5 zile lucrătoare de la data finalizării procedurii cercetării administrative potrivit art. 48 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 1344/2008, comisia de disciplină întocmește un raport cu privire la sesizarea în cauză, care trebuie să conțină următoarele elemente:

- a) numărul și data de înregistrare ale sesizării;
- b) numele complet și funcția deținută de funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară, precum și compartimentul în care acesta își desfășoară activitatea;
- c) numele complet și domiciliul persoanei care a formulat sesizarea sau, după caz, locul de muncă și funcția deținută de aceasta;
- d) prezentarea pe scurt a faptei sesizate și a circumstanțelor în care a fost săvârșită;
- e) probele administrate;

f) propunerea privind sancțiunea disciplinară aplicabilă sau, după caz, propunerea de clasare a sesizării;

g) motivarea propunerii;

h) numele complet și semnăturile președintelui și ale celorlalți membri ai comisiei de disciplină, precum și ale secretarului acesteia;

i) data întocmirii raportului.

Propunerea privind sancțiunea disciplinară aplicabilă sau, după caz, propunerea de clasare a sesizării se formulează pe baza majorității de voturi. Membrul comisiei care are o altă părere va redacta și va semna opinia separată, cu prezentarea considerentelor pe care aceasta se sprijină.

Raportul comisiei de disciplină se aduce la cunoștința persoanei care are competența legală de aplicare a sancțiunii disciplinare, persoanei care a formulat sesizarea și funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată.

Aplicarea și contestarea sancțiunii disciplinare. Sancțiunea disciplinară se aplică în termen de 10 zile calendaristice de la data primirii raportului comisiei de disciplină, prin act administrativ de sancționare, de către persoana care are competența legală de a aplica sancțiunea disciplinară (conducătorul autorității publice care a emis și actul de numire în funcția publică).

În cazul în care persoana care are competența legală de a aplica sancțiunea disciplinară aplică o altă sancțiune decât cea propusă de comisia de disciplină, are obligația de a motiva această decizie.

Actul administrativ de sancționare va cuprinde în mod obligatoriu, sub sancțiunea nulității absolute:

a) descrierea faptei care constituie abatere disciplinară;

b) temeiul legal în baza căruia se aplică sancțiunea disciplinară;

c) motivul pentru care a fost aplicată o altă sancțiune decât cea propusă de comisia de disciplină;

d) termenul în care sancțiunea disciplinară poate fi contestată;

e) instanța competentă la care poate fi contestat actul administrativ prin care s-a dispus sancțiunea disciplinară.

La actul administrativ de sancționare se anexează raportul comisiei de disciplină, sub sancțiunea nulității absolute.

Actul administrativ de sancționare se comunică în termen de maximum 5 zile calendaristice de la expirarea termenului de 10 zile calendaristice de la data primirii raportului comisiei de disciplină:

a) compartimentelor cu atribuții în domeniul resurselor umane din cadrul instituției sau autorității publice în cadrul căreia își desfășoară activitatea funcționarul public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară;

b) comisiei de disciplină care a elaborat și transmis raportul;

c) funcționarului public a cărui faptă a fost sesizată ca abatere disciplinară;

d) persoanei care a formulat sesizarea.

Procedura contencioasă aplicabilă actului administrativ de sancționare.

Potrivit prevederilor art. 80 din Legea nr. 188/1999, republicată, și ale art. 51 din H.G. nr. 1344/2008 funcționarul public nemulțumit de sancțiunea disciplinară aplicată o poate contesta, în condițiile legii, la instanța de contencios administrativ competentă, solicitând anularea sau modificarea, după caz, a ordinului sau dispoziției de sancționare.

Cazierul administrativ.

Cazierul administrativ este un act care cuprinde sancțiunile disciplinare aplicate funcționarului public și care nu au fost radiate în condițiile legii.

Evidența situației disciplinare a funcționarului public se realizează de către Agenția Națională a Funcționarilor Publici care va elibera un cazier administrativ, conform bazei de date pe care o administrează.

Cazierul administrativ este necesar în următoarele cazuri:

a) desemnarea unui funcționar public ca membru în comisia de concurs pentru recrutarea funcționarilor publici;

b) desemnarea unui funcționar public în calitate de președinte și membru în comisia de disciplină;

c) desemnarea unui funcționar public ca membru în comisia paritară;

d) ocuparea unei funcții publice corespunzătoare categoriei înalților funcționari publici sau categoriei funcționarilor publici de conducere;

e) în orice alte situații prevăzute de lege.

Cazierul administrativ este eliberat la solicitarea:

a) funcționarului public interesat;

b) conducătorului autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea;

c) președintelui comisiei de disciplină;

d) altor persoane prevăzute de lege.

Prescripția sancțiunilor disciplinare.

Sancțiunile disciplinare se radiază de drept, după cum urmează:

a) în termen de 6 luni de la aplicare pentru mustrare scrisă;

b) în termen de un an de la expirarea termenului pentru care au fost aplicate în cazul următoarelor sancțiuni disciplinare : diminuarea drepturilor salariale cu 5-20% pe o perioadă de până la 3 luni; suspendarea dreptului de avansare în gradele de salarizare sau, după caz, de promovare în funcția publică pe o perioadă de la 1 la 3 ani; retrogradarea în funcția publică pe o perioadă de până la un an.

c) în termen de 7 ani de la aplicare în cazul destituirii din funcția publică.

Radierea sancțiunilor disciplinare prevăzute la lit. a) și b) se constată prin act administrativ al conducătorului autorității sau instituției publice.

Răspunderea disciplinară a personalului contractual din instituțiile și autoritățile publice.

Dacă în cazul funcționarilor publici normele aplicabile în materia răspunderii disciplinare sunt cele specifice funcției publice (Legea nr. 188/1999, republicată, cu modificările și completările ulterioare, H.G. nr. 1344/2008), răspunderea disciplinară a personalului contractual din instituțiile și autoritățile publice intră sub incidența prevederilor generale ale Codului muncii.

Prevederile Legii nr. 188/1999, republicată, cu modificările și completările ulterioare, așa cum am arătat anterior, nu se aplică „personalului contractual salariat din aparatul propriu al autorităților și instituțiilor publice, care desfășoară activități de secretariat, administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și de deservire, pază, precum și altor categorii de personal care nu exercită prerogative de putere publică. Persoanele care ocupă aceste funcții nu au calitatea de funcționar public și li se aplică legislația muncii” (art. 6 lit. a din lege).

Natura răspunderii disciplinare a personalului contractual.

În literatura de specialitate există opinia unanimă că răspunderea disciplinară este de natură contractuală: sursa răspunderii disciplinare este contractul de muncă și mai concret raportul de subordonare care ia naștere prin încheierea contractului de muncă, în temeiul căruia salariatul intră sub incidența autorității angajatorului.

Răspunderea disciplinară, formă a răspunderii juridice, specifică dreptului muncii, presupune activarea puterii de coerciție cu care este înzestrat (pe care o deține) angajatorul, în vederea restabilirii disciplinei muncii, prin aplicarea sancțiunilor și măsurilor disciplinare împotriva salariatului care a încălcat cu vinovăție normele legale, normele de conduită

profesională sau civică, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil (acordul colectiv în cazul instituțiilor și autorităților publice), ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici.

Normele de disciplină a muncii.

Normele de disciplină a muncii își au izvoarele în Codul muncii, contractul individual de muncă, acordul colectiv de muncă, regulamentul intern (care în opinia noastră este sau cel puțin ar trebui să fie o sursă importantă de norme specifice disciplinei muncii), ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici, normele de conduită profesională și civică (așa cum sunt ele reglementate de Codul de conduită al personalului contractual din autoritățile și instituțiile publice), precum și în alte acte normative specifice, aplicabile diverselor categorii de personal contractual din autoritățile și instituțiile publice.

Abaterea disciplinară. Art. 247 alin. 2 din Codul muncii - republicat definește abaterea disciplinară ca fiind o faptă în legătură cu munca, care constă într-o acțiune sau inacțiune săvârșită cu vinovăție de către salariat, prin care acesta a încălcat normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici.

Sanctiunile disciplinare. Potrivit art. 248 din Codul muncii- republicat sanctiunile disciplinare pe care le poate aplica angajatorul în cazul în care salariatul săvârșește o abatere disciplinară sunt: a) avertismentul scris; b) retrogradarea din funcție, cu acordarea salariului corespunzător funcției în care s-a dispus retrogradarea, pentru o durată ce nu poate depăși 60 de zile; c) reducerea salariului de bază pe o durată de 1-3 luni cu 5-10%; d) reducerea salariului de bază și/sau, după caz, și a indemnizației de conducere pe o perioadă de 1-3 luni cu 5-10%; e) desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă.

Procedura disciplinară.

Potrivit art. 40 alin. 1 din Codul muncii angajatorul are câteva drepturi esențiale, și anume: să stabilească organizarea și funcționarea unității; să stabilească atribuțiile corespunzătoare pentru fiecare salariat, în condițiile legii și/sau în condițiile contractului colectiv de muncă încheiat la nivel național sau la nivel de ramură de activitate aplicabil; să dea dispoziții cu caracter obligatoriu pentru salariat, sub rezerva legalității lor; să exercite controlul asupra modului de îndeplinire a sarcinilor de serviciu; să constate săvârșirea abaterilor disciplinare și să aplice sancțiunile corespunzătoare, potrivit legii, contractului colectiv de muncă aplicabil și regulamentului intern.

Ca un corolar al acestor drepturi, conf. art. 247 alin. 1 din Codul muncii- republicat, angajatorul dispune de prerogativă disciplinară, având dreptul de a aplica, potrivit legii,

sanțiuni disciplinare salariaților săi (inclusiv de a lua măsuri disciplinare - n. n.) ori de câte ori constată că aceștia au săvârșit o abatere disciplinară.

În consecință, orice demers disciplinar (sau cu alte cuvinte acțiunea disciplinară) poate fi efectuat doar având ca temei constatarea săvârșirii de către salariat a unei abateri disciplinare.

Orice persoană (inclusiv o persoană care nu este salariat al angajatorului) poate sesiza conducerea angajatorului, (sau conducătorul locului de muncă ori persoana împuternicită să efectueze cercetarea prealabilă care vor înștiința conducerea angajatorului) asupra săvârșirii de către un salariat a unei fapte contrare normelor legale, contractului individual de muncă, acordului colectiv de muncă, regulamentului intern sau ordinelor și dispozițiilor legale ale conducătorilor ierarhici, normelor de conduită civică și profesională.

Conducerea autorității publice, în baza sesizării sau a constatărilor proprii, poate iniția acțiunea disciplinară²⁵, înștiințând persoana împuternicită să efectueze cercetarea prealabilă sau comisia de disciplină, în vederea stabilirii de către aceasta a stării de fapt și de drept, prin constatarea săvârșirii, sau nu, de către salariat a unei abateri disciplinare.

În acest moment se inițiază cercetarea prealabilă, care poate fi efectuată doar de către persoana împuternicită în mod special în acest sens sau de către o comisie de disciplină (în cazul autorităților și instituțiilor publice este constituită, de regulă, o comisie de disciplină) urmând ca aceasta să convoace în scris salariatul pentru desfășurarea cercetării disciplinare prealabile. Comunicarea scrisă va trebui să conțină în mod obligatoriu obiectul cercetării disciplinare prealabile, data, ora și locul întrevederii.

Salariatul are dreptul, în timpul cercetării disciplinare prealabile, să formuleze și să susțină toate apărările în favoarea sa și să ofere persoanei împuternicite să realizeze cercetarea, toate probele și motivațiile pe care le consideră necesare, precum și dreptul să fie asistat, la cererea sa, de către un reprezentant al sindicatului al cărui membru este (art. 251 alin. 4 din Codul muncii- republicat). Cu toate acestea în literatura de specialitate s-a arătat că, acțiunea disciplinară nu are sens jurisdicțional (de judecare în contradictoriu a abaterii salariatului). Ea constituie o prerogativă a angajatorului care decurge din necesitatea conducerii și desfășurării normale a procesului de muncă” (Ștefănescu, 2003, p.651).

²⁵ În unele cazuri inițierea acțiunii disciplinare este obligatorie, cum ar fi spre exemplu: atunci când se constată săvârșirea de către salariat a unor abateri de la normele de securitate și sănătate în muncă, care creează o stare de pericol pentru sănătatea și integritatea corporală proprie sau a altor angajați în condițiile prevăzute de Legea 319/2006, privind securitatea și sănătatea în muncă sau potrivit altor legi speciale; săvârșirea de către salariat a unor acte de hărțuire sexuală interzise potrivit prevederilor Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, republicată.

În situația în care salariatul nu se prezintă, fără un motiv obiectiv, la convocarea în vederea efectuării cercetării disciplinare prealabile, angajatorul are dreptul să dispună sancționarea, fără efectuarea cercetării disciplinare prealabile. În literatura de specialitate se precizează că aceeași soluție se impune și atunci când salariatul dă curs convocării, dar refuză apărarea ori să scrie așa numita, „notă explicativă”, urmând să fie făcută dovada acestei situații cu un proces-verbal întocmit de cei împuterniciți să efectueze cercetarea. (Țiclea, 2007, pag. 777).

Aplicarea oricărei sancțiuni disciplinare, cu excepția avertismentului scris, fără efectuarea unei cercetări prealabile disciplinare, este lovită de nulitate absolută (art. 251 alin. 1 din Codul muncii- republicat).

Dacă în urma efectuării cercetării prealabile disciplinare se constată că salariatul supus procedurii a săvârșit o abatere disciplinară, angajatorul, prin organele sale de conducere competente dispune aplicarea sancțiunii disciplinare printr-o decizie emisă în formă scrisă.

La aplicarea, în concret, a unei anumite sancțiuni disciplinare (individualizarea sancțiunii), angajatorul va avea în vedere, în raport cu gravitatea abaterii disciplinare săvârșite de salariat, următoarele (art. 250 din Codul muncii- republicat): împrejurările în care fapta a fost săvârșită; gradul de vinovăție a salariatului; consecințele abaterii disciplinare; comportarea generală în serviciu a salariatului; eventualele sancțiuni disciplinare suferite anterior de către acesta.

Aplicarea sancțiunii disciplinare se poate dispune în termen de 30 de zile calendaristice de la data luării la cunoștință despre săvârșirea abaterii disciplinare, dar nu mai târziu de 6 luni de la data săvârșirii faptei. În intervalul acestor termene se efectuează cercetarea prealabilă și se emite decizia de sancționare disciplinară. În literatura de specialitate primul termen a fost calificat ca fiind un termen de prescripție, iar cel de-al doilea de decădere (Ștefănescu, 2003, p. 656)

Reabilitarea disciplinară.

Conform Codului muncii - republicat , sancțiunea disciplinară se radiază de drept în termen de 12 luni de la aplicare, dacă salariatului nu i se aplică o nouă sancțiune disciplinară în acest termen.

Radierea sancțiunilor disciplinare se constată prin decizie a angajatorului emisă în formă scrisă.

Se observă că pentru a se constata reabilitarea disciplinară a unui salariat, trebuie să fie întrunite următoarele condiții:

- să treacă 12 luni de la aplicarea sancțiunii;

- salariatul să nu primească o altă sancțiune disciplinară, în acest interval;

Constatarea se face de către angajator, prin emiterea unei decizii scrise (radierea intervenind de drept), care este un act simetric celui prin care a fost dispusă sancțiunea.

Dacă angajatorul refuză sau omite să emită decizia, cel în cauză poate sesiza instanța de judecată competentă să soluționeze conflictul de muncă.

Radierea sancțiunii disciplinare trebuie să fie evidențiată în dosarul personal al salariatului sancționat, unde se va regăsi decizia angajatorului sau, după caz, sentința judecătorească de constatare a radierii de drept a sancțiunii.

Procedura contencioasă aplicabilă în materia răspunderii disciplinare a personalului contractual.

În cazul personalului contractual din autoritățile și instituțiile publice nu există o procedură specifică, de sine stătătoare, similar cu cea aplicabilă funcționarilor publici (reglementată în detaliu de prevederile H.G. nr. 1344/2008), astfel că, în multe situații, în practica instituțională, sunt constituite comisii de disciplină diferite pentru cele două categorii de personal.

În ipoteza în care această procedură (și în general răspunderea disciplinară reglementată de Codul Muncii) s-ar aplica exclusiv personalului contractual auxiliar (care desfășoară activități de secretariat, administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și de deservire, pază, precum și altor categorii de personal care nu exercită prerogative de putere publică) am putea să acceptăm punerea în mișcare a unor mecanisme birocratice diferite în materia răspunderii disciplinare în raport cu cele aplicabile funcționarilor publici (de la stabilirea abaterilor disciplinare, la constituirea comisiei de disciplină, desfășurarea procedurii disciplinare și aplicarea sancțiunii disciplinare, căi de atac în justiție/procedura contencioasă aplicabilă). Însă, potrivit prevederilor art. 111 alin. 3 din Legea nr. 188/1999, republicată, cu modificările și completările ulterioare, care stabilesc că „Persoanele încadrate cu contract individual de muncă pe perioadă nedeterminată în posturi de natură contractuală care au fost stabilite și avizate ca funcții publice vor fi numite în funcții publice de execuție dacă îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 54 și condițiile de vechime în specialitatea studiilor corespunzătoare clasei și gradului profesional ale funcției publice” este recunoscută o categorie specifică de personal contractual care prezintă multe puncte de congruență cu funcția publică.

Este neîndoielnic că persoanele din această categorie de personal, încadrate pe bază de contract individual de muncă, ocupă posturi care au fost stabilite și avizate ca funcții publice, urmând ca în situația în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 54 (din Legea nr.

188/1999, republicată, cu modificările și completările ulterioare) și condițiile de vechime în specialitatea studiilor corespunzătoare clasei și gradului profesional ale funcției publice (corespondente) acestea să fie numite în funcții publice. În consecință, aceste posturi conțin prerogative de putere publică și nu sunt „simple” posturi de natură contractuală (a căror titulari desfășoară activități de secretariat, administrative, protocol, gospodărire, întreținere-reparații și de deservire, pază, precum și alte categorii de personal care nu exercită prerogative de putere publică). Astfel, această categorie de personal va fi supusă (involuntar, legal-art. 111 alin. 3 din Legea nr. 188/1999) unui regim juridic mixt, pe de o parte specific raporturilor de serviciu (funcției publice) în ceea ce privește tipul posturilor ocupate, posturi care au fost stabilite și avizate ca funcții publice, iar în ceea ce privește condițiile pe care trebuie să le îndeplinească pentru dobândirea calității de personal contractual numit în funcții publice de execuție, inclusiv cele referitoare la salarizare și vechimea în specialitatea studiilor corespunzătoare clasei și gradului profesional ale funcției publice vor fi aplicabile norme specifice personalului contractual, și, totodată, sunt incidente prevederile legislației muncii, fie completator, fie ca lege generală.

O greșeală comună de abordare se referă la calificarea raporturilor dintre autoritatea publică și „salariatul” său, ce se face prin raportare la situația personală a acestuia (îtrunește sau nu condițiile pentru ocuparea unei funcții publice) și la izvorul raporturilor sale juridice (de serviciu sau de muncă) și nu prin raportare la tipul și conținutul postului ocupat (atribuții, competențe/prerogative de putere publică).

Se poate discuta de o anumită precaritate a raporturilor de muncă (de serviciu) a acestei categorii de personal în ceea ce privește conținutul drepturilor acestora, de la încadrarea în muncă, la evoluția profesională, până la încetarea raporturilor de muncă. Spre exemplu, concedierile care au afectat autoritățile sau instituțiile publice începând cu anul 2009 au vizat cu prioritate personalul contractual, indiferent de tipul postului ocupat, de competența și pregătirea profesională a titularului postului.

În Franța, în materia funcției publice, există o discuție similară cu privire la precaritatea raporturilor de muncă a „agenților contractuali” sau non-titulari (în procent de 16,8 % din angajații sectorului public din Franța, aproximativ 891 000 persoane), motiv pentru care Parlamentul a adoptat în martie 2012 o lege care să limiteze recursul abuziv la contracte, să reducă precaritatea agenților contractuali, să amelioreze condițiile de muncă ale acestora și să combată orice formă de discriminare din cadrul funcției publice.

Soluționarea litigiilor de muncă, izvorâte din raporturile de muncă ale personalului contractual (inclusiv cele referitoare la aplicarea sancțiunilor disciplinare), sunt de competența

tribunalului , în secții și complete specializate în cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale ²⁶.

Propuneri de modificare și simplificare a procedurilor contencioase (interne și judiciare) aplicabile raporturilor de muncă/serviciu a personalului contractual sau a funcționarilor publici.

Întrucât linia de demarcație între cele două categorii de personal este uneori suficient de laxă, pentru a stabili cu certitudine legea aplicabilă raporturilor de muncă, se impune, de lege ferenda, adoptarea unor proceduri administrative interne comune pentru ambele categorii de personal (indiferent de sursa raportului juridic cu autoritatea sau instituția publică: act administrativ/raporturi de serviciu-funcționarii publici; contract individual de muncă/raporturi de muncă-personalul contractual) în scopul de a degreva autoritățile sau instituțiile publice de proceduri și mecanisme interne multiple și complicate. Trebuie analizată posibilitatea unei abordări generale diferite și din perspectiva normelor incidente în domeniul funcției publice și asupra raporturilor de muncă ale personalului contractual (din autoritățile și instituțiile publice) De lege lata, în unele situații aceste categorii sunt tratate identic:

- acordurile colective încheiate cu autoritatea publică se referă atât la funcționarii publici, cât și la personalul contractual;
- există două coduri de conduită, unul aplicabil funcționarilor publici (Legea nr. 7/2004), altul personalului contractual (Legea nr. 477/2004), al căror conținut este similar (identic în multe puncte), etc.

Identic, pentru aceleași rațiuni, se impune adoptarea unor proceduri contencioase (judiciare) comune pentru litigiile dintre autoritățile și instituțiile publice și personalul acestora, cu luarea în considerare a specificului raportului juridic dedus judecății, pentru a evita eventualele conflicte de competență și a asigura o practică unitară în această materie, instanțele de judecată fiind și ele confuze în aplicarea normelor incidente în materie și bulversate de practica instituțională.

În continuare prezentăm câteva exemple în acest sens.

Curtea de apel Timișoara, Secția litigii de muncă și asigurări sociale, a soluționat prin Decizia civilă nr. 1715 din 5 august 2011 recursul formulat de reclamantul A.D. împotriva pârâtului Orașul Chișineu Criș, prin Primar, cu toate că reclamantul avea funcția de agent comunitar, încadrat conform Dispoziției nr.367/21.06.2010 (act administrativ). Tribunalul Arad a procedat identic, fără a stabili izvorul raporturilor juridice ale reclamantului cu

²⁶ La Tribunalul Cluj funcționează „Secția mixtă de contencios administrativ, conflicte de muncă și asigurări sociale”, însă la Curtea de Apel nu este organizată o asemenea secție mixtă.

autoritatea publică (contract de muncă sau act administrativ). instanța competentă într-o asemenea situație este cea de contencios administrativ (dacă agentul comunitar este funcționar public, dispoziția primarului fiind un act administrativ).

Chiar Î.C.C.J., secția civilă, a fost confuză în aplicarea coerentă a normelor incidente în materia raporturilor de serviciu a funcționarilor publici, întrucât prin decizia nr. 5149 din 9 septembrie 2004 a statuat că „În cazul funcționarilor publici, prin excepție, Legea nr. 188/1999 prevede competența funcțională a instanței de contencios administrativ. Această competență nu este însă atribuită în plenitudine de jurisdicție, printr-o normă generală, ci limitativ, prin norme speciale, pentru conflictele de muncă având ca obiect contestarea sancțiunii disciplinare (art.68), a ordinului sau dispoziției de imputare (art.73 alin. 2) ori a actului administrativ prin care s-a dispus încetarea raportului de serviciu (art.89 alin.1). Orice alte litigii ce constituie conflicte de muncă (în înțelesul art. 281 din C. muncii) sunt de competența instanțelor prevăzute de art.284 alin. (1) din C. muncii, iar nu a instanțelor de contencios” argumentarea fiind contestabilă în măsura în care izvorul raporturilor de serviciu este actul administrativ de numire în funcția publică și nu contractul individual de muncă .

În prezent prevederile art. 109 din Legea nr. 188/1999, republicată, sunt clarificatoare : „Cauzele care au ca obiect raportul de serviciu al funcționarului public sunt de competența instanțelor de contencios administrativ, cu excepția situațiilor pentru care este stabilită expres prin lege competența altor instanțe”.

III. Proceduri administrative și jurisdicționale de anulare/revocare a actelor administrative

III.1. Procedura recursului administrativ prealabil (tipuri, termene, soluționare)

III.1.1. Sediul materiei. Sediul materiei pentru recursul administrativ prealabil sesizării instanței de contencios administrativ se află în art.7 din Legea nr.554/2004, coroborat cu Ordonanța Guvernului nr.27/2002 privind petițiile.

Astfel, art.7 din legea contenciosului administrativ prevede, sub titlul ”procedura prealabilă”, că “înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, persoana care se consideră vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim, printr-un act administrativ unilateral, trebuie să solicite autorității publice emitente, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea, în tot sau în parte, a acestuia. Plângerea se poate adresa în egală măsură organului ierarhic superior, dacă acesta există. Este îndreptățită să introducă plângere prealabilă și persoana vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim, printr-un act administrativ cu caracter individual, adresat altui subiect de drept, din momentul în care a luat cunoștință, pe orice cale, de existența acestuia, în limitele termenului de 6 luni. Plângerea prealabilă în cazul actelor administrative unilaterale se poate introduce, pentru motive temeinice, și peste termenul de 30 de zile, dar nu mai târziu de 6 luni de la data emiterii actului. Termenul de 6 luni este termen de prescripție”.

În continuare, textul exclude anumite autorități publice de la obligativitatea efectuării procedurii prealabile (prefectul, Agenția Națională a Funcționarilor Publici, Avocatul poporului, Ministerul public), și, de asemenea, scutește acțiunea contra ordonanțelor guvernamentale de această procedură. În fine, se mai precizează că plângerea prealabilă în cazul acțiunilor care au ca obiect contractele administrative are semnificația concilierii în cazul litigiilor comerciale, dispozițiile din Codul de procedură civilă fiind aplicabile în mod corespunzător.

III.1.2. Teoria generală a recursului administrativ.

În raporturile lor cu administrația, persoanele particulare dispun de două categorii de mijloace pentru a se plânga împotriva actelor ce le vatămă drepturile sau interesele: recursul administrativ și recursul jurisdicțional (sau acțiunea de contencios administrativ) (Rarincescu, 1936, p.106).

Recursul administrativ este cererea adresată unei autorități administrative prin care particularul solicită luarea unor măsuri administrative cu privire la actul vătămător: anularea, modificarea sau emiterea unui act atunci când acest lucru a fost refuzat de administrație. *Recursul jurisdicțional* (acțiunea de contencios administrativ) este o cale de atac prin a cărei exercitare particularul duce conflictul său cu administrația în fața unei instanțe judecătorești de drept comun sau a unui tribunal administrativ, așadar a unui judecător.

În principiu, cele două mijloace juridice enunțate mai sus sunt independente, însă în unele cazuri legea condiționează exercitarea recursului jurisdicțional de exercitarea în prealabil a recursului administrativ sau conferă recursului administrativ, dacă este efectuat, efecte juridice în planul recursului jurisdicțional. În acest fel ia naștere *recursul administrativ prealabil sesizării instanței de contencios administrativ*.

Recursul administrativ *presupune existența prealabilă a unui act administrativ sau a unui fapt administrativ asimilat actului administrativ* (Rarincescu, 1936, pp.106-108); simpla cerere adresată administrației pentru eliberarea, spre exemplu, a unei autorizații nu poate fi considerată recurs administrativ. Doar în cazul *refuzului* de eliberare a autorizației sau a *lipsei unui răspuns* la cerere în termenul legal, atitudinea administrației dă naștere unei contestații care poate forma obiectul unui recurs administrativ. Particularul poate fi însă vătămât și printr-o *operațiune administrativă*, nu numai printr-un act administrativ, ca în cazul recursului jurisdicțional.

Sintagmele “procedură administrativă prealabilă”, “plângere prealabilă”, “procedură precontencioasă”, “recurs administrativ prealabil” , “recurs administrativ precontencios”, “procedură premergătoare acțiunii de contencios administrativ” se referă, indiferent de formularea uzitată, la *recursul administrativ* pe care particularii lezați în drepturile lor prin acțiunea sau inacțiunea unei autorități administrative sunt obligați sau au facultatea să-l exercite în fața autorității emitente sau a celei superioare acesteia, înainte de a promova o acțiune de contencios administrativ (Deleanu, 1998, p.334).

Conotația termenului de “recurs” în dreptul administrativ diferă de cea din dreptul procesual civil, unde este privit ca fiind “calea ordinară de atac prin care se cere unei instanțe judecătorești superioare modificarea unei hotărâri nelegale ori netemeinice, pronunțate de o instanță inferioară, sau casarea (desființarea) ei în vederea rejudecării” (Stoenescu, Zilberstein, 1993, p.20).

Dimpotrivă, știința dreptului administrativ definește “recursul” ca fiind “calea de atac sau mijlocul procedural care creează posibilitatea remedierii încălcărilor drepturilor subiective

și a intereselor legitime în urma unor vătămări cauzate de către organele administrației de stat” (Iorgovan, 1996, p.386).

2. Fundamentul juridic al recursului administrativ se găsește în dreptul de petiționare al cetățenilor (Auby, Fromont, 1971, p.216; Isaac, 1968, p.619). De asemenea, fundamentul juridic al recursului administrativ se găsește și în principiul de drept administrativ al revocării actelor administrative (Rarincescu, 1936, p.118).

Recursul administrativ, chiar dacă se întemeiază pe dreptul de petiționare, nu se confundă cu simplele *cereri* adresate administrației, fundamentate și ele pe dreptul de petiționare (Dupuis, Guédon, Chrétien, 1999, p.42). În cazul recursului administrativ ne aflăm în prezența unui *litigiu*, în care *se contestă* o decizie explicită sau implicită a organului administrativ. Simplele cereri nu presupun existența unui litigiu (Auby, Fromont, 1971, p.215; Chevallier, 1970, p.34). Însă, provocând administrația să răspundă, simplele cereri vor sta la baza deciziei explicite sau implicite care va fi atacată cu recurs administrativ. Recursul administrativ poate fi condiționat de lege, într-un fel sau altul, prin termene de intentare, prin condiții referitoare la petiționar, sau poate fi redus – în privința obiectului său - doar la aspecte de legalitate a actului administrativ. El poate fi *facultativ* sau *obligatoriu*.

3. Recurs grațios, recurs ierarhic, recurs de tutelă. În cazul în care persoana fizică sau juridică adresează o cerere de revocare organului emitent al actului administrativ, ne aflăm în prezența *recursului grațios*. În unele cazuri recursul grațios este singurul posibil, deoarece autoritatea administrativă constituie “ultima treaptă a ierarhiei administrative” (Rarincescu, 1936, p.109).

Dacă cererea de revocare sau anulare a actului administrativ este adresată organului ierarhic superior celui care a emis acel act, este vorba de *recurs ierarhic*. Dacă, dimpotrivă, cererea este adresată unui organ cu atribuții de control într-un anumit domeniu, dar care nu este, în ierarhia administrativă, superiorul ierarhic al organului controlat, ne aflăm în prezența *recursului ierarhic impropriu* (Auby, Fromont, 1971, p.218; Rivero, Waline, 2000, p.206).

O altă formă de recurs administrativ este *recursul de tutelă*. Acesta se adresează autorității administrative însărcinate cu controlul deciziilor administrației publice descentralizate (de regulă prefectul), care însă are dreptul de a hotărî liber declanșarea controlului de tutelă (Chapus, 1999, p.581; Darcy, Paillet, 2000, p.20). Tutela administrativă are două forme: prima, mai dură, dă dreptul autorității de tutelă să anuleze, aprobe, autorizeze actul administrativ emis de o autoritate descentralizată, pe când forma moderată conferă autorității de tutelă doar dreptul de sesizare a unei jurisdicții administrative în vederea anulării acelui act administrativ (Van Lang, Gondouin, Inseguet-Brisset, 1999, p.282).

4. Relația recurs administrativ – recurs jurisdicțional. *Recursul administrativ* are un regim juridic distinct și nu poate fi confundat cu *recursul jurisdicțional (contencios)*. Sisteme de soluționare a litigiilor administrative în principiu separate și independente, primul se adresează administrației active, pe când al doilea este adresat instanțelor judecătorești (Auby, Fromont, 1971, p.215 ; Darcy, Paillet, 2000, p.22; Rivero, Waline, 2000, p.206).

Problema care s-a pus în doctrina dreptului comparat este dacă în recurs se poate decide în defavoarea celui interesat, adică *minus petita*. Astfel, recursul poate fi considerat *subiectiv*, autoritatea emitentă sau superioară fiind ținută să răspundă petentului în limitele cererii sale, sau aceasta se poate considera sesizată doar în vederea aprecierii legalității *obiective* a actului atacat, caz în care actul va fi analizat în ansamblu? În legătură cu prima ipoteză, evident că reclamantului nu-i convine ca o cale de atac prevăzută pentru apărarea drepturilor sale să se întoarcă împotriva sa, agravându-i situația. Semnificația celei de-a doua ipoteze este aceea că cererea particularului declanșează doar controlul, nu-i stabilește limitele. Organul de recurs poate însă statua fără restricții *ultra petita*, adică să acorde reclamantului mai mult decât a cerut.

5. Justificarea teoretico-practică a recursului administrativ în general și a celui prealabil sesizării instanței de contencios administrativ în special.

Recursul administrativ prealabil a fost justificat în literatura de specialitate având în vedere mai multe aspecte și din mai multe puncte de vedere.

În primul rând, s-a subliniat că instituirea procedurii prealabile administrative are un dublu scop. Din punctul de vedere al administrației, se dă posibilitatea organului emitent sau celui ierarhic superior să-și repare ele însele eventualele greșeli, asigurându-se astfel “o cale mai rapidă de restabilire a legalității” (Iorgovan, 1996, p.453). Știind că cetățenii au dreptul de a se adresa justiției pentru salvagardarea drepturilor subiective, funcționarii vor examina cu mai multă atenție și grijă reclamațiile acestora (Dupuis, Guédon, Chrétien, 1999, p.57).

În același timp, recursul prealabil are ca scop și protecția particularului, el având posibilitatea de a obține anularea actului sau emiterea lui “printr-o procedură administrativă (...) simplă, rapidă și scutită de taxa de timbru” (Preda, 1996, p.169; T. Drăganu, 1992, p.156). Pe de altă parte, dacă administrația răspunde negativ la recurs, susținerile particularului fiind considerate neîntemeiate, acesta va avea posibilitatea să-și evalueze obiectiv șansele de a câștiga procesul și va putea opta în cunoștință de cauză pentru această cale de drept.

La cele două scopuri expuse mai sus, protecția administrației respectiv a particularului, adăugăm încă unul, de asemenea relevant de doctrina de specialitate: degrevarea instanțelor

judecătorești de contencios administrativ de acele litigii care pot fi soluționate pe cale administrativă (Gherghinescu, 1969, p.97).

Doctrina germană legitimează recursul administrativ prealabil obligatoriu sub două aspecte: el evită, pe cât posibil, procesul, iar în cazul în care procesul este inevitabil, obligă părțile să definească cu precizie obiectul acestuia, astfel încât particularul va ști exact care sunt apărările administratorului, iar acesta din urmă va analiza actul emis anterior și va hotărî dacă poate să-i apere legalitatea în instanță.

Avantajul evident și de necontestat al recursului prealabil este acela că reclamantul are dreptul de a invoca, iar autoritatea publică de a aprecia, alături de motivele de *ilegalitate* ale actului administrativ, motive de *inoportunitate* ale acestuia, pe când în fața instanței de contencios administrativ se pot invoca doar motive de ilegalitate a actului (Rarincescu, 1936, p.109; Drăganu, 1992, p.157). Această posibilitate este recunoscută atât autorității emitente a actului, cât și autorității ierarhic superioare acesteia, fiind de principiu abordarea, în cadrul controlului administrativ, atât a aspectelor de legalitate cât și a celor de oportunitate (Petrescu, 2004, p.50).

Recursul administrativ prealabil nu este însă la adăpost de critici. Mai mult, există opinii în conformitate cu care această cale de atac este anacronică, inutilă și chiar obstrucționistă, în totalitatea ei sau numai în parte.

În literatura de specialitate s-a fundamentat teza conform căreia recursul prealabil în cazul atacării refuzului sau tăcerii administrative nu mai este necesar. Astfel, s-a afirmat că în situația refuzului și a tăcerii administrative, organul administrativ a fost sesizat o dată, prin cererea inițială, a a cărei rezolvare a fost refuzată explicit sau implicit, prin urmare o nouă sesizare este inutilă (Stoenescu, Zilberstein, 1993, p.453). Prin recursul administrativ, “petiționarul se expune aceleiași atitudini negative sau de indiferență” (Iorgovan, Moraru, Mustățea, 1985, p.213; Ionescu, 1970, p.374).

Mai mult, procedura prealabilă nu numai că întârzie restabilirea legalității de către instanțele judecătorești, dar dă naștere la unele complicații și dificultăți în aplicare (Iorgovan, Moraru, Mustățea, 1985, p.213; Ciobanu, 1992, p.26).

Potrivit Legii nr. 29/1990, în toate cazurile în care se intenta o acțiune în contencios administrativ trebuia efectuată procedura prealabilă. Unii autori și-au exprimat nedumerirea față de această soluție, arătând că “este nepotrivit ca în cazurile în care administrația refuză să satisfacă cererea referitoare la un drept recunoscut de lege sau nici măcar nu răspunde, să fii obligat să te adresezi autorității respective, expunându-te aceleiași atitudini. În asemenea

situații, procedura administrativă prealabilă nu face decât să prelungească abuzul autorității administrative” (Ciobanu, 1992, p.107, Iorgovan, 1996, p.592; Deleanu, 1997, p.289).

Se mai susține că inutilitatea procedurii prealabile este determinată și de existența principiului revocării actelor administrative. Astfel, organul emitent sau cel ierarhic superior pot revoca actul ilegal oricând, din oficiu, nu numai la sesizare. De asemenea, nu trebuie uitat că, deoarece recursul grațios, fiind un autocontrol al administrației, determină o judecată în propria cauză (Drăganu, 1992, p.156): acesta poate păcătui prin subiectivism, acest lucru întâmplându-se, de fapt, în majoritatea cazurilor.

Recursul ierarhic, deopotrivă, suferă de același neajuns, întrucât superiorul ierarhic va fi mai degrabă tentat să apere structurile administrației și să-și acopere subalternul, decât să dea satisfacție particularului (Rarincescu, 1936, p.110). Pe de altă parte însă, această atitudine subiectivă comportă riscul ca, în cazul pierderii procesului, superiorul ierarhic să fie considerat răspunzător alături de subalternul său și obligat la plata unor daune.

6. Recursul administrativ prealabil sesizării instanței de contencios administrativ în reglementarea actuală.

Legea nr.554/2004 reglementează, în tradiția legislației românești, recursul administrativ prealabil obligatoriu, soluție aparent lăudabilă, însă ulterior, analizând alte dispoziții ale legii și mai ales modul de reglementare al instituției revocării, se poate observa că eficiența recursului administrativ este periclitată.

Astfel, analizând textul legal, considerăm că trăsăturile caracteristice ale recursului administrativ prealabil sunt următoarele:

a) recursul administrativ poate fi *grațios* (adresat autorității emitente a actului administrativ) sau *ierarhic* (adresat autorității superioare ierarhic, atunci când aceasta există²⁷).

Dacă sunt sesizate, *concomitent sau succesiv, ambele* autorități, iar acestea nu-și coordonează răspunsul, soluția favorabilă petiționarului (anularea sau revocarea actului) se va impune în fața celei de soluționare negativă (refuzul explicit sau implicit de revocare), indiferent dacă ea vine de la organul superior sau de la cel emitent, și indiferent de succesiunea răspunsurilor. *Termenul de sesizare a instanței* va începe însă în momentul primirii primului răspuns sau expirării primului termen de răspuns.

Trebuie precizat aici că organul ierarhic superior nu se poate dezinvesti de soluționarea recursului ierarhic, pe motivul că a fost introdus și recurs grațios, deoarece

²⁷ Spre exemplu, în cazul primarului, nu există autoritate superioară în ceea ce privește atribuțiile de autoritate locală autonomă.

scopul celor două recursuri este relativ diferit, la fel și controlul declanșat prin ele (ierarhic, respectiv intern), prin urmare fiecare autoritate este obligată să răspundă.

Credem însă că recursul ierarhic poate fi exercitat, în lipsa unei prevederi contrare, *omisso medio*, adică nu la autoritatea imediat superioară, ci la cea aflată pe un palier mai înalt în ierarhia administrativă.

Rămâne însă întrebarea dacă autoritatea publică superioară poate *anula* actul emis de o autoritate inferioară? Considerăm că anularea este posibilă în principiu, pe baza reglementărilor care guvernează funcționarea celor două instituții, însă superiorul ierarhic nu va putea emite un alt act administrativ decât dacă atribuția nu este exclusiv prevăzută în competența emitentului. În acest caz, autoritatea ierarhic superioară va emite un act de obligare a emitentului la înlocuirea actului anulat cu unul legal. Emitentul poate însă contesta acest ordin pe calea contenciosului administrativ, deoarece acum actele de control ierarhic nu mai sunt exceptate de la controlul direct în contencios administrativ.

b) *obligativitatea* recursului administrativ prealabil este impusă de lege numai în cazul acțiunilor în *anularea unui act administrativ*, nu și în cazul acțiunilor întemeiate pe tăcerea administrației sau pe refuzul nejustificat de rezolvare a cererii. În aceste ultime cazuri, justificarea inutilității recursului prealabil constă în aceea că persoana fizică sau juridică nu mai trebuie supusă încă o dată unui refuz din partea administrației, prin urmare poate intenta direct acțiunea în fața instanței de contencios administrativ.

c) de asemenea, recursul prealabil este *obligatoriu* numai în cazul acțiunilor exercitate de *persoanele fizice sau juridice*, vătămate în drepturile sau interesele lor legitime prin acte administrative, *nu* și a acțiunilor exercitate în temeiul unei legitimări procesuale active speciale (prefectul, Agenția Națională a Funcționarilor Publici, Ministerul public, Avocatul poporului), a acțiunilor contra ordonanțelor guvernamentale, precum și în cazul excepției de ilegalitate (art.7 alin.5).

Dacă în cazul acțiunii vizând ordonanțele guvernamentale și a excepției de ilegalitate acceptăm faptul că recursul administrativ prealabil nu se justifică, deoarece este vorba de o problemă de neconstituționalitate, respectiv din rațiuni de celeritate a actului de justiție, iar Avocatului poporului intențează acțiunea după ce procedurile specifice de conciliere nu au dat rezultate, nu putem accepta ideea exceptării autorităților publice (Ministerul public, Prefectul, Agenția Națională a Funcționarilor Publici) de la obligativitatea recursului administrativ prealabil, considerând soluția legală ca fiind extrem de criticabilă și neavenită.

Astfel, nu vedem de ce Ministerul public, Prefectul sau Agenția Națională a Funcționarilor Publici nu pot încerca soluționarea pe cale amiabilă a conflictului juridic,

aceasta fiind de fapt menirea procedurii prealabile administrative? Practica administrativă ne arată, în cazul Prefectului sau a Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, o receptivitate destul de mare a autorităților publice la solicitările de revocare a unor acte administrative ilegale, prin urmare recursul administrativ, cel puțin în aceste cazuri, își face din plin datoria.

De altfel, am arătat deja că în cazul prefectului, recursul administrativ prevăzut de Legea nr.340/2004 este în continuare obligatoriu, în considerarea faptului că este o lege specială față de Legea nr.554/2004.

Singurul efect al dispoziției art.7 alin.5 asupra legislației preexistente privește caracterul facultativ al procedurii prealabile în cazul Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, care, înainte, era ținută să efectueze procedura prealabilă prevăzută de Legea nr.29/1990.

d) termenul de introducere a recursului administrativ este de *30 de zile* de la *comunicarea* actului administrativ *individual*. Momentul concret luat în calcul pentru curgerea termenului trebuie să fie cel al *luării la cunoștință efectivă* a actului, ori a prezumării luării la cunoștință, nu cel al expedierii acelui act prin poștă, instanțele judecătorești solicitând dovada expedierii comunicării, pentru a putea prezuma luarea la cunoștință (Tribunalul București, secția de contencios administrativ, sentința nr.302/1992, în Lupașcu, Sandu, Pasăre, Muha, 1999, p.39). Pe de altă parte, simpla luare la cunoștință de către cel interesat, în orice mod, despre emiterea și conținutul actului, de la funcționari publici sau într-o audiență, nu este suficientă pentru a determina curgerea termenului, dacă actul nu a fost comunicat formal celui interesat (Iovănaș, 1997, p.139). De asemenea, Curtea Supremă de Justiție a decis, în temeiul vechii legi, că nu pot fi aplicate la calcularea termenului pentru recursul grațios, prin analogie, dispozițiile art.284 C. pr. civ., privind data de la care se socotește comunicată hotărârea pentru partea care face apel înainte de comunicare (Curtea Supremă de Justiție, s. cont. adm, dec. nr. 749/1996, în Mrejeru, 1999, p.77).

Natura juridică a termenului *pare a fi* aceea de termen de *recomandare* (Iorgovan, 2004, p.314). Concluzionăm astfel, deoarece acest termen este dublat de termenul de *6 luni*, calculat de la *emiterea* actului administrativ²⁸, calificat expres de lege ca fiind termen de *prescripție*.

Legiuitorul a complicat însă destul de mult situația, plasând în mâinile autorității publice emitente sau ierarhic superioare *puterea discreționară de a aprecia temeinicia motivelor invocate* de persoana fizică sau juridică în justificarea depășirii termenului de 30 de

²⁸ Data emiterii actului administrativ este cuprinsă în antetul acestuia, alături de numărul actului, pe când cea de comunicare rezultă de pe confirmarea de primire a actului sau din alte dovezi aduse în sprijinul acestei aserțiuni, atunci când nu există confirmare de primire.

zile. Astfel, tendința evidentă a autorității publice va fi aceea de a considera motivele pentru care termenul a fost depășit ca fiind netemeinice, și recursul administrativ inadmisibil, cu efectul imediat al inadmisibilității acțiunii în justiție; corelativul ne este oferit însă de *acțiunea pentru exces de putere*, care este menită a contracara tocmai astfel de atitudini, și de a proteja drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor, în cazul de față dreptul la acces în justiție. Prin urmare, odată cu acțiunea în *anularea* actului administrativ, persoană fizică sau juridică va introduce și o acțiune vizând *excesul de putere* al autorității publice în aprecierea motivelor invocate pentru justificarea depășirii termenului de recurs administrativ, urmând ca instanța de contencios administrativ să judece mai întâi acțiunea vizând temeinicia motivelor de depășire, și numai apoi, în caz de admiterea a acestei acțiuni, să soluționeze acțiunea în anularea actului administrativ. Operațiunea de calificare a motivelor ca “netemeinice” de către autoritatea publică este supusă cenzurii ulterioare a instanței de contencios administrativ, prin urmare practica judiciară va avea un rol covârșitor în identificarea “motivelor temeinice”. Criteriul care ar trebui avut în vedere aici este cel stabilit de C.pr.civ. pentru *repunerea în termen* (art.103): *împrejurări mai presus de voința persoanei*, fiind relevantă și practica judiciară în materie. Curtea Supremă de Justiție, secția de contencios administrativ, prin decizia nr. 2689 din 25 septembrie 2002 a precizat că simplul fapt că funcționarul public a fost în concediu medical nu constituie o împrejurare mai presus de voința sa care să justifice, în baza art. 103 C. proc. civ., repunerea în termen. Poate fi însă considerat motiv temeinic pentru depășirea termenului împrejurarea lipsei din țară a persoanei fizice destinate a actului administrativ, atunci când actul a fost comunicat prin afișare pe ușa locuinței.

Revenind la *natura juridică* a termenului de 30 de zile, în lumina aspectelor relevate mai sus, putem afirma că depășirea sa, fără motive întemeiate, are ca efect atât inadmisibilitatea recursului administrativ, cât și a acțiunii în fața instanței de contencios administrativ, prin urmare nu este un termen de recomandare fără efecte juridice.

Momentul la care *recursul grațios se consideră introdus* este cel al expedierii prin poștă, al primirii mesajului de poștă electronică (e-mail)²⁹, al înregistrării direct la sediul autorității publice, respectiv al consemnării în scris a reclamației verbale. Curtea Supremă de Justiție, secția de contencios administrativ, prin decizia nr.1434/2000, s-a exprimat în sensul

²⁹ În conformitate cu art.2 al Ordonanței Guvernului nr.27/2002, este acceptată formularea petițiilor prin e-mail. În acest caz, particularul trebuie să se asigure că mesajul său a ajuns la destinație, eventual prin solicitarea unei confirmări, iar mesajul transmis trebuie salvat în fișierul de ieșiri (*outbox*), care dovedește trimiterea lui la adresa electronică oficială a instituției sau autorității publice la o anumită dată.

Dacă instituția are un *site* oficial unde se pot înregistra reclamațiile, este necesar ca petiționarul să se asigure că există și o modalitate de confirmare a înregistrării reclamației sale, eventual prin primirea unui mesaj tip *e-mail* de confirmare. În lipsa unei astfel de posibilități, dovada înregistrării se poate face prin tipărirea *site*-ului oficial în așa fel încât să se poată citi reclamația și data înregistrării ei. Dacă data curentă nu este afișată pe pagina de internet, este preferabilă recurgerea la altă modalitate de depunere a recursului administrativ.

că recursul administrativ se consideră introdus în termen dacă a fost predat recomandat la oficiul poștal înainte de împlinirea termenului. Forma scrisă a recursului sau consemnarea acestuia în scris se impune, deoarece numai astfel se poate face, ulterior, dovada efectuării lui. Un eventual recurs verbal neconsemnat în scris ar face dovada mai dificilă³⁰; în cazul în care, însă, în cursul procesului autoritatea pârâtă recunoaște efectuarea recursului verbal, ea nu va mai putea ridica ulterior excepția neefectuării lui.

Recursul administrativ ("reclamația", în conformitate cu Ordonanța Guvernului nr.27/2002, art.7) trebuie să precizeze datele de identificare ale petentului³¹ și să fie semnat de acesta, petițiile anonime atrăgând clasarea. Din păcate, legea nu impune motivarea recursului administrativ, soluție contrară reglementărilor moderne în dreptul comparat (Brabant, Questiaux, Wiener, 1973, p.264; Chapus, 1999, p.571). Cu toate acestea, dată fiind dualitatea recurs administrativ – recurs administrativ jurisdicțional, între care petiționarul trebuie uneori să aleagă, considerăm necesară precizarea măcar a textului de lege pe care se întemeiază recursul (Legea nr.554/2004, art.7, respectiv legea specială privind jurisdicția administrativă).

e) Legea nu se pronunță cu privire la *termenul de efectuare* a recursului administrativ în cazul actelor administrative *normative*, care se *publică*, nu se comunică, însă nici nu îl exclude expres sau implicit din punct de vedere al obligativității. În cazul acestor acte, care pot fi atacate oricând în fața instanței de contencios administrativ (art.11 alin.4), recursul administrativ prealabil este obligatoriu și poate fi exercitat *oricând înainte de intentarea acțiunii* în fața instanței de contencios administrativ; prin urmare, *acțiunea* nu va putea fi exercitată decât *după* efectuarea recursului administrativ și primirea unui răspuns din partea autorității publice emitente, respectiv după expirarea termenului de răspuns.

f) *termenul de soluționare* a recursului administrativ prealabil este de *30 de zile*, cu posibilitatea de *prelungire* cu *maxim 15 zile*, prin decizie a conducătorului autorității publice, atunci când aspectele sesizate prin recurs necesită o cercetare mai amănunțită (art.8 și 9 ale Ordonanței Guvernului nr.27/2002, la care face trimitere art.2 alin.1 lit.g din lege, la acest din urmă articol făcând trimitere art.7 alin.4 din lege).

g) dacă, în urma recursului administrativ, *autoritatea publică este în imposibilitate de revocare a actului administrativ* datorită incidenței art.1 alin.6 din lege³², referitor la

³⁰ Dovada nu este însă imposibilă, mai ales dacă autoritatea publică pârâtă nu se opune; astfel, sesizarea verbală a Ministerului Educației Naționale s-a făcut în cursul unei audiențe la Direcția de Control a acestui minister, și a fost recunoscută de autoritatea publică - Curtea Supremă de Justiție, secția de contencios administrativ, decizia nr.962/2000 și decizia nr.40/1994, în *Buletinul Jurisprudenței Curții Supreme de Justiție*, 2000, p.767

³¹ Ordonanța nu precizează care sunt acestea, dar credem că este vorba cel puțin despre nume, prenume, domiciliu.

³² "Autoritatea publică emitentă a unui act administrativ nelegal poate să solicite instanței constatarea nulității acestuia, în situația în care actul nu mai poate fi revocat, întrucât a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice. În cazul admiterii acțiunii, instanța se va

irevocabilitatea actelor intrate în circuitul civil, ea este obligată să solicite instanței de contencios administrativ *constatarea nulității actului administrativ*, urmând ca reclamantul să facă cerere de intervenție în proces doar pentru obținerea despăgubirilor pentru daune materiale sau morale. Ne-am exprimat deja critic cu privire la aceste dispoziții legale (Dragoș, 2005, comentariul de la art.1 alin.6). Nu vedem de ce este posibilă anularea actului de către instanță, întemeiată pe rațiuni de interes public, la cererea autorității publice emitente, dar nu este permisă revocarea lui de către această autoritate, știut fiind faptul că revocarea este, în esență, tot o decizie de anulare, aflată la dispoziția autorității emitente a actului. În aceste condiții, se pune chiar problema existenței revocării ca instituție juridică. Contraponderea deciziei de revocare ar constitui-o nașterea dreptului celor care au încheiat contractul civil de a fi despăgubiți, dacă au fost de bună credință la încheierea lui, precum și de a ataca în contencios administrativ actul de revocare, pentru verificarea legalității lui.

h) situația *terților* față de actul administrativ individual este una privilegiată în mod nejustificat, deoarece ei vor putea exercita recursul administrativ prealabil din momentul *luării la cunoștință* a existenței actului administrativ vătămător, *în limita termenului de 6 luni* de la emiterea actului administrativ, fără a fi nevoiți să justifice depășirea unui termen de 30 de zile de la efectivă luare la cunoștință, nici chiar dacă destinatarul actului, autoritatea publică sau altă persoană care are interes în menținerea actului face această dovadă. Prin urmare, singurul termen care li se aplică *terților* pentru efectuarea procedurii prealabile este cel de 6 luni; nu este clar dacă aceasta a fost intenția legiuitorului³³, însă aceasta este interpretarea textului legal.

i) *Efectul devolutiv al recursului administrativ și problema aplicării principiului non reformatio in pejus.*

O problemă care a stat în atenția doctrinei dreptului comparat este dacă organul emitent sau cel ierarhic superior poate decide în defavoarea celui interesat, adică *minus petita*. Posibilitatea reformării actului administrativ în defavoarea reclamantului este deschisă, fără restricții, în Germania, iar în Franța este posibilă ca regulă generală, comportând, deci, și excepții. Organul de recurs poate însă statua fără restricții *ultra petita*, adică să acorde reclamantului mai mult decât a cerut (Brabant, Questiaux, Wiener, 1973, p.277) Cu alte cuvinte, natura recursului administrativ este una *subiectivă*, autoritatea emitentă sau

pronunța, la cerere, și asupra legalității actelor civile încheiate în baza actului administrativ nelegal, precum și asupra efectelor civile produse”.

³³ Explicațiile inițiatorului sunt neclare, însă concluzia noastră este sprijinită de precizarea conform căreia de la regula motivării depășirii termenului de 30 de zile este reglementată o singură excepție, pentru terță persoană - A. Iorgovan, *Noua lege.....op.cit.*, p.314. Prin urmare, dacă terță persoană nu trebuie să motiveze depășirea termenului, înseamnă că acesta nu i se aplică, fiind un simplu termen de recomandare, fără efecte juridice.

superioară fiind ținută să răspundă petentului în limitele cererii sale, sau se poate considera sesizată în vederea aprecierii legalității *obiective* a actului atacat, caz în care actul va fi analizat în ansamblu? Mai concret, persoana fizică sau juridică determină limitele soluționării recursului, sau îl declanșează doar, neavând nici o influență asupra soluției?

Soluția, în lipsa unei prevederi exprese a legii contenciosului administrativ, se desprinde din interpretarea voinței legiuitorului, și din principiile aplicabile căilor de atac administrative. Din economia acestei reglementări, rezultă că recursul administrativ este atât o cale de obținere, de către particular, a unei rezolvări mai rapide a litigiului, deci o cale de atacare a actului administrativ, cât și o oportunitate oferită administrației de a-și revoca actele ilegale. Prin urmare, dacă emitentul sau superiorul ierarhic descoperă, în cursul analizării recursului, că actul este ilegal sau inoportun, însă nu în sensul invocat de particular, el poate emite un nou act, care vatămă într-o mai mare măsură drepturile acestuia, sau, dimpotrivă, satisface pretențiile petentului. Această posibilitate există, pentru superiorul ierarhic, doar atunci când actul nu este de competența exclusivă a organului inferior, în caz contrar calea de urmat fiind cea a îndrumărilor obligatorii date inferiorului pentru a emite un alt act.

Administrația a verificat, astfel, legalitatea obiectivă a actului administrativ, iar petentul, chiar dacă i se înrăutățește situația, are la îndemână calea justiției pentru a dobândi satisfacție. El se va adresa însă instanței împotriva noului act, nu a celui inițial care a fost, implicit, revocat. Fiind vorba de o cale de atac administrativă, nu judiciară, guvernată de principiile controlului administrativ intern sau ierarhic, nu se aplică principiul *non reformatio in peju*. Procedura prealabilă nu se mai efectuează, deoarece ar fi inutilă, noul act fiind emis tocmai în urma unei astfel de proceduri.

j) Sancțiunea neexercitării recursului administrativ. Respingerea de către instanță a acțiunii neprecedate de recursul prealabil, va fi făcută pe motiv de *prematuritate*, atunci când termenul de exercitare a recursului administrativ nu a expirat, respectiv de *inadmisibilitate*, atunci când recursul administrativ nu mai poate fi efectuat (după 6 luni de la emiterea actului administrativ). Instanța noastră supremă a decis că în acest caz cererea va fi respinsă ca *inadmisibilă*, deoarece procedura prealabilă este o condiție specială de exercițiu a dreptului la acțiune (Curtea Supremă de Justiție, s. cont. adm, dec. nr. 134/1991, în Bogdănescu, Pastor și colab., 1993, p.645; Curtea de Apel Pitești, decizia nr.79/1998, în Crișu, Crișu, 2000, p.247).

k) Obiectul recursului administrativ va fi întotdeauna, *revocarea actului* administrativ ilegal, despăgubirile putând fi cerute, în principiu, numai în fața instanței de contencios administrativ, odată cu cererea de anulare sau ulterior. Dacă actul a fost revocat de către

emitent, reclamantul are deschisă acțiunea de drept comun în despăgubiri, întemeiată pe actul de revocare, care dovedește culpa autorității publice.

Despăgubirile ar putea fi cerute, teoretic, prin intermediul recursului administrativ, și direct autorității care a revocat actul, care să le acorde în urma efectuării unei expertize, însă în practică suntem convinși că autoritatea publică va prefera, de cele mai multe ori, obținerea de către reclamant a unei hotărâri judecătorești, pentru a fi “acoperită”. Pentru a formula această concluzie avem în vedere și dispozițiile art.72 din Statutul funcționarilor publici, care condiționează acțiunea în regres a autorității publice contra funcționarului vinovat de emiterea actului, de existența unei hotărâri judecătorești de obligare a autorității publice. Prin urmare, sumele nu vor putea fi recuperate de la funcționarii publici vinovați decât atunci când există o hotărâre judecătorească de condamnare a autorității publice, nu și pe baza unei simple expertize.

I) Concilierea în litigiile privind contractele administrative. Plangerea prealabilă în cazul acțiunilor care au ca obiect contracte administrative are semnificația concilierii în cazul litigiilor comerciale, dispozițiile Codului de procedură civilă fiind aplicabile în mod corespunzător. În acest caz, plangerea trebuie făcută în termenul de 6 luni, care va începe să curgă:

- a) de la data încheierii contractului, în cazul litigiilor legate de încheierea lui;
- b) de la data modificării contractului sau, după caz, de la data refuzului cererii de modificare făcute de către una dintre părți, în cazul litigiilor legate de modificarea contractului;
- c) de la data încălcării obligațiilor contractuale, în cazul litigiilor legate de executarea contractului;
- d) de la data expirării duratei contractului sau, după caz, de la data apariției oricărei alte cauze care atrage stingerea obligațiilor contractuale, în cazul litigiilor legate de încetarea contractului;
- e) de la data constatării caracterului interpretabil al unei clauze contractuale, în cazul litigiilor legate de interpretarea contractului.

Recursul administrativ prealabil se aplică doar în cazul actelor administrative, nu și al contractelor prevăzute de art.2 lit.c teza a doua, pentru care legea face trimitere la procedura concilierii din materie comercială, prevăzută în C.pr.civilă. Observăm astfel, o îndepărtare a regimului juridic al contractelor asimilate actului administrativ tipic de regimul specific contractului administrativ, și asimilarea lor, sub acest aspect, contractelor comerciale, soluție

care credem că putea fi evitată, în ideea de a sublinia mai mult specificul administrativ al acestor contracte.

Procedura de conciliere, reglementată de art.720¹ C.pr.civ., presupune ca reclamantul să convoace partea adversă la conciliere, comunicându-i în scris pretențiile sale și temeiul lor legal, precum și toate actele doveditoare pe care se sprijină acestea. Convocarea se va face prin scrisoare recomandată cu dovadă de primire, prin telegramă, telex, fax sau orice alt mijloc de comunicare care asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia. Convocarea se poate face și prin înmânarea înscrisurilor sub semnătură de primire. Data convocării pentru conciliere nu se va fixa mai devreme de 15 zile de la data primirii actelor comunicate. Rezultatul concilierii se va consemna într-un înscris cu arătarea pretențiilor reciproce referitoare la obiectul litigiului și a punctului de vedere al fiecărei părți. Înscrisul despre rezultatul concilierii ori, în cazul în care pârâtul nu a dat curs convocării, dovada că de la data primirii acestei convocări au trecut 30 de zile, se anexează la cererea de chemare în judecată. Instanța competentă să “arbitreze” concilierea este instanța de contencios administrativ competentă să judece și litigiile născute din contract, în temeiul art.8 alin.2 din legea contenciosului administrativ (fiind vorba de o chestiune de aplicare și executare a contractului administrativ).

III.2. Recursul administrativ jurisdicțional și actul administrativ jurisdicțional. **Procedurile administrativ jurisdicționale reglementate în legislația română.**

III.2.1. Sediul materiei se află în Constituție (art.21 alin.4 – “jurisdicțiile administrative sunt facultative și gratuite”) și în art.6 al Legii nr.554/2004, care reia textul constituțional și-l dezvoltă.

III.2.2. Natura juridică a procedurilor administrativ jurisdicționale. Înainte de revizuirea constituțională din 2003, recursul administrativ jurisdicțional trebuia obligatoriu exercitat înainte de sesizarea instanței de contencios administrativ, sub sancțiunea decăderii, fiind, prin urmare, un *recurs administrativ prealabil* sesizării acestei instanțe. În acest sens, s-a precizat că “soluționarea litigiilor de către administrație, deci emiterea de acte administrative cu caracter jurisdicțional, nu poate fi decât o fază prealabilă acțiunii în justiție” (Iorgovan, 1996, p.131.).

Deși a rămas un recurs prealabil sesizării instanței de contencios administrativ, caracterul obligatoriu al recursului administrativ jurisdicțional nu mai subzistă, el devenind

facultativ în considerarea dispozițiilor art.21 alin.4 din legea fundamentală, conform căruia „jurisdicțiile administrative sunt facultative și gratuite”.

Astfel, persoanele fizice sau juridice nu mai sunt obligate să recurgă la recursul administrativ-jurisdicțional atunci când intenționează să conteste un act administrativ pentru care legea prevede această procedură, putând intenta direct acțiunea în contencios administrativ. Urmare a acestei realități juridice consacrate constituțional, Legea contenciosului administrativ reglementează problema raportului dintre recursul administrativ jurisdicțional și acțiunea în contencios administrativ pe următoarele coordonate:

a) jurisdicțiile administrative speciale sunt *facultative și gratuite*, prin urmare, dacă prin lege este reglementată o anumită procedură administrativ jurisdicțională de contestare a unui act administrativ, ea poate fi urmată de petiționar sau, în egală măsură, acesta poate sesiza direct instanța de contencios administrativ;

b) de asemenea, dacă *procedura administrativ jurisdicțională este formată din fond și căi de atac*, petiționarul are opțiunea de a *renunța la căile de atac* administrativ jurisdicționale și de a intenta acțiune în contencios administrativ, de această dată într-un termen special, de 15 zile.

c) după exercitarea căilor de atac administrativ jurisdicționale prevăzute de legea specială se poate intenta *acțiune în contencios administrativ*, în termenul special de 15 zile.

III.2.3. Etape în procedura de contestare. Pentru a înțelege mai bine această procedură de contestare, vom detalia în continuare etapele ei, începând cu emiterea actului administrativ atacat:

2.3.1. Autoritatea administrativă emite un *act administrativ ilegal* (sau refuză explicit sau implicit soluționarea unei cereri) pentru care legea specială prevede căi administrativ jurisdicționale de atac.

2.3.2. În acest moment, cel vătămat în drepturi prin actul administrativ ilegal are opțiune între: **(a)** efectuarea *recursului administrativ* (procedurii administrative prealabile) prevăzut la art.7, și apoi contestarea în contencios administrativ în termenul de 6 luni, sau **(b)** utilizarea *recursului administrativ-jurisdicțional* (procedurii administrativ jurisdicționale) prevăzute de legea specială (de exemplu, Codul fiscal). Opțiunea trebuie să fie clară (cu indicarea legii speciale și a articolului de lege, respectiv a Legii nr.554/2004, art.7), deoarece uneori organul de soluționare a recursului administrativ jurisdicțional poate fi același cu cel competent să soluționeze recursul administrativ tipic.

2.3.3. Dacă cel vătămat alege cea de-a doua soluție, organul administrativ jurisdicțional va soluționa litigiul, prin *emiterea unui act administrativ jurisdicțional* (din

acest moment devine aplicabil art.6 din lege). Observăm că, după sesizarea organului administrativ jurisdicțional și până la emiterea actului administrativ jurisdicțional, petentul mai poate renunța la alegerea făcută (procedura de renunțare este cea prevăzută în alin.4 al art.6 din lege).prin cererea de soluționare a litigiului, și să opteze pentru procedura de contestare obișnuită, care presupune și efectuarea recursului administrativ prealabil prevăzut de art.7 din lege (Iorgovan, 2004, p.311).

2.3.4. Din acest moment, actul administrativ jurisdicțional poate fi contestat:

a) direct în fața instanței de *contencios administrativ*, în termen de *15 zile* de la *comunicare*, atunci când *nu există* căi administrativ jurisdicționale de atac prevăzute în legea specială;

b) direct în fața instanței de *contencios administrativ*, în termen de *15 zile* de la *notificarea* prevăzută la art.6 alin.3 (adresată organului administrativ jurisdicțional competent să soluționeze calea de atac, nu celui care a soluționat litigiul în fond, prin emiterea actului administrativ jurisdicțional), atunci când *legea specială prevede* căi administrativ jurisdicționale de atac;

c) în fața *organului administrativ jurisdicțional* competent să soluționeze *calea de atac administrativ jurisdicțională*, atunci când legea prevede o astfel de cale de atac, și în termenul prevăzut de acea lege specială. Ajuns aici, petentul are din nou *opțiune*, între **(c1)** finalizarea căii de atac³⁴ și atacarea în fața instanței de contencios administrativ a actului administrativ jurisdicțional, în termen de 15 zile de la emiterea deciziei de soluționare (termenul de soluționare a căii de atac fiind, dacă legea specială nu prevede altfel, cel de 30 de zile cu posibilitate de prelungire cu încă 15 zile, reglementat de Ordonanța Guvernului nr.27/2002), respectiv **(c2)** renunțarea la calea de atac prin notificare urmată de decizia organului administrativ jurisdicțional (art.6 alin.4), și atacarea actului administrativ jurisdicțional în fața instanței de contencios administrativ, în termen de 15 zile de la decizie.

III.2.4. Modul de reglementare al **procedurii de renunțare la jurisdicția administrativă** (art.6 alin.4) impune discutarea anumitor aspecte:

a) procedura este aplicabilă atât în fața organului administrativ jurisdicțional ce soluționează fondul (contestația îndreptată împotriva actului administrativ tipic), cât și în fața organului administrativ jurisdicțional ce soluționează căile de atac administrativ jurisdicționale.

³⁴ În cazul unor căi administrativ jurisdicționale de atac multiple, se aplică aceeași procedură, fără a se putea „sări” peste etapele legale de contestare.

b) procedura presupune două etape: *notificarea* adresată de petent organului administrativ jurisdicțional sesizat (1) respectiv emiterea de către organul administrativ jurisdicțional sesizat a unei *decizii de constatare* a acestei notificări (2). Dacă notificarea poate fi adresată până la momentul emiterii deciziei de soluționare a litigiului (fiind aplicabile termenele prevăzute în legea specială, respectiv cel din Ordonanța Guvernului nr.27/2002), decizia de constatare poate fi emisă (în condițiile omisiunii legiuitorului de a prevedea un termen prin legea contenciosului administrativ) - în termenul prevăzut de Ordonanța Guvernului nr.27/2002, notificarea fiind, în esență, o petiție.

c) în aceste condiții, considerăm *criticabilă* această procedură, ce presupune acceptul organului administrativ jurisdicțional, știută fiind tendința administrației românești de a se folosi de orice dispoziție legală pentru a întârzia declanșarea acțiunilor de contencios administrativ, și experiența relevantă de aplicarea legilor speciale în materie fiscală, care cereau emiterea unui act administrativ jurisdicțional pentru admisibilitatea acțiunii în contencios administrativ, fără a preciza un termen pentru emiterea lui (Ordonanța Guvernului nr.13/2001, spre exemplu). Considerăm că *era suficientă notificarea* adresată organului administrativ jurisdicțional, ce putea fi dovedită **cu data de înregistrare** la registratura acestuia.

Datorită faptului că *numai decizia de constatare a notificării declanșează termenul de sesizare a instanței de contencios administrativ*, putem afirma că suntem în prezența unei alterări a dreptului fundamental al petentului de a renunța la jurisdicția administrativă sesizată, drept ce rezultă indirect din caracterul facultativ al acesteia, prin umare partea finală a art.6 alin.4 este *neconstituțională*.

2.5. Recursurile (procedurile) administrativ jurisdicționale reglementate în legislația română.

Fiind reglementări anterioare Legii nr.554/2004, caracterul administrativ jurisdicțional al acestor proceduri poate fi apreciat în funcție de două aspecte: fie procedura de contestare asigură contradictorialitatea soluționării litigiului (respectiv dreptul de apărare), cerință specifică legii contenciosului administrativ (1), fie legea califică expres procedura de contestare ca fiind administrativ-jurisdicțională (2).

Astfel, **Codul de procedură fiscală - Ordonanța Guvernului nr.92/2003**, constituie în prezent sediul materiei pentru principalul recurs administrativ-jurisdicțional (art.174-187) (Popescu, 2004, p.8; Popescu 2004, p.196). În conformitate cu această reglementare, *contestăția* (cale administrativă de atac care nu înlătură dreptul la acțiune al celui care se consideră lezat în drepturile sale printr-un act administrativ fiscal sau prin lipsa acestuia),

formulată împotriva actelor administrative fiscale, se depune la organul fiscal, respectiv vamal, al cărui act administrativ este atacat, *în termen* de 30 de zile de la data comunicării actului administrativ fiscal (sub sancțiunea decăderii).

O altă reglementare este **Legea nr. 33/1994** privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică prevede o procedură administrativ-jurisdicțională, parte a procedurii de expropriere. Astfel, persoanele fizice și juridice notificate în legătură cu propunerile de expropriere pot face “întâmpinare”, în 45 de zile de la aceasta, care se depune la primarul localității unde se află imobilul supus exproprierii, și se soluționează de o Comisie, numită de Guvern sau de Delegația permanentă a Consiliului județean, după caz. Termenul de soluționare este de 30 de zile, iar decizia trebuie să fie motivată. Respingerea propunerilor expropriatorului dă dreptul acestuia să revină cu alte propuneri, care, dacă sunt din nou respinse, legitimează acțiunea în instanța de contencios administrativ, în 15 zile de la această a doua respingere. Așa cum corect s-a subliniat în literatura de specialitate, expropriatorul va contesta respingerea propunerilor, iar titularii de drepturi admiterea propunerilor (Baiaș, Dumitrache, 1995, p.24). Caracterul administrativ-jurisdicțional este dat de modul de constituire a comisiei, posibilitatea solicitării unor date și informații suplimentare, audierea persoanelor interesate, consemnarea în hotărârea pronunțată a acordului dintre părți (Giurgiu, 1995, p.19; Giurgiu, 1997, p.119.)

Capitolul IV

Procedura de atribuire a contractelor administrative

IV.1. Teoria generală a contractului administrativ (public).

1. Preliminarii.

Așa cum proprietatea publică are caractere specifice în raport cu proprietatea privată, libertatea contractuală a persoanelor publice prezintă particularități în raport cu libertatea contractuală a persoanelor private.

Principala modalitate prin care administrația își exercită libertatea contractuală este reprezentată de *contractul administrativ*.

Principala caracteristică a contractelor administrative este inegalitatea de poziție în care se găsesc actorii lui: administrația, în calitate de purtătoare a prerogativelor de putere publică, și în consecință superioară particularului, poate stabili și modifica unilateral unele clauze contractuale și impune sancțiuni (Richer, anul., p.23; Vasile, 2003, p.65). Această trăsătură nu se regăsește însă în contractele administrative încheiate între persoanele publice.

Vom reține, prin urmare, pentru început, că specificul contractelor administrative în raport cu contractele de drept comun constă în inegalitatea părților (atunci când administrația contractează cu particularii), inegalitate care se manifestă prin dreptul administrației de a stabili, *a priori*, unele clauze contractuale (așa numita “parte reglementară” a contractului), care nu pot fi negociate cu particularul, și, ulterior, de a modifica unilateral clauzele impuse particularului, în concordanță cu interesul public.

2. O definiție a contractului administrativ.

Contractul administrativ poate fi definit ca un acord de voință între o autoritate administrativă sau un alt subiect de drept autorizat de aceasta și un particular, prin care particularul se angajează, în schimbul unei sume de bani, să asigure funcționarea unui serviciu public, ori să efectueze o lucrare publică a căror organizare reprezintă obligații legale ale administrației.

3. Distincția între contractul administrativ (public) și contractul privat.

Contractele încheiate de administrația publică au anumite caracteristici speciale, impuse de interesul public care stă la fundamentul încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice.

Contractele publice sunt întâlnite sub diferite forme: achiziții publice, concesiuni, asocieri în participație, etc.; toate acestea au anumite trăsături comune, care alcătuiesc împreună regimul juridic al contractelor publice, și guvernează încheierea, executarea și efectele contractului public, precum și responsabilitatea contractuală.

Astfel, părțile au obligația de a accepta anumite clauze reglementare stabilite prin lege sau, pe baza legii, prin hotărâre de guvern (clauze care formează partea reglementară a contractului), însă au și facultatea de a negocia alte clauze contractuale (partea contractuală). Când interesul public o cere, sau dacă executarea contractului este prea grea pentru particular ori acesta nu și-a îndeplinit din culpă obligațiile, autoritatea administrativă poate modifica sau rezilia unilateral contractul fără a recurge la justiție.

Autoritatea administrativă nu poate ceda drepturile sau obligațiile sale decât unei alte autorități administrative, iar particularul le poate ceda unei alte persoane doar cu acordul administrației.

În teoria contractelor administrative, se consideră, că, atunci când legea nu dispune altfel, soluționarea litigiilor născute în legătură cu aceste contracte sunt de competența instanțelor de contencios administrativ. Din păcate, așa cum vom arăta mai jos, jurisprudența noastră nu poate decide asupra competenței după bunul plac, aplicându-se regulile procedurii civile, conform cărora competența revine judecătorei. Totuși, considerăm că judecătoria, deși nu are secție specializată de contencios administrativ, va trebui să judece litigiul cu aplicarea principiilor de drept public, și nu a celor de drept privat.

În concluzie, regimul juridic special căruia îi sunt supuse contractele administrative se caracterizează, în primul rând, prin forme speciale necesare încheierii lor (caietele de sarcini, care cuprind unele din clauzele contractului ce urmează a fi încheiat, particularii având doar posibilitatea de a accepta sau a refuza încheierea contractului în aceste condiții; la clauzele standard se adaugă și unele clauze negociate de părți), precum și principii speciale cu privire la executarea lor (rezilierea, sancțiuni, decăderi) (E. D. Tarangul, *op. cit.* p.478; A. Iorgovan, *op.cit.*, p.358, vol. I).

Sunt contracte administrative, spre exemplu, *contractul de achiziții publice*, reglementat în prezent prin O.U.G. 34/2006, și *contractul de concesiune*, reglementat prin OUG 34/2006 și OUG 54/2006.

4. Modalități de calificare a unui contract ca și contract administrativ (public).

a) Contracte administrative prin determinarea legii.

Legea poate califica un anumit contract ca fiind contract administrativ (public) în mod expres, așa cum se întâmplă, spre exemplu, în Franța cu contractele referitoare la execuția lucrărilor publice, sau cu cele referitoare la vânzarea imobilelor statului (Lombard, 1999, p. 222).

În legislația noastră, din păcate, nu regăsim astfel de calificări, fapt ce denotă o anumită rețineră a legiuitorului în această privință, inexplicabilă dacă ținem seama de faptul că din reglementarea unor anumite contracte reiese cu pregnanță caracterul lor public, și că există o bogată doctrină în domeniu care ar facilita încadrarea fără ezitare a acestor contracte în categoria juridică de care aparțin în fapt.

O altă modalitate de calificare legală a contractului administrativ este cea implicită, prin atribuirea litigiilor născute din contract în competența de soluționare a instanțelor de contencios administrativ.

b) Contracte administrative prin determinare jurisprudențială.

În lipsa unei prevederi exprese a legii, jurisprudența este cea chemată să califice un contract încheiat de administrația publică din punct de vedere al naturii sale juridice.

Calificarea unitară a contractelor administrative este facilă în acele sisteme de drept care recunosc jurisprudenței statutul de izvor de drept formal, cum este sistemul francez sau american, însă întâmpină dificultăți în sistemul nostru de drept, unde singura cale de a impune o anumită calificare juridică pe întreg teritoriul țării este o decizie în interesul legii a Înaltei Curți de Justiție și Casație.

În aceste condiții, putem afirma că există două situații distincte:

a) calificarea contractului este realizată de fiecare instanță care soluționează un conflict juridic născut în legătură cu acel contract. Calificarea servește la validarea judecătorească a unor modificări unilaterale a contractului de către administrație, la validarea rezilierii unilaterale a contractului în temeiul interesului public, etc.

b) calificarea intervine în mod unitar printr-o decizie a Înaltei Curți de Justiție și Casație, în urma soluționării unui recurs în interesul legii.

Indiferent de instanța care face calificarea, criteriile pe baza cărora se poate face această calificare ar trebuie să fie următoarele:

(1) obiectul contractului constă în participarea persoanelor private la prestarea unui serviciu public. Cerința ca unul din contractanți să fie persoană privată nu este însă decisivă, dat fiind faptul că și contractul încheiat între două persoane publice este tot contract administrativ (de exemplu, asocierea intercomunală)

Importanța determinării naturii juridice a unui contract încheiat de administrația publică reiese și din faptul că, în acest fel, se poate stabili natura raportului juridic dintre agenții ce prestează serviciul public și autoritățile administrației publice.

(2) al doilea criteriu este regimul exorbitant sau clauza exorbitantă a contractului.

Este vorba de stabilirea pe cale unilaterală, de către administrație, a unor clauze contractuale, care pot fi doar acceptate de contractantul privat și nu negociate de acesta – așa numitul “caiet de sarcini” al contractului, sau de impunerea unui anumit model de contract, al cărui conținut nu poate fi negociat de contractantul privat.

Clauza exorbitantă este acea clauză impusă de administrație în temeiul puterii publice (altfel spus “purtătoare” de putere publică), profund diferită de clauzele obișnuite din contractele private (de Laubadère, Venezia, Gaudemet, 1999, p.745; J. Rivero, M. Waline, *anul*, p.106). De exemplu, obligația contractantului privat de a investi o anumită sumă de bani după preluarea prestării serviciului public, obligația de a nu depăși un anumit tarif de prestare a serviciului public, dreptul autorității publice de a rezilia unilateral contractul - justificat doar

de interesul public și fără a se ține seama de modul în care au fost respectate clauzele contractuale.

Clauza vizând rezilierea unilaterală a contractului în condițiile nerespectării de către celălalt contractant a obligațiilor ce rezultă din contract nu reprezintă o clauză exorbitantă, deoarece ea este întâlnită și în contractele de drept privat, și constituie clasicul fundament al răspunderii contractuale din dreptul privat.

Contractul administrativ cu *regim juridic exorbitant* se deosebește de contractul administrativ cu *clauze exorbitante* prin aceea că, în primul caz, avem de-a face cu un contract tipic privat, dar care este impus de către administrație într-o anumită formă spre a fi semnat de persoanele private sau de alte persoane publice. Așa sunt, de pildă, contractul de furnizare a energiei electrice, sau contractul de furnizare a apei.

c) criteriul referitor la participarea unei persoane publice la contract.

Contractele administrative sunt încheiate între persoane publice sau între o persoană publică și una privată. În nici un caz nu poate fi considerat ca având caracter administrativ contractul încheiat între două persoane private, fără atribuții de putere publică, chiar dacă unele clauze avantajează o parte a contractului, deoarece situația de inegalitate juridică rezultă din liberul acord de voințe, nu din impunerea unor clauze cu putere publică.

Afirmația de mai sus nu poate duce la concluzia că persoanele private care prestează servicii publice încheie doar contracte private; dimpotrivă, ele pot încheia și contracte administrative, în temeiul puterii publice care le este conferită prin actul administrativ sau contractul administrativ prin care le este delegat serviciul public.

Contractele încheiate între două persoane publice sunt considerate, de principiu, ca fiind contracte administrative (de Forges, 1991, p.33). Câteva precizări sunt însă necesare:

- situația de inegalitate juridică din contractele administrației cu persoanele private nu se regăsește ca regulă în contractele dintre persoanele publice – a se vedea, de exemplu, contractul de asociere intercomunală în vederea gestionării serviciilor publice locale privind domeniul public și privat, prezentat mai jos.

- caracterul administrativ al contractului trebuie analizat de la caz la caz: astfel, un contract de achiziții publice este contract administrativ, însă dacă este sub valoarea prevăzută de lege, poate fi un contract civil de vânzare-cumpărare; contractul de concesiune este contract administrativ; contractul de asociere în participațiune poate fi însă și administrativ, și civil.

5. Importanța distincției dintre contractele administrative și contractele de drept privat în dreptul românesc.

Deși doctrina administrativă românească a susținut dintotdeauna existența și importanța categoriei juridice a contractelor administrative, până nu demult nici legiuitorul, și nici jurisprudența nu au acordat o prea mare importanță acestui tip de contract. Calea indirectă de a recunoaște unui contract natura juridică de contract administrativ era aceea de a conferi instanțelor de contencios administrativ, specializate în aprecierea condițiilor specifice în care își desfășura activitatea administrația publică, competența de a judeca litigiile născute în legătură cu acel contract.

Astfel, în prezent, Legea contenciosului administrativ nr.554/2004 conferă instanțelor de contencios administrativ competența de a judeca litigiile născute în legătură cu contracte ce au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică; executarea lucrărilor de interes public; prestarea serviciilor publice; achizițiile publice (art.2 alin.1 lit.c teza a doua). Această competență a fost reiterată de legislația specială în domeniu, OUG 34/2006 privind contractele administrative de achiziție publică și concesiune de lucrări și servicii, respectiv OUG 54/2006 privind concesiunea bunurilor proprietate publică.

6. Încheierea contractelor administrative.

a) Procedura de alegere a contractantului.

Această procedură poate fi gestionată după mai multe concepții, diferite în ceea ce privește criteriul utilizat pentru determinarea ofertei câștigătoare (Lombard,1999, p.235.).

Astfel, criteriul combinat **preț-calitate** asigură posibilitatea de a alege oferta care din ambele puncte de vedere corespunde scopului propus: oferă calitate la cel mai mic preț.

Deși este cea mai logică dintre opțiunile care stau la îndemâna autorității publice contractante, în sistemele de drept din statele aflate în tranziție spre democrație această procedură permite atribuirea abuzivă a contractului, pe baza unor criterii subiective, și, prin urmare, utilizată cu rea credință, favorizează corupția.

Criteriul **adjudecării** presupune atribuirea contractului ofertantului care propune cel mai mic preț, fără a se ține însă seama de aspectele calitative ale acestei oferte; procedura este abandonată din ce în ce mai mult de administrațiile moderne tocmai din acest motiv.

A treia procedură este bazată pe criteriul **cererii de oferte**, și poate fi deschisă (oricine poate prezenta o ofertă) sau restrânsă (numai participanții preselecțaiți în baza unor criterii preliminare pot prezenta oferte).

A patra procedură este **dialogul competitiv**, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura și prin care autoritatea contractantă conduce un dialog cu candidații admiși, în scopul identificării uneia sau mai multor soluții apte să

răspundă necesităților sale, urmând ca, pe baza soluției, candidații selectați să elaboreze oferta finală.

În fine, criteriul **negocierii libere** se utilizează numai pentru achiziții de valoare mică ori atunci când procedurile legale de adjudecare, de atribuire prin licitație sau prin cerere de oferte au eșuat.

b) Procedura de contestare pre-contractuală.

Contestațiile pre-contractuale sunt formulate înainte de încheierea contractului administrativ, de către persoanele interesate (de exemplu, persoana care nu s-a calificat în etapa preliminară de evaluare din cadrul procedurii de atribuire prin cerere de ofertă și, prin urmare, nu poate prezenta o ofertă).

Aceste contestații sunt judecate (în ultimă instanță) de către instanțele judecătorești, de contencios administrativ sau de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Admiterea acțiunii persoanei interesate poate duce la suspendarea semnării contractului, a executării acestuia sau la anularea clauzelor ilegale din conținutul lui. De asemenea, pe această cale se poate solicita obligarea autorității publice la respectarea dispozițiilor legale în faza pre-contractuală, sau chiar *semnarea contractului cu ofertantul câștigător* (Lombard, 1999, p.235).

c) Forma contractului administrativ.

Contractele administrative trebuie încheiate în formă scrisă (Trăilescu, 1999, p.41). Forma scrisă este necesară deoarece ele conțin nu numai acorduri de voință liber exprimate de părți, ci și clauze exorbitante, care nu pot fi dovedite decât prin inserarea lor în contract (art.3, lit.f din OUG nr. 34/2006). Teoretic, existența contractului poate fi și urmarea unui acord verbal, însă practic soluția este forma scrisă.

Uneori legea impune în mod expres forma scrisă a contractului, alteori această cerință rezultă indirect din faptul că în conținutul lui trebuie să se regăsească un caiet de sarcini, cu clauze reglementate prin lege sau elaborate de autoritatea publică.

Precizarea în cuprinsul contractului a faptului că anumite acte administrative din domeniul în care se încheie contractul nu semnifică limitarea obligației contractantului privat la respectarea doar a acestor acte administrative; toate actele administrative, precum și legislația din domeniu trebuie respectată de cocontractant, precizarea din contract având doar rolul de a-i ușura acestuia din urmă munca de identificare a celor mai relevante acte normative din domeniu.

Unele clauze nu pot fi inserate în contract: de exemplu, o clauză ce are ca obiect transferul către persoana privată a dreptului de a rezilia unilateral contractul, drept ce aparține autorității publice (Lombard, 1999, p.239).

7. Executarea contractelor administrative.

Executarea contractelor administrative este guvernată la rândul ei de reguli distincte față de executarea contractelor private, unde se aplică principiul “contractul este legea părților”.

Amploarea prerogativelor autorității publice, justificate prin interesul public, este contrabalansată de principiul respectării echilibrului contractual.

În primul rând, trebuie să precizăm că doctrina consideră inerente oricărui contract administrativ patru tipuri de prerogative, exercitate de autoritatea publică:

a) puterea de direcție și control, care conferă autorității publice dreptul de a urmări respectarea clauzelor contractuale și în special a obligațiilor cocontractantului. În virtutea dreptului de direcție și control, autoritatea publică poate adresa de asemenea instrucțiuni și ordine.

b) dreptul de sancționare. Sancțiunile pot fi pecuniare, impuse datorită întârzierii executării prestațiilor, sau coercitive, impuse de neexecutarea contractului – substituirea autorității publice în locul cocontractantului pentru executarea contractului pe cheltuiala acestuia din urmă, sau acordarea unui terț a dreptului de a executa contractul, tot pe cheltuiala cocontractantului inițial.

c) puterea de modificare unilaterală a contractului, în temeiul interesului public (exigențelor serviciului public) este una din caracteristicile fundamentale ale contractului administrativ, spre deosebire de contractele private, care nu pot fi modificate decât prin acordul părților. Dreptul de modificare unilaterală există chiar dacă el nu este prevăzut expres în contract, dar contractul are regim de drept public (Vasile, anul, p.75).

d) rezilierea unilaterală a contractului.

Rezilierea unilaterală a contractului poate interveni numai din inițiativa autorității publice, cu titlu de sancțiune, caz în care cocontractantul nu are drept la despăgubiri, sau în temeiul interesului public, când autoritatea publică trebuie să-l despăgubească pe cocontractant, deoarece acesta din urmă nu are nici o culpă.

În contrapondere cu prerogativele exorbitante ale autorității publice, în favoarea contractantului privat este recunoscut **principiul echilibrului financiar**, care permite sancționarea pe cale judecătorească a situației în care autoritatea publică, în exercitarea

prerogativei de modificare unilaterală a contractului, impune obligații noi, afectând echilibrul financiar inițial al contractului.

8. Responsabilitatea contractuală.

Responsabilitatea derivată din neexecutarea contractelor administrative este destul de limitată ca și sferă de manifestare (Lombard, 1999, p.246). Aceasta se datorează, pe de o parte, faptului că autoritatea publică are garanții multiple menite a preveni acest lucru, iar în caz de neexecutare se poate dispensa de intervenția judecătorului și să sancționeze direct cocontractantul, iar pe de altă parte, cealaltă parte a contractului poate destul de greu să demonstreze o culpă din partea administrației publice, care este înzestrată cu prerogative de putere publică și își justifică acțiunile prin interesul public.

Există, totuși, cel puțin la nivel teoretic, posibilitatea angajării răspunderii contractuale pentru culpă a cocontractantului, atunci când acesta nu se supune deciziilor administrației, sau angajarea răspunderii autorității publice pentru abuz în exercitarea prerogativelor de putere publică cu prilejul executării contractului. În acest ultim caz, prejudiciul trebuie să rezulte direct din greșeala autorității publice contractante, nu și a altor autorități publice, și el va fi reparat integral.

IV.2. Contractul de achizitii

1. Sediul materiei.

În România, materia achizițiilor publice este reglementată în prezent de *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii* la care ne vom referi în continuare cu denumirea de *ordonanță de urgență*.

2. Scop. Principii.

Ordonanța de urgență reglementează procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică, a contractului de concesiune de lucrări publice și a contractului de concesiune de servicii, precum și modalitățile de soluționare a contestațiilor formulate împotriva actelor emise în legătură cu aceste proceduri.

Scopul ordonanței de urgență îl constituie promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică și asigurarea utilizării

eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante (Art. 2, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr.34/2006).

Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) eficiența utilizării fondurilor publice; g) asumarea răspunderii (Art. 2, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr.34/2006).

Contractele de achiziție publică sunt: a) contracte de lucrări; b) contracte de furnizare; c) contracte de servicii (Art. 3¹, din Ordonanța de urgență nr.34/2006).

3. Tipuri de contracte de achiziție publică.

Contractul de lucrări este acel contract de achiziție publică care are ca obiect: a) fie execuția de lucrări legate de una dintre activitățile cuprinse în anexa nr. 1 a Ordonanței de urgență nr. 34/2006 sau execuția unei construcții; b) fie atât proiectarea, cât și execuția de lucrări legate de una dintre activitățile cuprinse în anexa nr. 1 sau atât proiectarea, cât și execuția unei construcții; c) fie realizarea prin orice mijloace a unei construcții care corespunde necesității și obiectivelor autorității contractante, în măsura în care acestea nu corespund situațiilor sau activităților precizate la lit. a) și b) (Art. 4, din Ordonanța de urgență nr.34/2006) .

Prin construcție se înțelege rezultatul unui ansamblu de lucrări de construcții de clădiri sau lucrări de geniu civil, destinat să îndeplinească prin el însuși o funcție tehnică sau economică.

Contractul de furnizare este acel contract de achiziție publică, altul decât contractul de lucrări, care are ca obiect furnizarea unuia sau mai multor produse, prin cumpărare, inclusiv în rate, închiriere sau leasing, cu sau fără opțiune de cumpărare (Art. 5, din Ordonanța de urgență nr.34/2006). Contractul de achiziție publică ce are ca obiect principal furnizarea de produse și, cu titlu accesoriu, operațiuni/lucrări de instalare și punere în funcțiune a acestora este considerat contract de furnizare.

Contractul de servicii este acel contract de achiziție publică, altul decât contractul de lucrări sau de furnizare, care are ca obiect prestarea unuia sau mai multor servicii, astfel cum acestea sunt prevăzute în anexele nr. 2A și 2B ale Ordonanței de urgență (Art. 6, din Ordonanța de urgență nr.34/2006). Contractul de achiziție publică care are ca obiect principal prestarea unor servicii și, cu titlu accesoriu, desfășurarea unor activități dintre cele prevăzute în anexa nr. 1 este considerat contract de servicii.

Contractul de achiziție publică care are ca obiect atât furnizarea de produse, cât și prestarea de servicii este considerat contract de furnizare, dacă valoarea estimată a produselor

este mai mare decât valoarea estimată a serviciilor prevăzute în contractul respectiv, și contract de servicii, dacă valoarea estimată a serviciilor este mai mare decât valoarea estimată a produselor prevăzute în contractul respectiv.

4. Procedura de atribuire a contractului de achiziție publică. Reguli comune aplicabile.

Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire.

Procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică sunt: a) licitația deschisă, respectiv procedura la care orice operator economic interesat are dreptul de a depune oferta; b) licitația restrânsă, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura, urmând ca numai candidații selectați să aibă dreptul de a depune oferta; c) dialogul competitiv, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura și prin care autoritatea contractantă conduce un dialog cu candidații admiși, în scopul identificării uneia sau mai multor soluții apte să răspundă necesităților sale, urmând ca, pe baza soluției/soluțiilor, candidații selectați să elaboreze oferta finală; d) negocierea, respectiv procedura prin care autoritatea contractantă derulează consultări cu candidații selectați și negociază clauzele contractuale, inclusiv prețul, cu unul sau mai mulți dintre aceștia; e) cererea de oferte, respectiv procedura simplificată prin care autoritatea contractantă solicită oferte de la mai mulți operatori economici (Art. 18, din Ordonanța de urgență nr.34/2006).

Negocierea poate fi:

- negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare;
- negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare;

Autoritatea contractantă are dreptul de a organiza un concurs de soluții, respectiv o procedură specială prin care achiziționează, îndeosebi în domeniul amenajării teritoriului, al proiectării urbanistice și peisagistice, al arhitecturii sau în cel al prelucrării datelor, un plan sau un proiect, prin selectarea acestuia pe baze concurențiale de către un juriu, cu sau fără acordarea de premii.

Autoritatea contractantă achiziționează direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor ordonanței, nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii ori lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ (Art. 19, din Ordonanța de urgență nr.34/2006). În cazul în care valoarea estimată este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 124, și

anume 125.000 euro pentru contractul de furnizare, 125.000 euro pentru contractul de servicii și 4.845.000 euro pentru contractul de lucrări, autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de achiziție publică prin aplicarea procedurilor de licitație deschisă sau licitație restrânsă.

Orice autoritate contractantă are dreptul de a aplica procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică prevăzute de ordonanța de urgență 34/2006, prin utilizarea mijloacelor electronice. Aplicarea procedurilor de atribuire prin utilizarea mijloacelor electronice se realizează prin intermediul SEAP. Guvernul are dreptul de a stabili prin hotărâre obligația anumitor autorități contractante de a aplica procedurile de atribuire a unor contracte de achiziție publică numai prin utilizarea mijloacelor electronice.

Guvernul are dreptul de a aproba prin hotărâre proiectarea și implementarea unui sistem centralizat la nivel național de achiziționare specializată a anumitor produse, servicii sau lucrări de la sau prin unități de achiziții centralizate. Unitatea de achiziții centralizată este o autoritate contractantă, care: a) achiziționează în nume propriu produse și/sau servicii, care sunt sau pot fi destinate unei/unor alte autorități contractante; b) atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru, în numele și pentru o altă/alte autorități contractante.

Se consideră că autoritatea contractantă, care achiziționează produse, servicii sau lucrări de la sau printr-o unitate de achiziții centralizată, respectă prevederile prezentei ordonanțe de urgență în măsura în care unitatea de achiziții centralizată le respectă, la rândul ei.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice (Art. 23, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale ordonanței de urgență, autoritatea contractantă are obligația de a asigura garantarea protejării acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală (Art. 24, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

5. Procedura de elaborare a documentației de atribuire. Reguli impuse de lege.

Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire (Art. 33, alin (1) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Documentația de atribuire trebuie să cuprindă, fără a se limita la cele ce urmează, cel puțin: a) informații generale privind autoritatea contractantă, în special cu privire la adresă - inclusiv telefon, fax, e-mail -, persoane de contact, mijloace de comunicare etc.; b) formalități care trebuie îndeplinite în legătură cu participarea la procedura de atribuire; c) dacă sunt solicitate, cerințele minime de calificare, precum și documentele care urmează să fie prezentate de ofertanți/candidați pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție; d) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv sau de negociere; e) instrucțiuni privind modul de elaborare și de prezentare a propunerii tehnice și financiare; f) informații detaliate și complete privind criteriul de atribuire aplicat pentru stabilirea ofertei câștigătoare, prevăzute de Ordonanța de urgență; g) instrucțiuni privind modul de utilizare a căilor de atac; și h) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii (Art. 33, alin (2) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice evaluează, înainte de transmiterea spre publicare a invitației/anunțului de participare, conformitatea cu legislația aplicabilă din domeniul achizițiilor publice a documentației de atribuire aferente contractelor de achiziție publică care intră sub incidența prevederilor ordonanței de urgență. În termen de maximum 14 zile de la data primirii documentației în SEAP, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are obligația:

a) de a emite autorității contractante acceptul în vederea inițierii procedurii de atribuire, dacă prevederile din documentația de atribuire sunt conforme cu prevederile legale privind achizițiile publice;

b) de a informa autoritatea contractantă asupra neconformităților constatate la nivelul documentației de atribuire și a motivului pentru care acestea nu sunt în concordanță cu prevederile legale privind achizițiile publice.

Documentele se transmit în SEAP în zile lucrătoare de către autoritățile contractante și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, emisă de un furnizor autorizat.

Autoritatea contractantă are dreptul de a preciza în documentația de atribuire instituțiile competente de la care operatorii economici pot obține informații privind

reglementările referitoare la impozitare, precum și cele referitoare la protecția mediului. Autoritatea contractantă are obligația să precizeze în documentația de atribuire regulile obligatorii referitoare la condițiile de muncă și de protecție a muncii, care sunt în vigoare la nivel național și care trebuie respectate pe parcursul îndeplinirii contractului de lucrări ori de servicii, sau să indice instituțiile competente de la care operatorii economici pot obține informații detaliate privind reglementările respective. În acest caz, autoritatea contractantă are totodată și obligația de a solicita operatorilor economici să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii (Art. 34, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. Specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante (Art. 35, alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Specificațiile tehnice definesc, după caz și fără a se limita la cele ce urmează, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, cerințe privind impactul asupra mediului înconjurător, siguranța în exploatare, dimensiuni, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare și instrucțiuni de utilizare a produsului, tehnologii și metode de producție, precum și sisteme de asigurare a calității și condiții pentru certificarea conformității cu standarde relevante sau altele asemenea. În cazul contractelor pentru lucrări, specificațiile tehnice pot face referire, de asemenea, și la prescripții de proiectare și de calcul al costurilor, la verificarea, inspecția și condițiile de recepție a lucrărilor sau a tehnicilor, procedeele și metodele de execuție, ca și la orice alte condiții cu caracter tehnic pe care autoritatea contractantă este capabilă să le descrie, în funcție și de diverse acte normative și reglementări generale sau specifice, în legătură cu lucrările finalizate și cu materialele sau alte elemente componente ale acestor lucrări.

Specificațiile tehnice se definesc astfel încât să corespundă, atunci când este posibil, necesităților/exigențelor oricărui utilizator, inclusiv ale persoanelor cu dizabilități. Acestea trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Fără a aduce atingere reglementărilor tehnice naționale obligatorii, în măsura în care acestea sunt compatibile cu dreptul comunitar, autoritatea contractantă are obligația de a defini specificațiile tehnice, astfel:

a) fie prin referire, de regulă în următoarea ordine de prioritate, la standarde naționale care adoptă standarde europene, la omologări tehnice europene, la standarde internaționale sau la alte referințe de natură tehnică elaborate de organisme de standardizare europene; în cazul în care acestea nu există, atunci specificațiile tehnice se definesc prin referire la alte standarde, omologări sau reglementări tehnice naționale privind utilizarea produselor sau proiectarea, calculul și execuția lucrărilor. Orice astfel de referire trebuie să fie însoțită de mențiunea sau echivalent;

b) fie prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate, care trebuie să fie suficient de precis descrise încât să permită ofertanților să determine obiectul contractului de achiziție publică, iar autorității contractante să atribuiască contractul respectiv;

c) fie atât prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate (în condițiile precizate la punctul b)), cât și prin referirea la standardele, omologările tehnice, specificațiile tehnice comune (precizate la punctul a)), ca mijloc de prezumție a conformității cu nivelul de performanță și cu cerințele funcționale respective;

d) fie prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate (cum sunt acestea prevăzute la punctul b)), pentru anumite caracteristici, și prin referirea la standardele sau omologările tehnice (prevăzute la punctul a)), pentru alte caracteristici.

În cazul în care autoritatea contractantă definește specificațiile tehnice din caietul de sarcini, optând pentru modalitatea descrisă mai sus (punctul a), atunci nici o ofertă nu poate fi respinsă pe motiv că produsele sau serviciile prevăzute în propunerea tehnică nu sunt conforme cu specificațiile precizate, dacă ofertantul demonstrează, prin orice mijloc adecvat, că propunerea tehnică prezentată satisface într-o manieră echivalentă cerințele autorității contractante definite prin specificațiile tehnice.

În cazul în care autoritatea contractantă definește specificațiile tehnice din caietul de sarcini prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate, atunci nici o ofertă nu poate fi respinsă dacă ofertantul demonstrează prin orice mijloc adecvat că produsele, serviciile sau lucrările oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale solicitate deoarece sunt conforme cu: a) un standard național care adoptă un standard european; b) o omologare tehnică europeană; c) o specificație tehnică comună utilizată în Comunitatea Europeană; d) un standard internațional; și e) alte reglementări tehnice elaborate de organisme de standardizare europene (Art. 36, alin (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului sau un raport de încercare/testare emis de un

organism recunoscut, cum ar fi, după caz, un laborator neutru de încercări și calibrare sau un organism de certificare și inspecție care asigură respectarea standardelor europene aplicabile; autoritatea contractantă are obligația de a accepta certificate emise de organisme recunoscute în oricare dintre statele membre ale Uniunii Europene.

Performanțele și cerințele funcționale solicitate (care trebuie să fie suficient de precis descrise încât să permită ofertanților să determine obiectul contractului de achiziție publică, iar autorității contractante să atribuie contractul respectiv), prin care se definesc specificațiile tehnice, pot include și caracteristici de mediu (Art. 37, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care autoritatea contractantă solicită îndeplinirea anumitor caracteristici de mediu în ceea ce privește performanțele și cerințele funcționale, atunci aceasta are dreptul de a utiliza, integral sau parțial, specificații definite prin etichete ecologice europene, (multi) naționale sau prin orice alte etichete ecologice, dacă se îndeplinesc, în mod cumulativ următoarele condiții: a) specificațiile respective sunt adecvate pentru definirea caracteristicilor produselor sau serviciilor a căror furnizare/prestare reprezintă obiect al contractului de achiziție publică; b) cerințele pentru eticheta ecologică au fost elaborate pe baze științifice; c) eticheta ecologică a fost adoptată printr-o procedură specifică ce a permis implicarea tuturor părților interesate - organisme guvernamentale, consumatori, producători, distribuitori, organizații de mediu; și d) eticheta ecologică este accesibilă/disponibilă oricărei persoane interesate (Art. 37, alin (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a preciza în caietul de sarcini faptul că produsele sau serviciile oferite care dețin o anumită etichetă ecologică sunt considerate că îndeplinesc implicit specificațiile tehnice solicitate. Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu are dreptul de a considera o propunere tehnică ca fiind neconformă, pentru singurul motiv că produsele sau serviciile oferite nu dețin eticheta ecologică precizată, dacă ofertantul demonstrează, prin orice mijloc adecvat că produsele/serviciile oferite corespund specificațiilor tehnice solicitate (Art. 37, alin (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse (Art. 38, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Prin derogare, se admite o astfel de indicație, dar numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este

posibilă (prin modalitățile mai sus precizate), și numai însoțită de mențiunea sau echivalent (Art. 38, alin (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a impune în cadrul documentației de atribuire, în măsura în care acestea sunt compatibile cu dreptul comunitar, condiții speciale de îndeplinire a contractului prin care se urmărește obținerea unor efecte de ordin social sau în legătură cu protecția mediului și promovarea dezvoltării durabile.

Autoritatea contractantă are obligația de a asigura obținerea documentației de atribuire de către orice operator economic prin asigurarea accesului direct, nerestricționat și deplin, prin mijloace electronice, la conținutul documentației de atribuire (Art. 40, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Prin excepție, în situația în care atașarea documentației de atribuire în SEAP nu este posibilă din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a pune la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens sau, după caz, căruia i s-a transmis o invitație de participare, a unui exemplar din documentația de atribuire, pe suport hârtie ori pe suport magnetic (Art. 40, alin (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). În acest caz, autoritatea contractantă are obligația de a asigura obținerea gratuită a documentației de atribuire pentru orice operator economic care o ridică direct de la sediul autorității contractante sau de la altă adresă indicată de acesta. În cazul în care documentația este transmisă prin poștă, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici care vor să beneficieze de această facilitate o plată care nu trebuie să depășească însă costul aferent transmiterii documentației respective (Art. 40, alin (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

6. Procedura de atribuire. Reguli de participare la procedura de atribuire.

Orice operator economic are dreptul de a participa, individual sau într-un grup de operatori, la procedura de atribuire.

Ofertantul/candidatul care, în conformitate cu legislația statului în care este stabilit, este abilitat să presteze o anumită activitate nu poate fi exclus dintr-o procedură de atribuire pentru singurul motiv că, în conformitate cu legislația națională, acest tip de activitate poate fi prestat numai de către persoane juridice sau numai de către persoane fizice (Art. 42, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a impune ca participarea la procedura de atribuire să fie permisă numai unor ateliere protejate sau acelor ofertanți care se angajează să îndeplinească contractul în contextul unor programe de angajare protejată, în cadrul cărora majoritatea angajaților implicați sunt persoane cu dizabilități, care, prin natura sau gravitatea

deficiențelor lor, nu pot exercita o activitate profesională în condiții normale. În cazul în care autoritatea contractantă decide să limiteze participarea la procedura de atribuire, atunci această decizie trebuie să fie precizată explicit în anunțul de participare la procedura de atribuire (Art. 43, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului (Art. 43¹, alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare, în vederea participării la procedura de atribuire a contractului, atunci când prezenta ordonanță de urgență prevede obligativitatea publicării unui anunț sau a unei invitații de participare. Documentația de atribuire trebuie să conțină următoarele informații: a) cuantumul garanției de participare, menționat și în anunțul/invitația de participare, în sumă fixă de până la 2% din valoarea estimată a contractului; b) perioada de valabilitate a garanției de participare va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, stabilită în condițiile ordonanței (Art. 43¹, alin (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună, fără a fi obligați să își legalizeze din punct de vedere formal asocierea. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca asocierea să fie legalizată numai în cazul în care oferta comună este declarată câștigătoare și numai dacă o astfel de măsură reprezintă o condiție necesară pentru buna îndeplinire a contractului.

Fără a i se diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică, ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte din contractul respectiv. În cazul în care autoritatea contractantă solicită, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși.

Fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a depune ofertă alternativă sau de a oferta pe mai multe loturi diferite, candidatul/ofertantul nu are dreptul ca în cadrul aceleiași proceduri:

a) să depună două sau mai multe candidaturi/oferte individuale și/sau comune, sub sancțiunea excluderii din competiție a tuturor candidaturilor/ofertelor în cauză;

b) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat.

c) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca terț susținător în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat (Art. 46, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Întreprinderile afiliate au dreptul de a participa în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, dar numai în cazul în care participarea acestora nu este de natură să distorsioneze concurența. În acest sens, operatorul economic are obligația de a include în oferta sa lista cuprinzând întreprinderile afiliate, în măsura în care acestea există. Prin întreprindere afiliată se înțelege orice subiect de drept: a) asupra căruia un alt subiect de drept poate exercita, direct sau indirect, o influență dominantă; b) care poate exercita o influență dominantă asupra altui subiect de drept; sau c) care, ca urmare a asocierii cu un subiect de drept, se află sub influența dominantă a unui alt subiect de drept (Art. 46, alin (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

7. Proceduri de asigurare a publicității/transparențizării atribuirii contractelor. Reguli de publicitate.

Autoritatea contractantă are obligația de a asigura transparența atribuirii contractelor de achiziție publică și a încheierii acordurilor-cadru prin publicarea, în conformitate cu prevederile prezentului capitol, a anunțurilor de intenție, anunțurilor/invitațiilor de participare și anunțurilor de atribuire (Art. 47, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul contractelor a căror valoare estimată este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute în art. 55 alin. (2) din Ordonanța de urgență (echivalentul în lei al 125.000 euro sau echivalentul în lei al 387.000 euro, după caz, în cazul contractului de furnizare ori de servicii, respectiv echivalentul în lei al 4.845.000 euro, în cazul contractului de lucrări) autoritatea contractantă are obligația de a include în anunțuri cel puțin informațiile cuprinse în **anexa nr. 3A** a ordonanței și, dacă este necesar, alte informații considerate utile de către autoritatea contractantă, prin utilizarea formularelor standard adoptate de Comisia Europeană. Modalitățile de aplicare a prevederilor mai sus precizate, precum și conținutul anunțurilor de participare și de atribuire pentru care, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, nu este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene se stabilesc prin hotărâre a Guvernului (Art. 47, alin. (2) și (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare anunțurile către operatorul SEAP, utilizând în acest sens numai mijloace electronice. În cazurile prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, operatorul SEAP are obligația de a asigura transmiterea în

format electronic a anunțurilor spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (Art. 48, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Operatorul SEAP are obligația de a asigura Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice accesul nerestricționat la anunțurile/invitațiile transmise de către autoritățile contractante, înainte de publicarea acestora.

Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice verifică:

a) fiecare anunț de intenție/participare transmis de către autoritatea contractantă pentru publicare în SEAP, în măsura în care anunțul respectiv este în legătură cu aplicarea procedurii de atribuire a unui contract cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute în art. 124 al Ordonanței de urgență nr. 34/2006, respectiv 125.000 euro pentru contractul de furnizare, 125.000 euro pentru contractul de servicii și 4.845.000 euro pentru contractul de lucrări. În această situație, operatorul SEAP are obligația de a transmite anunțul spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene în cel mult o zi lucrătoare de la primirea acceptului de publicare, în cazul în care, este prevăzută o obligație în acest sens; operatorul SEAP are obligația de a asigura înregistrarea în sistemul electronic a datei la care a fost transmis anunțul spre publicare, ca probă privind momentul transmiterii; de asemenea, operatorul SEAP are obligația de a publica anunțul în SEAP în cel mult două zile lucrătoare de la primirea acceptului de publicare (Art. 49, alin (3) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

b) fiecare invitație/anunț de participare transmis de către autoritatea contractantă pentru publicare în SEAP, cu o valoare estimată mai mică decât pragurile valorice precizate la punctul a).

În termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii anunțului/invitației în SEAP, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are următoarele obligații: a) fie să emită către operatorul SEAP acceptul de publicare pentru anunțul/invitația respectiv/respectivă, în cazul în care în urma verificării nu se constată erori/omisiuni de completare; b) fie să respingă publicarea anunțului/invitației, în cazul în care se constată erori/omisiuni de completare, informând totodată autoritatea contractantă asupra acestei decizii, precum și asupra modului în care erorile/omisiunile pot fi remediate (Art. 49, (2¹), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Erorile reprezintă acele informații/cerințe din anunțul/invitația transmis/transmisă spre publicare care sunt neconforme cu realitatea sau care conduc la încălcări ale legislației în domeniul achizițiilor publice și ale principiilor care stau la baza atribuirii contractului de

achiziție publică. Nedetectarea erorilor în procesul de verificare nu afectează dreptul Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice de a sancționa, pe parcursul activității de supraveghere, faptele calificate de Ordonanța de urgență nr. 34/2006 ca și contravenții (Art. 49 alin (2²) și (2³), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Operatorul SEAP nu are dreptul de a publica anunțul transmis de autoritatea contractantă sau de a-l transmite spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, fără obținerea acceptului de publicare emis de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. În cazul în care, din motive de natură tehnică, operatorul SEAP nu are posibilitatea transmiterii unui anumit anunț spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, autorității contractante îi revine responsabilitatea transmiterii spre publicare a anunțului respectiv prin mijloace proprii. Operatorul SEAP are obligația de a înștiința autoritatea contractantă cu privire la apariția unei astfel de situații, în cel mult o zi lucrătoare de la expirarea perioadei (de cel mult o zi lucrătoare de la primirea acceptului de publicare) (Art. 49, alin. (5) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

După publicarea anunțului în SEAP, autoritatea contractantă poate opta pentru transmiterea anunțului și către Regia Autonomă Monitorul Oficial, spre publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, Achiziții publice (Art. 49, alin. (6) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Regia Autonomă Monitorul Oficial publică anunțurile transmise spre publicare în cel mult 8 zile de la data înregistrării acestora, cu excepția situației în care anunțul de participare se publică în cel mult 3 zile de la data înregistrării (în cazul contractelor de furnizare ori de servicii cu o valoare mai mică decât echivalentul în lei a 125.000 euro sau 387.000 euro, după caz, sau în cazul contractelor de lucrări cu o valoare mai mică decât echivalentul în lei a 4.845.000 euro) (Art. 49, alin. (7) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care prevederile ordonanței de urgență stabilesc obligația publicării anunțului în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, atunci anunțul respectiv nu poate fi publicat la nivel național înainte de data transmiterii acestuia către Comisia Europeană. Anunțul publicat la nivel național nu trebuie să conțină alte informații față de cele existente în anunțul publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și trebuie să menționeze data transmiterii către Comisia Europeană (Art. 50, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Anunțul de intenție. Autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de intenție, atunci când urmărește să beneficieze de dreptul de reducere (până la 36 de zile) a termenului de cel puțin 52 de zile între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a

ofertelor sau de a reduce termenul de transmitere a invitație de participare, de cel puțin 40 de zile înainte de data-limită de depunere a ofertelor, (până la 36 de zile, de regulă, și în nici un caz până la mai puțin de 22 de zile,) și dacă: a) valoarea totală estimată a contractelor, care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni pentru achiziționarea de produse din aceeași grupă CPV, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 750.000 euro; b) valoarea totală estimată a contractelor, care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni pentru achiziționarea de servicii care sunt din aceeași categorie (din punct de vedere al modului de grupare din anexa nr. 2A a ordonanței), este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 750.000 euro; c) valoarea estimată a contractelor de lucrări, care urmează să fie atribuite în următoarele 12 luni, este egală sau mai mare decât echivalentul în lei a 4.845.000 euro (Art. 51, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a transmite spre publicare un anunț de intenție și în alte situații decât cele prevăzute mai sus. Publicarea anunțului de intenție nu creează autorității contractante obligația de a efectua respectiva achiziție publică.

Anunțul de intenție se publică:

a) în SEAP și, după caz, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, precum și opțional în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, Achiziții publice; sau b) numai în SEAP, cu condiția ca, înainte de publicare, să fi fost transmis un anunț simplificat de informare prealabilă către Comisia Europeană. În cazul în care anunțul se publică numai în SEAP anunțul de intenție trebuie să conțină și data transmiterii anunțului simplificat către Comisia Europeană (Art. 53, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de participare atunci când: a) inițiază procedura de licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv sau negociere, cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pentru atribuirea contractului de achiziție publică sau pentru încheierea acordului-cadru; b) lansează un sistem dinamic de achiziție; c) inițiază procesul de atribuire a unui contract de achiziție publică printr-un sistem dinamic de achiziții, în acest caz publicându-se un anunț simplificat; d) organizează un concurs de soluții (Art. 54, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Anunțul de participare se publică în SEAP și, după caz, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, precum și, opțional, în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, Achiziții publice.

Publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în toate situațiile în care: a) autoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute de OUG nr.

34/2006 la art. 8 lit. a)-c)³⁵, iar valoarea estimată a contractului de furnizare sau de servicii care urmează să fie atribuit este egală ori mai mare decât echivalentul în lei al 125.000 euro; b) autoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute de OUG nr 34/2006 la art. 8 lit. d) sau e)³⁶, iar valoarea estimată a contractului de furnizare ori de servicii care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al 387.000 euro; c) valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al 4.845.000 euro (Art. 55, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de atribuire în cel mult 48 de zile după ce: a) a finalizat procedura de atribuire - licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv, negociere cu/fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, cerere de oferte - prin atribuirea contractului de achiziție publică sau încheierea acordului-cadru; b) a finalizat un concurs de soluții prin stabilirea concurentului câștigător; c) a atribuit un contract de achiziție publică printr-un sistem dinamic de achiziții (Art. 56, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Anunțul de atribuire se publică în SEAP și, după caz, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, precum și, opțional, în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, Achiziții publice.

Publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțului de atribuire este obligatorie în toate situațiile precizate mai sus, în cazul anunțului de participare.

8. Procedura de comunicare și de transmitere a datelor

Orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute în Ordonanța de urgență nr 34/2006 trebuie să fie transmise în scris. Orice document scris trebuie înregistrat în momentul transmiterii, respectiv în momentul primirii. Comunicarea,

³⁵ Art. 8 lit. a) – c): a) oricare organism al statului - autoritate publică sau instituție publică - care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local; b) oricare organism, cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în una dintre următoarele situații: este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, sau de către un alt organism de drept public; se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, sau unui alt organism de drept public; în componența consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă, sau de către un alt organism de drept public; c) oricare asociere formată de una sau mai multe autorități contractante

³⁶ Art.8, lit d) și e): d) oricare întreprindere publică ce desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute de OUG nr. 34/2006 la cap. VIII secțiunea 1, atunci când aceasta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități; e) oricare subiect de drept, altul decât cele prevăzute la lit. a)-d), care desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la cap. VIII secțiunea 1, în baza unui drept special sau exclusiv, acordat de o autoritate competentă, atunci când acesta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități.

transmiterea și stocarea informațiilor se realizează astfel încât să se asigure integritatea și confidențialitatea datelor respective (Art. 59, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Documentele scrise pot fi transmise prin oricare dintre următoarele modalități: a) prin poștă; b) prin fax; c) prin mijloace electronice; d) prin orice combinație a acestor modalități (Art. 60, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a impune, în documentația de atribuire, modalitățile de comunicare pe care intenționează să le utilizeze pe parcursul aplicării procedurii.

Modalitățile de comunicare impuse de autoritatea contractantă trebuie să nu restricționeze accesul operatorilor economici la procedura de atribuire. Instrumentele utilizate pentru comunicarea electronică, precum și caracteristicile lor tehnice trebuie să fie nediscriminatorii, disponibile în mod facil oricărui operator economic și trebuie să asigure interoperabilitatea cu tehnologiile uzuale de informare și comunicare. În cazul în care documentele se transmit prin mijloace electronice, acestora le sunt aplicabile prevederile legale referitoare la semnătura electronică (Art. 61, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Operatorul economic are dreptul de a transmite o solicitare de participare la procedura de atribuire prin oricare dintre modalitățile prevăzute, sau prin telefon, în acest din urmă caz operatorul economic având obligația de a confirma solicitarea de participare în scris, cât mai curând posibil. Autoritatea contractantă are dreptul de a impune ca orice solicitare de participare la procedura de atribuire, care a fost transmisă prin fax, să fie confirmată, într-un termen rezonabil, prin scrisoare transmisă prin poștă sau prin mijloace electronice. În acest caz, autoritatea contractantă are obligația de a preciza în anunțul de participare cerința respectivă, precum și termenul în care aceasta trebuie îndeplinită (Art. 62, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Operatorul economic are dreptul de a transmite oferta numai prin poștă sau, dacă autoritatea contractantă prevede această posibilitate, prin mijloace electronice. În cazul în care autoritatea contractantă stabilește că ofertele urmează să fie transmise prin poștă, ofertantul are, în mod implicit, și dreptul de a depune oferta direct la sediul autorității contractante sau la o altă adresă indicată de aceasta (Art. 63, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili ca solicitările de participare și/sau ofertele să fie transmise prin mijloace electronice, numai dacă se asigură respectarea următoarelor cerințe: a) informațiile referitoare la posibilitățile specifice de transmitere electronică, inclusiv criptarea, sunt disponibile pentru orice operator economic interesat; b) dispozitivele electronice de recepționare garantează în mod corespunzător integritatea și

confidențialitatea datelor recepționate; c) operatorii economici trebuie să transmită înainte de data limită de transmitere documentele, certificatele, declarațiile și altele asemenea, solicitate în conformitate cu prevederile ordonanței de urgență (cap. V secțiunea a 2-a), în cazul în care acestea nu sunt disponibile în format electronic (Art. 64, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

9. Proceduri de atribuire

Etape premergătoare inițierii procedurii de atribuire. Fără a afecta aplicabilitatea prevederilor ordonanței de urgență referitoare la perioadele minime care trebuie asigurate între, pe de o parte, data transmiterii spre publicare a anunțurilor de participare sau data transmiterii invitațiilor de participare și, pe de altă parte, data limită pentru depunerea ofertelor/candidaturilor, autoritatea contractantă are obligația de a stabili perioada respectivă în funcție de complexitatea contractului și/sau de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire (Art. 71, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a prelungi perioada pentru elaborarea ofertelor în cazul în care acestea nu pot fi elaborate decât după vizitarea amplasamentelor sau după consultarea la fața locului a unor documente-anexă la caietul de sarcini, precum și în cazul în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a transmite documentația de atribuire sau răspunsul la solicitarea de clarificări în termenele limită stabilite de prezenta ordonanță de urgență, deși a primit în timp util o solicitare în acest sens. Într-o astfel de situație, data limită de depunere a ofertelor se decalează cu o perioadă suficientă, astfel încât orice operator economic interesat să dispună de un timp rezonabil necesar pentru obținerea informațiilor complete și relevante pentru elaborarea ofertei (Art. 72, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

I. Procedura licitației deschise

Procedura de licitație deschisă se desfășoară, de regulă, într-o singură etapă. Autoritatea contractantă are dreptul de a decide organizarea unei etape suplimentare de licitație electronică, caz în care are obligația de a anunța această decizie în anunțul de participare și în documentația de atribuire (Art. 73, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Licitația deschisă se inițiază prin transmiterea spre publicare, a unui anunț de participare prin care solicită operatorilor economici interesați depunerea de oferte (Art. 74, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât prevăzută la art. 55 alin. (2): a) echivalentul în lei al 125.000 euro în cazul contractului de furnizare sau de servicii, dacă utoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 8 lit. a)-c), b) echivalentul în lei al 387.000 euro, în cazul contractului de furnizare ori de servicii iar autoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 8 lit. d) sau e), c) echivalentul în lei al 4.845.000 euro. în cazul contractului de lucrări. perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile. În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada de prevăzută în acest sens, până la 36 de zile. Reducerea perioadei este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare (Art. 75, alin. (1)-(3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioadele prevăzute (de 52 și 36 de zile) se poate reduce cu 7 zile. În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada (de 52 de zile), precum și cele rezultate în urma reducerii cu 7 zile, mai sus precizata, cu 5 zile. Aceasta reducere prevăzută este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de Internet la care documentația de atribuire este disponibilă (Art. 75, alin. (4)-(6), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mică decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite anunțul de participare spre publicare în SEAP cu cel puțin 20 de zile înainte de data-limită de depunere a ofertelor. În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare,

accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută, cu 5 zile (Art. 76, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Această reducere este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de Internet la care documentația de atribuire este disponibilă.

Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita și de a obține documentația de atribuire. În situația în care atașarea documentației de atribuire în SEAP nu este posibilă din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a pune la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens sau, după caz, căruia i s-a transmis o invitație de participare, a unui exemplar din documentația de atribuire, pe suport hârtie ori pe suport magnetic, cât mai repede posibil, într-o perioadă care nu trebuie să depășească 4 zile de la primirea unei solicitări din partea acestuia. Operatorul economic interesat are obligația de a întreprinde diligențele necesare astfel încât respectarea de către autoritatea contractantă a acestui termen să nu conducă la situația în care documentația de atribuire să fie pusă la dispoziția sa cu mai puțin de două zile înainte de data limită de depunere a ofertei (Art. 77, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire. Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic. Autoritatea contractantă are obligația de a transmite răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - către toți operatorii economici care au obținut, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, documentația de atribuire, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective (Art. 78, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie publicat/transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor. În cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenul prevăzut mai sus, aceasta din urmă are, totuși, obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor (Art. 79, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a deschide ofertele la data, ora și adresa indicate în anunțul de participare, în măsura în care nu a devenit incidentă obligația privind decalarea termenului de depunere a ofertelor, conform prevederilor ordonanței, cu excepția cazului în care termenul de depunere a ofertelor a fost decalat în urma suspendării procedurii (Art. 80, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

II. Licitația restrânsă

Procedura de licitație restrânsă se desfășoară, de regulă, în două etape: a) etapa de selectare a candidaților, prin aplicarea criteriilor de selecție; b) etapa de evaluare a ofertelor depuse de candidații selectați, prin aplicarea criteriului de atribuire (Art. 81, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a decide organizarea unei etape suplimentare de licitație electronică, caz în care are obligația de a anunța această decizie în anunțul de participare și în documentația de atribuire.

Licitația restrânsă se inițiază prin transmiterea spre publicare, a unui anunț de participare prin care se solicită operatorilor economici interesați depunerea de candidaturi.

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a candidaturilor trebuie să fie de cel puțin 37 de zile. În cazul în care, din motive de urgență, nu poate fi respectat acest număr de zile, autoritatea contractantă are dreptul de a accelera aplicarea procedurii prin reducerea acestei perioadei, dar nu la mai puțin de 15 zile. În cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada de 37 de zile se poate reduce cu 7 zile și perioada pentru din motive de urgență se poate reduce cu 5 zile (Art. 83, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mică decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite anunțul de participare spre publicare în SEAP cu cel puțin 10 zile înainte de data-limită de depunere a candidaturilor (Art. 84, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire, este asigurat accesul direct, complet și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație începând cu data publicării anunțului de participare (Art. 84¹, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura pentru prima etapă a procedurii de licitație restrânsă. În etapa de selecție a candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a limita numărul de candidați care vor fi selectați pentru a depune oferte, cu condiția să existe un număr suficient de candidați disponibili. Atunci când selectează candidații, autoritatea contractantă are obligația de a aplica criterii obiective și nediscriminatorii, utilizând în acest scop numai criteriile de selecție prevăzute în anunțul de participare.

Autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de selecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să-i selecteze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora. Numărul minim al candidaților, indicat în anunțul de participare, trebuie să fie suficient pentru a asigura o concurență reală și, în orice situație, nu poate fi mai mic de 5 (Art. 85, alin. (3)-(4), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Numărul de candidați selectați după prima etapă a licitației restrânse trebuie să fie cel puțin egal cu numărul minim indicat în anunțul de participare. În cazul în care numărul candidaților care îndeplinesc criteriile de selecție este mai mic decât numărul minim indicat în anunțul de participare, autoritatea contractantă are dreptul: a) fie de a anula procedura de licitație restrânsă; b) fie de a continua procedura de licitație restrânsă numai cu acel/acei candidat/candidați care îndeplinește/îndeplinesc criteriile solicitate (Art. 86, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite concomitent o invitație de participare la etapa a doua a procedurii de licitație restrânsă tuturor candidaților selectați. Este interzisă invitarea la etapa a doua a licitației restrânse a unui operator economic care nu a depus candidatura în prima etapă sau care nu a îndeplinit criteriile de selecție (Art. 87, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Invitația de participare trebuie să cuprindă cel puțin următoarele informații: a) referințe privind anunțul de participare publicat; b) data și ora limită stabilite pentru depunerea ofertelor; c) adresa la care se transmit ofertele; d) limba sau limbile în care trebuie elaborată oferta; e) adresa, data și ora deschiderii ofertelor; f) dacă este cazul, precizări referitoare la documentele suplimentare pe care operatorii economici trebuie să le prezinte în scopul verificării declarațiilor sau completării documentelor, prezentate în prima etapă pentru demonstrarea capacității tehnice și economico-financiare (Art. 88, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care documentația de atribuire este accesibilă direct prin mijloace electronice în SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a include și în invitația de participare informații privind modul de accesare a documentației respective. În cazul în care atașarea documentației de atribuire în SEAP nu este posibilă din motive tehnice, autoritatea contractantă are obligația de a transmite invitația de participare însoțită de un exemplar al documentației de atribuire tuturor candidaților selecțati.

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite invitația de participare cu cel puțin 40 de zile înainte de data-limită de depunere a ofertelor. În cazul în care autoritatea contractantă a publicat un anunț de intenție referitor la contractul de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, aceasta are dreptul de a reduce perioada precizată mai sus, până la 36 de zile, de regulă, și în nici un caz până la mai puțin de 22 de zile. Aceasta reducere este permisă în cazul în care anunțul de intenție a conținut toate informațiile care sunt prevăzute pentru anunțul de participare - în măsura în care acestea sunt cunoscute la data publicării anunțului de intenție - și a fost transmis spre publicare cu cel mult 12 luni și cu cel puțin 52 de zile înainte de data transmiterii spre publicare a anunțului de participare (Art. 89, alin. (1)-(3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada de cel puțin 40 de zile, cu 5 zile. Aceasta reducerea este permisă numai în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de Internet la care documentația de atribuire este disponibilă. În cazul în care, din motive de urgență, nu pot fi respectate termenele prevăzute, precum și cele rezultate în urma reducerii, autoritatea contractantă are dreptul de a accelera aplicarea procedurii prin reducerea perioadei respective, dar nu la mai puțin de 10 zile (Art. 89, (4)-(6), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mică decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite invitația de participare cu cel puțin 15 zile înainte de data-limită de depunere a ofertelor. În cazul în care autoritatea contractantă publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce perioada prevăzută (de cel puțin 15 zile), cu încă 5 zile. Aceasta reducere este permisă numai

în cazul în care anunțul de participare conține precizări privind adresa de Internet la care documentația de atribuire este disponibilă (Art. 90, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Orice candidat selectat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire. Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic. Autoritatea contractantă are obligația de a transmite răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - către toți candidații selectați, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective (Art. 91, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor. În cazul accelerării procedurii de licitație restrânsă, răspunsul autorității contractante trebuie să fie transmis nu mai târziu de 4 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor. În cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenul de răspuns prevăzut mai sus, autoritatea are, totuși, obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data limită de depunere a ofertelor (Art. 92, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a deschide ofertele la data, ora și adresa indicate în invitația de participare, în măsura în care nu a devenit incidentă obligația privind decalarea termenului de depunere a ofertelor, sau ca urmare a depunerii unei contestații (Art. 93 din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

III. Dialogul competitiv

Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de dialog competitiv pentru atribuirea unui contract de achiziție publică dacă se îndeplinesc, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- a) contractul în cauză este considerat a fi de complexitate deosebită;
- b) aplicarea procedurii de licitație deschisă sau restrânsă nu ar permite atribuirea contractului de achiziție publică în cauză (Art. 94, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Contractul de complexitate deosebită este considerat acel contract de achiziție publică pentru care autoritatea contractantă nu este, în mod obiectiv, în măsură să definească specificațiile tehnice capabile să îi satisfacă necesitățile și exigențele și/sau să stabilească montajul financiar și/sau cadrul juridic de implementare a proiectului (Art. 95, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Procedura de dialog competitiv se desfășoară în trei etape:

- a) etapa de preselecție a candidaților;
- b) etapa de dialog cu candidații admiși în urma preselecției, pentru identificarea soluției/soluțiilor apte să răspundă necesităților autorității contractante și în baza căreia/căroră candidații vor elabora și vor depune oferta finală;
- c) etapa de evaluare a ofertelor finale depuse (Art. 96, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Dialogul competitiv se inițiază prin transmiterea spre publicare, în conformitate cu regulile de publicitate prevăzute de Ordonanța nr. 34/2006, a unui anunț de participare prin care se solicită operatorilor economici interesați depunerea de candidaturi (Art. 97, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a candidaturilor trebuie să fie de cel puțin 37 de zile. În cazul în care anunțul de participare este transmis în format electronic spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada se poate reduce cu 7 zile (Art. 98, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mică decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite anunțul de participare spre publicare în SEAP cu cel puțin 20 de zile înainte de data-limită de depunere a candidaturilor.

Orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura pentru a participa la procedura de dialog competitiv.

Atunci când preselectează candidații, autoritatea contractantă are obligația de a aplica criterii obiective și nediscriminatorii, utilizând în acest scop numai criteriile de preselecție prevăzute în anunțul de participare. Autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de preselecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preselecțieze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora. Numărul minim al candidaților, indicat în anunțul de participare, trebuie să fie

suficient pentru a asigura o concurență reală și, în orice situație, nu poate fi mai mic de 3 (Art. 101, alin (1)-(3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Numărul de candidați admiși în cea de-a doua etapă a dialogului competitiv trebuie să fie cel puțin egal cu numărul minim indicat în anunțul de participare. În cazul în care numărul candidaților care îndeplinesc criteriile de preselecție este mai mic decât numărul minim indicat în anunțul de participare, autoritatea contractantă are dreptul fie de a anula procedura de dialog competitiv, fie de a continua procedura de dialog competitiv numai cu acel/acei candidat/candidați care îndeplinește/îndeplinesc criteriile solicitate (Art. 101, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite, concomitent, o invitație de participare la etapa a doua a procedurii de dialog competitiv tuturor candidaților admiși. Este interzisă invitarea la etapa a doua a dialogului competitiv a unui operator economic care nu a depus candidatura în prima etapă sau care nu a îndeplinit criteriile de preselecție (Art. 103, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Invitația de participare trebuie să cuprindă cel puțin următoarele informații: a) referințe privind anunțul de participare publicat; b) adresa la care va avea loc dialogul, precum și data și ora lansării acestuia; c) limba/limbile în care se va derula dialogul; d) dacă este cazul, precizări referitoare la documentele suplimentare pe care operatorii economici trebuie să le prezinte în scopul verificării declarațiilor sau completării documentelor, prezentate în prima etapă pentru demonstrarea capacității tehnice și economico-financiare (Art. 104, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite invitația de participare însoțită de un exemplar al documentației de atribuire, care va include și documentația descriptivă. În cazul în care documentația de atribuire este accesibilă direct prin mijloace electronice în SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a include în invitația de participare informații privind modul de accesare a documentației respective.

Autoritatea contractantă are obligația de a include în cadrul documentației descriptive cel puțin o descriere a necesităților, obiectivelor și constrângerilor autorității contractante, pe baza cărora se va derula dialogul pentru identificarea soluțiilor viabile, precum și, dacă este cazul, primele care vor fi acordate participanților la dialog. Autoritatea contractantă are dreptul să prevadă în cadrul documentației descriptive posibilitatea de a realiza dialogul în runde succesive, cu scopul de a reduce numărul de soluții discutate. Reducerea succesivă a soluțiilor discutate se realizează numai pe baza factorilor de evaluare care au fost stabiliți în documentația de atribuire (Art. 105, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Drepturi și obligații ale autorității contractante (Art. 106, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Autoritatea contractantă derulează dialogul cu fiecare candidat admis, în parte. În cadrul acestui dialog se discută opțiunile referitoare la aspectele tehnice, montaje financiare, mod de rezolvare a unor probleme legate de cadrul juridic, precum și orice alte elemente ale viitorului contract, astfel încât soluțiile identificate să corespundă necesităților obiective ale autorității contractante. Pe durata dialogului, autoritatea contractantă are obligația de a asigura aplicarea principiului tratamentului egal față de toți participanții. În acest sens, autoritatea contractantă nu are dreptul de a furniza informații într-o manieră discriminatorie, care ar putea crea unuia/unora dintre participanți un avantaj suplimentar în raport cu ceilalți. Autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui, fără acordul participantului în cauză, soluția propusă și alte informații confidențiale prezentate de acesta.

Autoritatea contractantă derulează dialogul până când identifică soluția/soluțiile corespunzătoare necesităților sale obiective. După ce a declarat închisă etapa de dialog și a anunțat participanții cu privire la acest aspect, autoritatea contractantă are obligația de a invita participanții selectați să depună oferta finală, ofertă care se elaborează pe baza soluției/soluțiilor identificate în cursul acestei etape și care trebuie să conțină toate elementele necesare prin care se prezintă modul de îndeplinire a viitorului contract.

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite invitația de depunere a ofertei finale cu un număr suficient de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, astfel încât fiecare participant selectat să beneficieze de o perioadă rezonabilă pentru elaborarea ofertei finale. Perioada acordată pentru elaborarea ofertei finale nu trebuie să fie mai mică decât o perioadă minimă stabilită de comun acord cu participanții selectați pe parcursul derulării celei de-a doua etape a procedurii de dialog competitiv (Art. 107, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Invitația de depunere a ofertei finale trebuie să cuprindă cel puțin următoarele informații: a) referințe privind anunțul de participare publicat; b) data și ora limită stabilite pentru depunerea ofertelor; c) adresa la care se transmit ofertele; d) limba sau limbile în care trebuie elaborată oferta; e) adresa, data și ora deschiderii ofertelor; f) dacă este cazul, precizări referitoare la documentele suplimentare pe care operatorii economici trebuie să le prezinte în scopul verificării declarațiilor sau completării documentelor, prezentate în prima etapă pentru demonstrarea capacității tehnice și economico-financiare (Art. 108, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Pe parcursul etapei de evaluare, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări, detalieri și nuanțări ale ofertei. Evaluarea ofertelor se realizează pe baza criteriilor

prevăzute în documentația de atribuire, iar oferta câștigătoare se stabilește prin aplicarea unui singur criteriu de atribuire, și anume *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului identificat că a depus cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic să reconfirme anumite elemente ale ofertei sau anumite angajamente asumate în cadrul acesteia. În oricare dintre aceste situații, clarificările, detalierile, nuanțările, informațiile suplimentare sau reconfirmările prezentate nu trebuie să conducă la modificări ale caracteristicilor de bază ale ofertei sau ale soluțiilor care au stat la baza lansării invitației de depunere a ofertelor finale, modificări care ar determina distorsionarea concurenței sau crearea unui avantaj suplimentar în raport cu ceilalți ofertanți (Art. 109, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

IV. Procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare

Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere, cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în următoarele cazuri (Art. 110, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006):

a) atunci când, în urma aplicării licitației deschise, licitației restrânse, dialogului competitiv sau a cererii de oferte, nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse numai oferte inacceptabile ori neconforme. Aplicarea procedurii de negociere în acest caz este posibilă numai după anularea procedurii inițiale de licitație deschisă, licitație restrânsă, dialog competitiv sau cerere de oferte și numai dacă cerințele inițiale prevăzute în documentația de atribuire nu sunt modificate substanțial.

În aceste cazuri autoritatea contractantă are dreptul de a nu transmite spre publicare anunțul de participare dacă invită la negocieri numai și pe toți acei ofertanți care au îndeplinit criteriile de calificare și selecție în cadrul procedurii anterioare și care au depus oferte conform regulilor formale prevăzute în documentația de atribuire. Autoritatea contractantă, în aceste situații, are dreptul de a decide organizarea unei etape finale de licitație electronică, caz în care are obligația de a anunța această decizie în anunțul de participare și în documentația descriptivă.

b) în situații excepționale, temeinic motivate, atunci când natura lucrărilor/produselor/serviciilor sau riscurile implicate de executarea/livrarea/prestarea acestora nu permit o estimare inițială globală a prețului viitorului contract de achiziție publică;

c) atunci când serviciile care urmează să fie achiziționate, îndeosebi serviciile financiare, sau serviciile intelectuale, cum ar fi cele care implică proiectarea lucrărilor, sunt de așa natură încât caietul de sarcini nu poate fi elaborat cu precizia pe care o impune atribuirea unui contract de achiziție publică prin aplicarea licitației deschise sau licitației restrânse;

d) atunci când lucrările ce urmează a fi executate sunt necesare exclusiv în scopul cercetării științifice, experimentării sau dezvoltării tehnologice, și numai dacă acestea nu se realizează pentru obținerea unui profit și nici nu urmăresc acoperirea costurilor aferente.

Negocierea cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare se inițiază prin transmiterea spre publicare, în conformitate cu prevederile ordonanței, a unui anunț de participare, prin care se solicită operatorilor economici interesați depunerea de candidaturi (Art. 112, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a candidaturilor trebuie să fie de cel puțin 37 de zile. În cazul în care, din motive de urgență, numărul de zile nu poate fi respectat, autoritatea contractantă are dreptul de a accelera aplicarea procedurii prin reducerea acestei perioadei, dar nu la mai puțin de 15 zile. În cazul în care anunțul de participare este transmis în format electronic spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada de cel puțin 37 de zile se poate reduce cu 7 zile și perioada prevăzută pentru situațiile de urgență se poate reduce cu 5 zile (Art. 113, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mică decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a transmite anunțul de participare spre publicare în SEAP cu cel puțin 10 zile înainte de data-limită de depunere a candidaturilor.

Orice operator economic are dreptul de a solicita și de a obține un exemplar al documentației descriptive. În situația în care atașarea documentației de atribuire în SEAP nu este posibilă din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, autoritatea contractantă are obligația de a pune la dispoziția oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens sau, după caz, căruia i s-a transmis o invitație de participare, pe suport hârtie ori pe suport magnetic, documentația descriptivă cât mai repede posibil, într-o perioadă care nu trebuie să depășească 4 zile de la primirea unei solicitări din partea acestuia. Documentația descriptivă trebuie să conțină o descriere a necesităților, obiectivelor și constrângerilor

autorității contractante, pe baza cărora se vor derula negocierile (Art. 115, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura pentru a participa la procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare. Atunci când preselectează candidații, autoritatea contractantă are obligația de a aplica criterii obiective și nediscriminatorii, utilizând în acest scop numai criteriile de preselecție prevăzute în anunțul de participare. Autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de preselecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preselecteze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora. Numărul minim al candidaților, indicat în anunțul de participare, trebuie să fie suficient pentru a asigura o concurență reală și, în orice situație, nu poate fi mai mic de 3 (Art. 116, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Numărul de candidați preselecțați trebuie să fie cel puțin egal cu numărul minim indicat în anunțul de participare.

În cazul în care numărul candidaților care îndeplinesc criteriile de preselecție este mai mic decât numărul minim indicat în anunțul de participare, autoritatea contractantă are dreptul fie de a anula procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, fie de a continua procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai cu acel/acei candidat/candidați care îndeplinește/îndeplinesc criteriile solicitate (Art. 117, alin. (2) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a transmite, concomitent, o invitație de participare la etapa a doua a procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare tuturor candidaților preselecțați. Este interzisă invitarea la etapa a doua a procedurii de negociere a unui operator economic care nu a depus candidatura în prima etapă sau care nu a îndeplinit criteriile de preselecție (Art. 118, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Invitația de participare trebuie să cuprindă cel puțin următoarele informații (Art. 119, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

- a) referințe privind anunțul de participare publicat;
- b) adresa la care vor avea loc negocierile, precum și data și ora lansării acestora;
- c) limba/limbile în care se vor derula negocierile;
- d) dacă este cazul, precizări referitoare la documentele suplimentare pe care operatorii economici trebuie să le prezinte în scopul verificării declarațiilor sau completării

documentelor, prezentate în prima etapă pentru demonstrarea capacității tehnice și economico-financiare;

e) informații detaliate și complete privind criteriul de atribuire aplicat pentru stabilirea ofertei câștigătoare

Orice candidat selectat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația descriptivă. Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic. Autoritatea contractantă are obligația de a transmite răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - către toți candidații selectați, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective (Art.119¹, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsul autorității contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru începerea negocierilor. În cazul accelerării procedurii de negociere, răspunsul autorității contractante trebuie să fie transmis nu mai târziu de 4 zile înainte de data-limită stabilită pentru începerea negocierilor. În cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenul de raspuns, aceasta din urmă are totuși obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare, în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către operatorii economici înainte de data-limită de începere a negocierilor (Art. 119², din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă derulează negocieri cu fiecare candidat preselectat în parte. În cadrul negocierilor se determină toate aspectele tehnice, financiare și juridice ale viitorului contract. Pe durata negocierilor, autoritatea contractantă are obligația de a asigura aplicarea principiului tratamentului egal față de toți candidații. În acest sens, autoritatea contractantă nu are dreptul de a furniza informații într-o manieră discriminatorie, care ar putea crea unuia/unora dintre candidați un avantaj în raport cu ceilalți. Autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui, fără acordul candidatului în cauză, propunerea de ofertă sau alte informații confidențiale prezentate de acesta (Art. 120, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul să prevadă în cadrul documentației descriptive posibilitatea de a desfășura negocierile în runde succesive, cu scopul de a reduce numărul de propuneri de ofertă care intră în negociere. Reducerea succesivă a propunerilor de ofertă se realizează numai pe baza factorilor de evaluare care au fost stabiliți în documentația de

atribuire. Autoritatea contractantă derulează negocieri până la identificarea și stabilirea ofertei câștigătoare, în termen de 20 de zile de la data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse. În cazuri temeinic motivate, autoritatea contractantă poate prelungi o singură dată perioada de evaluare. Motivele temeinice se prezintă într-o notă justificativă, aprobată de conducătorul autorității contractante care este parte a dosarului achiziției publice.

V. Procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare

Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri (Art. 122, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006):

a) atunci când, din motive tehnice, artistice sau pentru motive legate de protecția unor drepturi de exclusivitate, contractul de achiziție publică poate fi atribuit numai unui anumit operator economic;

b) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a licitației deschise, a licitației restrânse, a negocierii cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare sau a cererii de oferte 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. 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. În cazuri de forță majoră sau în cazuri temeinic motivate autoritatea contractantă are dreptul de a emite un ordin de începere a serviciilor/lucrărilor concomitent cu inițierea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

c) atunci când produsele ce urmează a fi livrate sunt fabricate exclusiv în scopul cercetării științifice, experimentării, studiilor sau dezvoltării tehnologice, și numai dacă acestea nu se realizează pentru obținerea unui profit și nici nu urmăresc acoperirea costurilor aferente;

d) atunci când este necesară achiziționarea, de la furnizorul inițial, a unor cantități suplimentare de produse destinate înlocuirii parțiale sau extinderii echipamentelor/instalațiilor livrate anterior, și numai dacă schimbarea furnizorului inițial ar pune autoritatea contractantă în situația de a achiziționa produse care, datorită caracteristicilor tehnice diferite de cele deja existente, determină incompatibilități sau dificultăți tehnice sporite de operare și întreținere. Ca regulă generală, durata unor astfel de contracte, precum și cea a contractelor reînnoite nu poate fi mai mare de 3 ani;

e) pentru achiziționarea de materii prime cotate la bursele de mărfuri, achiziția acestora realizându-se ca urmare a tranzacțiilor de pe piața la disponibil;

f) atunci când produsele pot fi achiziționate în condiții deosebit de avantajoase, de la un operator economic care își lichidează definitiv afacerile, de la un judecător-sindic care administrează afacerile unui operator economic în stare de faliment sau lichidare, printr-un aranjament cu creditorii unui operator economic în stare de faliment sau lichidare ori printr-o altă procedură similară cu cele anterioare, reglementată prin lege;

g) atunci când, ca urmare a unui concurs de soluții, contractul de servicii trebuie să fie atribuit, conform regulilor stabilite inițial, concurentului câștigător sau unuia dintre concurenții câștigători ai concursului respectiv, în acest din urmă caz, autoritatea contractantă având obligația de a transmite invitație la negocieri tuturor concurenților câștigători;

h) atunci când este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adicionale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții: 1) atribuirea să fie făcută contractantului inițial, 2) lucrările sau serviciile suplimentare/adicionale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia; 3) valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial;

i) atunci când, ulterior atribuirii unui contract de lucrări sau de servicii, autoritatea contractantă își propune să achiziționeze noi lucrări, respectiv noi servicii, care sunt similare lucrărilor ori serviciilor achiziționate prin atribuirea contractului inițial și numai dacă se respectă, în mod cumulativ, următoarele condiții: 1) atribuirea se face contractantului inițial, iar noile lucrări, respectiv noile servicii, constau în repetarea unor lucrări sau servicii similare celor prevăzute în contractul atribuit inițial și sunt conforme cu cerințele prevăzute în caietul

de sarcini elaborat cu ocazia atribuirii respectivului contract; 2) contractul de lucrări/servicii inițial a fost atribuit prin procedura de cerere de oferte/licitație deschisă sau restrânsă; 3) valoarea estimată a contractului inițial de lucrări/servicii s-a determinat prin luarea în considerare inclusiv a lucrărilor/serviciilor similare care pot fi achiziționate ulterior; 4) în anunțul de participare la procedura aplicată pentru atribuirea contractului inițial s-a precizat faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a opta pentru achiziționarea ulterioară de noi lucrări similare, respectiv noi servicii similare, de la operatorul economic a cărui ofertă va fi declarată câștigătoare în cadrul procedurii respective; 5) autoritatea contractantă are dreptul de a aplica această procedură într-un interval care nu poate depăși 3 ani de la atribuirea contractului inițial.

VI. Procedura cererii de oferte

Peste echivalentul în lei a 15.000 euro, autoritatea contractantă are obligația de a aplica procedura de cerere de oferte în cazul în care valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică este mai mică decât echivalentul în lei al următoarelor praguri: a) pentru contractul de furnizare: 125.000 euro; b) pentru contractul de servicii: 125.000 euro; c) pentru contractul de lucrări: 4.845.000 euro (Art. 124, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Începând cu data de 1 ianuarie 2007, cererea de oferte se inițiază prin publicarea în SEAP a unei invitații de participare la procedura de atribuire (Art. 125, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Invitația de participare cuprinde cel puțin următoarele informații: a) data și ora limită stabilite pentru primirea ofertelor; b) adresa la care se transmit ofertele; b¹) data și ora deschiderii ofertelor; c) limba sau limbile în care trebuie elaborată oferta; d) dacă se solicită îndeplinirea unor criterii minime de calificare, menționarea acestora; e) o scurtă descriere a obiectului contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; f) modul de obținere a documentației de atribuire. g) sursa de finanțare (Art. 125, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care documentația de atribuire este accesibilă direct prin mijloace electronice, autoritatea contractantă are obligația de a include în invitația de participare informații privind modul de accesare a documentației respective.

În cazul în care cererea de oferte se inițiază prin publicarea în SEAP autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare invitația de participare cu cel puțin 10 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor. În cazul în care autoritatea contractantă

publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării invitației de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul, în cazul atribuirii unui contract de furnizare de complexitate redusă, să reducă perioada prevăzută (de cel puțin 10 zile) cu 4 zile.

Autoritatea contractantă are obligația de a deschide ofertele la adresa, data și ora indicate în invitația de participare, în măsura în care nu a devenit necesară decalarea termenului de depunere a ofertelor, conform prevederilor de la art. 72 sau ca urmare a depunerii unei contestații (Art. 129, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

VII. Procedura concursului de soluții

Autoritatea contractantă are dreptul de a organiza un concurs de soluții, ca o procedură independentă, în care concurenții pot obține premii și/sau prime de participare, sau ca parte a unei alte proceduri care conduce la atribuirea unui contract de servicii (Art. 131, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de concurs orice informație, cerință, regulă, criteriu sau altele asemenea, necesare pentru a asigura potențialilor concurenți o informare completă și corectă cu privire la modul de aplicare a concursului de soluții (Art. 132, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Documentația de concurs trebuie să cuprindă cel puțin: a) informații generale privind autoritatea contractantă; b) instrucțiuni privind date limită care trebuie respectate și formalități care trebuie îndeplinite în legătură cu participarea la concurs; c) cerințele minime de calificare pe care autoritatea contractantă a hotărât să le solicite, precum și documentele care urmează să fie prezentate de concurenți pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor respective; d) ansamblul cerințelor pe baza cărora concurenții urmează să elaboreze și să prezinte proiectul; e) cuantumul premiilor care urmează să fie acordate, în cazul în care concursul este organizat ca o procedură independentă; f) angajamentul autorității contractante de a încheia contractul de servicii cu câștigătorul sau cu unul dintre câștigătorii concursului respectiv, în cazul în care concursul este organizat ca parte a unei alte proceduri de atribuire a contractului de servicii; g) informații detaliate și complete privind criteriul aplicat pentru stabilirea proiectului/proiectelor câștigător/câștigătoare (Art. 133, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Concursul de soluții se inițiază prin publicarea, în conformitate cu prevederile ordonanței, a unui anunț de participare prin care solicită operatorilor economici interesați depunerea de proiecte. Anunțul trebuie să cuprindă cel puțin informațiile prevăzute în anexa nr. 3D a Ordonanței de urgență nr. 34/2006 și se elaborează în conformitate cu formularul standard adoptat de Comisia Europeană. Numărul de zile dintre data publicării anunțului de participare și data depunerii proiectelor trebuie să fie stabilit astfel încât operatorii economici să beneficieze de o perioadă rezonabilă pentru elaborarea acestora. Autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare anunțul de participare cu cel puțin 52 de zile înainte de data limită de depunere a proiectelor (Art. 134, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care autoritatea contractantă solicită transmiterea electronică a proiectelor, condițiile referitoare la cerințele de respectat în situația transmiterii prin mijloace electronice și cele referitoare la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească dispozitivele electronice în vederea garantării integrității și confidențialității datelor recepționate, se aplică în mod corespunzător (Art. 135, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru ca schimburile de mesaje, comunicările și arhivarea informațiilor să se realizeze într-o astfel de manieră încât să asigure integritatea și confidențialitatea deplină a tuturor informațiilor comunicate de concurenți. Conținutul planurilor sau proiectelor prezentate trebuie să rămână confidențial cel puțin până la data stabilită pentru deschiderea acestora, juriul urmând a lua cunoștință de conținutul respectivelor proiecte numai după această dată (Art. 136, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a realiza o selecție preliminară a concurenților, utilizând în acest sens criterii clare, obiective, nediscriminatorii, care trebuie să fie precizate în mod explicit în documentația de concurs. Numărul de concurenți selectați trebuie să fie suficient astfel încât să asigure o concurență reală (Art. 137, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În scopul evaluării proiectelor prezentate într-un concurs de soluții, autoritatea contractantă are obligația de a numi un juriu format din cel puțin 3 membri, persoane fizice independente față de concurenți, cu pregătire profesională și experiență relevantă în domeniu, precum și cu probitate morală recunoscută. În cazul în care concurenților li s-a solicitat o anumită calificare profesională, atunci cel puțin o treime din numărul membrilor juriului trebuie să aibă acea calificare sau una echivalentă (Art. 138, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Proiectele trebuie să fie prezentate anonim, acest anonimat urmând a fi păstrat până în momentul în care juriul a adoptat o decizie sau a formulat o opinie. Juriul este autonom în deciziile și opiniile pe care le emite (Art. 139, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Juriul are obligația de a evalua proiectele depuse exclusiv în baza criteriilor de evaluare indicate în anunțul de concurs. Juriul are obligația de a întocmi un raport, semnat de toți membrii săi, care trebuie să cuprindă evaluarea calitativă a fiecărui proiect, observații specifice, precum și, dacă este cazul, lista de probleme care urmează a fi clarificate (Art. 140, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Juriul are dreptul de a invita concurenții să răspundă la problemele care au fost consemnate în raport, în vederea clarificării oricăror aspecte referitoare la soluția/proiectul propus, având obligația de a elabora procese-verbale complete ale discuțiilor derulate (Art. 141, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

VII. Proceduri speciale de atribuire a contractului de achiziție publică

1. Acordul-cadru

Autoritatea contractantă are obligația de a încheia acordul-cadru, de regulă prin aplicarea procedurilor de licitație deschisă sau licitație restrânsă. Prin excepție, pentru încheierea unui acord-cadru autoritatea contractantă are dreptul de a aplica celelalte proceduri numai în circumstanțele specifice prevăzute Ordonanța de urgență nr. 34/2006. (Art. 142, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența. De asemenea, autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili ca durata unui acord-cadru să depășească mai mult de 4 ani, decât în cazuri excepționale și pe care le poate justifica în special prin obiectul specific al contractelor ce urmează a fi atribuite în baza acordului-cadru respectiv. Contractele care se atribuie în baza unui acord-cadru nu pot fi încheiate decât între autoritatea/autoritățile contractante și operatorul/operatorii economici, care sunt parte a acordului respectiv (Art. 144, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Atunci când atribuie un contract de achiziție publică pe baza prevederilor dintr-un acord-cadru, autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune sau de a accepta modificări substanțiale ale elementelor/condițiilor stabilite inițial prin acordul-cadru respectiv (Art. 145, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a stabili operatorul economic sau, după caz, operatorii economici care vor fi parte a acordului-cadru respectiv, prin aplicarea criteriilor de selecție și atribuire.

În cazul în care autoritatea contractantă încheie acordul-cadru cu un singur operator economic, atunci acordul respectiv trebuie să prevadă cel puțin: a) obligațiile pe care operatorul economic și le-a asumat prin propunerea tehnică; b) prețul unitar pe care operatorul economic l-a prevăzut în propunerea financiară și pe baza căruia se va determina prețul fiecărui contract atribuit ulterior (Art. 147, alin (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractele de achiziție publică subsecvente acordului-cadru numai cu respectarea condițiilor tehnice și financiare stabilite în acordul-cadru respectiv. De fiecare dată când intenționează să atribuiască un contract de achiziție publică subsecvent unui acord-cadru, autoritatea contractantă are obligația de a se consulta, în scris, cu operatorul economic, solicitându-i acestuia, în funcție de necesități, completarea ofertei.

În cazul în care autoritatea contractantă încheie acordul-cadru cu mai mulți operatori economici, numărul acestora nu poate fi mai mic de 3, în măsura în care există un număr suficient de operatori economici care au îndeplinit criteriile de calificare și selecție și care au prezentat oferte admisibile (Art. 148, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care numărul operatorilor economici care au îndeplinit criteriile de calificare și selecție și care au prezentat oferte admisibile este mai mic decât numărul minim indicat în anunțul/invitația de participare, autoritatea contractantă are următoarele drepturi:

a) fie de a anula procedura de atribuire pentru încheierea acordului-cadru; b) fie de a continua procedura de atribuire pentru încheierea acordului-cadru numai cu acel/acei operator/operatori economic/economici care îndeplinește/îndeplinesc criteriile de calificare și selecție solicitate și care au prezentat ofertă admisibilă (Art. 148¹, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care autoritatea contractantă încheie acordul-cadru cu mai mulți operatori economici, atunci acordul respectiv trebuie să prevadă cel puțin: a) obligațiile pe care fiecare dintre operatorii economici și le-au asumat prin propunerea tehnică; b) prețul unitar pe care fiecare operator economic l-a prevăzut în propunerea financiară (Art. 149, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui contracte de achiziție publică subsecvente unui acord-cadru încheiat cu mai mulți operatori economici fie fără reluarea competiției, fie prin reluarea competiției între operatorii economici semnatari ai acordului-cadru. Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui contracte de achiziție publică fără

reluarea competiției, numai dacă toate elementele/condițiile care vor guverna contractele respective au fost stabilite în acordul-cadru.

Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui contracte de achiziție publică prin reluarea competiției între operatorii economici semnatori ai acordului-cadru: a) fie respectând elementele/condițiile prevăzute în acordul-cadru; b) fie, dacă nu toate elementele/condițiile au fost clar prevăzute în acordul-cadru, prin detalierea acestora sau prin utilizarea, dacă se consideră necesar, unor alte elemente/condiții prevăzute în caietul de sarcini elaborat pentru încheierea acordului-cadru respectiv (Art. 149, alin. (4), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul prevăzut la art. 149 alin. b), autoritatea contractantă are obligația de a relua competiția respectând următoarea procedură:

a) pentru fiecare contract ce urmează a fi atribuit, autoritatea contractantă consultă în scris operatorii economici semnatori ai acordului-cadru respectiv;

b) autoritatea contractantă fixează un termen limită suficient pentru prezentarea ofertelor, în acest sens având obligația de a ține cont de aspecte precum complexitatea obiectului și timpul necesar pentru transmiterea ofertelor;

c) ofertele se prezintă în scris, iar conținutul lor rămâne confidențial până când termenul limită stipulat pentru deschidere a expirat;

d) autoritatea contractantă atribuie fiecare contract ofertantului care a prezentat cea mai bună ofertă, pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația în temeiul căreia a fost încheiat acordul-cadru (Art. 150, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

2. Sistemul de achiziție dinamic

Autoritatea contractantă are dreptul de a utiliza un sistem de achiziție dinamic numai prin intermediul SEAP și numai pentru achiziția unor produse de uz curent, ale căror caracteristici general disponibile pe piață satisfac nevoile autorității contractante. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu sistemul de achiziție dinamic astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența. Este interzisă solicitarea de taxe operatorilor economici interesați sau participanților la sistemul de achiziție dinamic (Art. 151, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili ca durata unui sistem de achiziție dinamic să depășească mai mult de 4 ani, decât în cazuri excepționale, temeinic justificate (Art. 152, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a respecta regulile procedurii de licitație deschisă în toate fazele sistemului de achiziție dinamic (Art. 154, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În scopul lansării sistemului dinamic de achiziție și atribuirii contractelor de achiziție publică în cadrul acestui sistem, autoritatea contractantă are obligația de a utiliza numai mijloace electronice, respectând totodată prevederile referitoare la regulile de comunicare și transmitere a ofertelor prevăzute în acest sens de Ordonanța de urgență nr. 34/2006.

Atunci când lansează un sistem de achiziție dinamic, autoritatea contractantă are obligația: a) de a publica un anunț de participare în care se precizează clar faptul că pentru atribuirea contractului/contractelor de achiziție publică se utilizează un sistem dinamic de achiziție, precum și adresa de Internet la care documentația de atribuire este disponibilă; b) de a indica în caietul de sarcini, alături de caracteristicile produselor care urmează să fie achiziționate, și informațiile relevante privind caracteristicile sistemului utilizat, echipamentul electronic folosit, posibilități și instrucțiuni de accesare; c) de a permite prin mijloace electronice, începând cu momentul publicării anunțului de participare și până la închiderea sistemului de achiziție dinamic, accesul nerestricționat, direct și complet la conținutul documentației de atribuire (Art. 155, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

După lansarea sistemului de achiziție dinamic și pe întreaga perioadă de existență a acestuia, autoritatea contractantă are obligația de a permite oricărui operator economic interesat să depună o ofertă orientativă, cu scopul de a fi admis în sistem. După primirea unei oferte orientative, autoritatea contractantă are obligația de a verifica dacă ofertantul îndeplinește criteriile de calificare stabilite și dacă propunerea tehnică prezentată este conformă cu cerințele din caietul de sarcini. Autoritatea contractantă are obligația de a finaliza verificarea în cel mult 15 zile de la primirea unei oferte orientative. Imediat după finalizarea verificării, autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertantul cu privire la admiterea lui în sistemul de achiziție dinamic sau, după caz, asupra deciziei de respingere a ofertei orientative (Art. 156, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Ofertantul are dreptul de a-și îmbunătăți oferta orientativă în orice moment, cu condiția ca propunerea tehnică să respecte în continuare cerințele din caietul de sarcini (Art. 157, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În scopul atribuirii contractelor de achiziție publică prin sistemul dinamic de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația de a publica, pentru fiecare contract în parte, un nou anunț de participare simplificat, prin care toți operatorii economici interesați sunt invitați să depună oferte orientative.

Autoritatea contractantă are obligația de a stabili o dată limită de depunere a ofertelor orientative care, raportată la data publicării anunțului de participare simplificat, nu trebuie să fie mai devreme de: a) 15 zile, în cazul în care valoarea estimată, (conform prevederilor art. 32) este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al 125.000 euro; b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată, (conform prevederilor art. 32), este mai mică decât echivalentul în lei al 125.000 euro (Art. 158, alin.(2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a invita toți ofertanții admiși în sistemul dinamic de achiziție să depună o ofertă fermă pentru contractul de achiziție publică care urmează să fie atribuit, stabilind în acest sens o dată limită pentru depunere. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a invita ofertanții să depună ofertele ferme decât după ce a finalizat verificarea tuturor ofertelor orientative depuse în termenele prevăzute mai sus. (art.158 alin. (2)) (Art. 159, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de achiziție publică ofertantului care prezintă cea mai avantajoasă ofertă fermă pe baza aplicării criteriilor de atribuire stabilite în anunțul de participare publicat cu ocazia lansării sistemului de achiziție dinamic. Dacă este cazul, aceste criterii pot fi formulate cu mai multă acuratețe în cadrul invitației. (Art. 160, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

3. Procedura licitației electronice

Autoritatea contractantă are dreptul de a utiliza licitația electronică în următoarele situații:

a) ca o etapă finală a licitației deschise, a licitației restrânse, a negocierii cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, aplicate atunci când, în urma aplicării licitației deschise, licitației restrânse, dialogului competitiv sau a cererii de oferte, nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse numai oferte inacceptabile ori neconforme sau în cele prevăzute pentru atribuirea contractelor sectoriale, ori a cererii de oferte, înainte de atribuirea contractului de achiziție publică, și numai dacă specificațiile tehnice au fost definite cu precizie în caietul de sarcini;

b) la reluarea competiției dintre operatorii economici care au semnat un acord-cadru, în condițiile prevăzute de Ordonanța de urgență;

c) cu ocazia depunerii ofertelor ferme în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică prin utilizarea unui sistem de achiziție dinamic (Art. 161, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a anunța decizia de utilizare a licitației electronice în anunțul de participare și în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu licitația electronică astfel încât: a) să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența; b) să modifice obiectul contractului de achiziție publică, astfel cum a fost acesta prevăzut în anunțul de participare și în documentația de atribuire (Art. 162, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Atribuirea contractelor de servicii și de lucrări, care presupun prestații intelectuale cum ar fi consultanță, proiectare și altele asemenea, nu pot face obiectul licitației electronice (Art. 163, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Atunci când intenționează să utilizeze licitația electronică, autoritatea contractantă are obligația de a include în cadrul informațiilor și instrucțiunilor din documentația de atribuire și următoarele precizări specifice: a) elementele ofertei care vor face obiectul procesului repetitiv de ofertare, cu condiția ca respectivele elemente să fie cuantificabile și să poată fi exprimate în cifre sau procente; b) eventuale limite ale valorilor până la care elementele prevăzute la lit. a) pot fi îmbunătățite, astfel cum rezultă acestea din specificațiile care definesc obiectul contractului; c) informațiile care urmează a fi puse la dispoziție ofertanților în cursul licitației electronice și momentul când aceste informații vor fi disponibile; d) informațiile relevante privind procesul licitației electronice; e) condițiile în care ofertanții vor avea dreptul să liciteze, cu referire în special la diferențele minime care, dacă este cazul, vor fi solicitate pentru licitarea noilor oferte; f) informațiile relevante referitoare la echipamentul electronic folosit, condițiile tehnice și modalitățile concrete de realizare a conectării (Art. 164, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Obligații ale autorității contractante. Înainte de lansarea unei licitații electronice, autoritatea contractantă are obligația de a realiza o evaluare inițială integrală a ofertelor, în conformitate cu criteriul de atribuire stabilit în documentația de atribuire. Autoritatea contractantă are obligația de a invita toți ofertanții care au depus oferte admisibile să prezinte prețuri noi și/sau, după caz, valori noi ale elementelor ofertei. Invitația se transmite pe cale electronică, simultan, tuturor ofertanților respectivi. Invitația trebuie să precizeze data și momentul de start al licitației electronice, precum și orice informație necesară pentru realizarea conectării individuale la echipamentul electronic utilizat. Autoritatea contractantă

nu are dreptul de a începe licitația electronică mai devreme de două zile lucrătoare după data la care au fost trimise invitațiile (Art. 165, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Conținutul invitației. În cazul în care contractul urmează a fi atribuit în baza criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, invitația trebuie să conțină și informații referitoare la: a) rezultatul primei evaluări a ofertei depuse de către ofertantul destinatar; b) formula matematică care va fi utilizată pentru stabilirea automată a clasamentului final, în funcție de noile prețuri și/sau noile valori prezentate de ofertanți. Formula matematică utilizată încorporează ponderile factorilor de evaluare ce urmează a fi aplicați pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, conform precizărilor din anunțul de participare sau din documentația de atribuire (Art. 166, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cadrul licitației electronice, procesul repetitiv de ofertare se referă: a) fie numai la prețuri, în cazul în care criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut; b) fie la prețuri și/sau la alte elemente ale ofertei, după cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, în cazul în care criteriul de atribuire este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

Licităția electronică se desfășoară în una sau mai multe runde succesive (Art. 167, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cursul fiecărei runde a licitației electronice, autoritatea contractantă are obligația de a comunica instantaneu tuturor ofertanților cel puțin informațiile necesare acestora pentru a-și determina, în orice moment, poziția pe care o ocupă în clasament. Autoritatea contractantă are dreptul de a comunica și alte informații privind: a) numărul participanților în runda respectivă a licitației electronice; b) prețuri sau valori noi prezentate în cadrul runde de licitare de către alți ofertanți, numai dacă documentația de atribuire a prevăzut această posibilitate.

Pe parcursul efectuării rundelor de licitare, autoritatea contractantă nu are dreptul de a dezvălui identitatea ofertanților.

Licităția electronică se finalizează printr-una sau printr-o combinație a următoarelor modalități: a) la un moment precis stabilit în prealabil și comunicat ofertanților în invitația de participare; b) după un număr de runde de licitare al căror calendar de desfășurare a fost precis stabilit în prealabil și comunicat ofertanților în invitația de participare; c) atunci când nu se mai primesc prețuri și/sau valori noi care îndeplinesc cerințele cu privire la diferențele minime impuse; în acest caz, invitația de participare trebuie să precizeze un termen limită care va fi lăsat să curgă de la primirea ultimei oferte până la finalizarea licitației electronice (Art. 169, alin (1) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de achiziție publică conform prevederilor art. 200, pe baza rezultatului obținut în urma finalizării licitației electronice.

XI. Procedura de atribuirea a contractului de achiziție publică

1. Oferta. Oferte alternative (Art. 170- 175 din Ordonanta de urgenta nr. 34/2006).

Ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă.

Operatorul economic are obligația de a depune oferta la adresa și până la data și ora limită pentru depunere stabilite în anunțul sau în invitația de participare. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cad în sarcina operatorului economic. Oferta depusă la o altă adresă a autorității contractante decât cea stabilită sau după expirarea datei limită pentru depunere se returnează nedeschisă. Conținutul ofertelor trebuie să rămână confidențial până la data stabilită pentru deschiderea acestora, autoritatea contractantă urmând a lua cunoștință de conținutul respectivelor oferte numai după această dată.

Autoritatea contractantă are dreptul de a permite ofertanților să depună oferte alternative numai în cazul în care criteriul de atribuire este cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic. Anunțul de participare trebuie să precizeze în mod explicit dacă este permisă depunerea de oferte alternative sau dacă această posibilitate este interzisă. În cazul în care această precizare lipsește, autoritatea contractantă nu are dreptul de a lua în considerare ofertele alternative.

Autoritatea contractantă care permite depunerea de oferte alternative are obligația de a preciza în caietul de sarcini cerințele minime obligatorii pe care acestea trebuie să le respecte și orice alte cerințe specifice pentru prezentarea lor. Autoritatea contractantă are obligația de a nu lua în considerare ofertele alternative care nu respectă cerințele minime.

În cazul în care a anunțat posibilitatea de a fi depuse oferte alternative, autoritatea contractantă nu are dreptul de a respinge o astfel de ofertă având ca singură motivație faptul că, dacă aceasta este declarată câștigătoare: a) contractul de furnizare pentru atribuirea căruia s-a organizat procedura se transformă în contract de servicii; sau b) contractul de servicii pentru atribuirea căruia s-a organizat procedura se transformă în contract de furnizare.

2. Procedura de selecție și calificare a candidaților/ofertanților.

Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criterii de calificare și selecție referitoare numai la: a) situația personală a candidatului sau ofertantului; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale; c) situația economică și financiară; d) capacitatea tehnică și/sau profesională; e) standarde de asigurare a calității; f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute de Ordonanța de urgență nr. 34/2006 (Art. 176, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Drepturi și obligații ale operatorilor economici și ale autorității contractante (Art. 177, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Operatorii economici au dreptul de a prezenta certificate emise de către o autoritate publică competentă sau de către un organism de drept public sau privat care respectă standarde europene de certificare, pentru demonstrarea îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune candidaților/ofertanților obligativitatea prezentării unei certificări specifice, aceștia din urmă având dreptul de a prezenta, în scopul demonstrării îndeplinirii anumitor cerințe, orice alte documente echivalente cu o astfel de certificare sau care probează, în mod concludent, îndeplinirea respectivelor cerințe. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, dacă se consideră necesar, clarificări sau completări ale documentelor prezentate.

Guvernul are dreptul de a stabili, prin hotărâre, modalități de certificare sau includere pe liste oficiale, la nivel național, a operatorilor economici care optează pentru un astfel de sistem de certificare. În acest caz, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are obligația de a informa Comisia Europeană cu privire la coordonatele și modul de funcționare a sistemului. În cazul utilizării listelor oficiale ale operatorilor economici desemnați, autoritățile contractante vor solicita adevărinite suplimentare, care să ateste îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale, în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

În cazul în care, pentru criteriile - situația economică și financiară și capacitatea tehnică și/sau profesională - autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și

financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire (Art. 178, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Criteriile de calificare. Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească.

Criteriile de calificare și selecție precizate în cadrul invitației/anunțului de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în cadrul documentației de atribuire. Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate conduce la anularea procedurii de atribuire, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Art. 179, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Dreptul și obligația de excludere. Autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat despre care are cunoștință că, în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru participare la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani (Art. 180, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic; b) nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit; c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia; d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională; e) prezintă informații false sau nu prezintă informațiile solicitate de către autoritatea contractantă, în scopul demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție (Art. 181, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile

precizate, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă (Art. 182, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente care emit documente de natura celor precizate mai sus. În ceea ce privește cazurile menționate la art. 180, în conformitate cu legislația internă a statului în care sunt stabiliți candidații sau ofertanții, aceste solicitări se referă la persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul.

În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor solicitate sau respectivele documente nu vizează toate situațiile de excludere, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens (Art. 182, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit (Art. 183, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada situației sale economice și financiare. În cazul în care autoritatea contractantă solicită demonstrarea situației economice și financiare, atunci aceasta are obligația de a indica în documentația de atribuire și informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop (Art. 184, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Demonstrarea situației economice și financiare se realizează, după caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, cum ar fi: a) declarații bancare corespunzătoare sau, după caz, dovezi privind asigurarea riscului profesional; b) bilanțul contabil sau extrase de bilanț, în cazul în care publicarea acestor bilanțuri este prevăzută de legislația țării în care este stabilit ofertantul/candidatul; c) declarații privind cifra de afaceri

globală sau, dacă este cazul, privind cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului într-o perioadă anterioară, care vizează activitatea din cel mult ultimii trei ani, în măsura în care informațiile respective sunt disponibile; în acest ultim caz autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare și data la care operatorul economic a fost înființat sau și-a început activitatea comercială (Art. 185, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care, din motive obiective, justificate corespunzător, operatorul economic nu are posibilitatea de a prezenta documentele solicitate de autoritatea contractantă, acesta are dreptul de a-și demonstra situația economică și financiară și prin prezentarea altor documente pe care autoritatea contractantă le poate considera edificatoare, în măsura în care acestea reflectă o imagine fidelă a situației economice și financiare a candidatului/ofertantului.

Capacitatea economică și financiară a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă.

În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare invocate. Persoana care asigură susținerea financiară nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire. Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, situația economică și financiară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului (Art. 186, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice și/sau profesionale. În cazul în care autoritatea contractantă solicită demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale, atunci aceasta are obligația de a indica în documentația de atribuire și informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop. Capacitatea tehnică și/sau profesională a unui ofertant/candidat se apreciază în funcție de experiența, aptitudinile, eficiența și eficacitatea acestuia, rezultate în urma analizării informațiilor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire (Art. 187, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de furnizare, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea

contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de cantitatea și de complexitatea produselor ce urmează să fie furnizate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de livrare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Livrările de produse se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea livrărilor de produse se realizează printr-o declarație a operatorului economic;

b) o declarație referitoare la echipamentele tehnice și la măsurile aplicate în vederea asigurării calității, precum și, dacă este cazul, la resursele de studiu și cercetare;

c) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;

d) certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea produselor, identificată clar prin referire la specificații sau standarde relevante;

e) mostre, descrieri și/sau fotografii a căror autenticitate trebuie să poată fi demonstrată în cazul în care autoritatea contractantă solicită acest lucru (Art. 188, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. În cazul în care beneficiarul este un client privat și, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obținerii unei certificări/confirmări din partea acestuia, demonstrarea prestărilor de servicii se realizează printr-o declarație a operatorului economic;

b) o declarație referitoare la echipamentele tehnice și la măsurile aplicate în vederea asigurării calității, precum și, dacă este cazul, la resursele de studiu și cercetare;

c) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;

d) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii;

e) o declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;

f) dacă este cazul, informații privind măsurile de protecție a mediului pe care operatorul economic le poate aplica în timpul îndeplinirii contractului de servicii;

g) informații referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de servicii;

h) informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze (Art. 188, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivele certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit;

b) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității;

c) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru execuția lucrărilor;

d) o declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani;

e) dacă este cazul, informații privind măsurile de protecție a mediului pe care operatorul economic le poate aplica în timpul îndeplinirii contractului de lucrări;

f) o declarație referitoare la utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de lucrări.

g) informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze (Art. 188, alin. (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care produsele care urmează să fie furnizate sau serviciile care urmează să fie prestate au un caracter complex sau sunt destinate unui scop specific, autoritatea contractantă are dreptul de a verifica/controla - direct sau prin intermediul unei autorități competente aparținând statului în care operatorul economic este stabilit și cu condiția acordului acestei autorități - capacitățile de producție ale furnizorului sau capacitatea tehnică a prestatorului, metodele de studiu și cercetare utilizate, precum și măsurile aplicate pentru controlul calității (Art. 189, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă. În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire (Art. 190, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

În cazul în care solicită prezentarea unor certificate, emise de organisme independente, prin care se atestă faptul că operatorul economic respectă anumite standarde de asigurare a calității, autoritatea contractantă trebuie să se raporteze la sistemele de asigurare a calității bazate pe seriile de standarde europene relevante, certificate de organisme conforme cu seriile de standarde europene privind certificarea (Art. 191, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În conformitate cu principiul recunoașterii reciproce, autoritatea contractantă are obligația de a accepta certificate echivalente emise de organisme stabilite în alte state ale Uniunii Europene.

În cazul în care operatorul economic nu deține un certificat de calitate astfel cum este solicitat de autoritatea contractantă, aceasta din urmă are obligația de a accepta orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic respectiv, în măsura în care probele/dovezile prezentate confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității (Art. 193, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care solicită ca demonstrarea măsurilor de protecție a mediului să se realizeze prin prezentarea unor certificate, emise de organisme independente, prin care se atestă faptul că operatorul economic respectă anumite standarde de protecție a mediului, atunci autoritatea contractantă trebuie să se raporteze fie la Sistemul Comunitar de Management Ecologic și audit (EMAS), fie la standarde de gestiune ecologică bazate pe seriile de standarde europene sau internaționale în domeniu, certificate de organisme conforme cu legislația comunitară ori cu standardele europene sau internaționale privind certificarea (Art. 194, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În conformitate cu principiul recunoașterii reciproce, autoritatea contractantă are obligația de a accepta certificate echivalente emise de organisme stabilite în alte state ale Uniunii Europene.

În cazul în care operatorul economic nu deține un certificat de mediu astfel cum este solicitat de autoritatea contractantă, aceasta din urmă are obligația de a accepta orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic respectiv, în măsura în care probele/dovezile prezentate confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al protecției mediului (Art. 196, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

3. Criterii de atribuire a contractului de achiziție publică

Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în anunțul de participare criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică, care, odată stabilit, nu poate fi schimbat pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire (Art. 197, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică poate fi: fie oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, fie, în mod exclusiv, prețul cel mai scăzut (Art. 198, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care atribuirea contractului de achiziție publică se realizează prin aplicarea procedurii de dialog competitiv, criteriul de atribuire utilizat trebuie să fie numai oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

În cazul aplicării criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", oferta stabilită ca fiind câștigătoare este oferta care întrunește punctajul cel mai mare rezultat

din aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative. În cazul în care, din motive obiective, pe care autoritatea contractantă le poate justifica temeinic, este imposibilă stabilirea exactă a ponderilor relative pentru fiecare factor de evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare și în documentația de atribuire cel puțin ordinea descrescătoare a importanței factorilor de evaluare care urmează să fie utilizați (Art. 199, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Factorii de evaluare a ofertei, prevăzuți la alin. (1), pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor.

Autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar, în invitația/anunțul de participare, precum și în documentația de atribuire, factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora. Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire algoritmul de calcul sau metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți. Orice modificare și/sau completare a factorilor de evaluare precizați conduce la anularea procedurii de atribuire (Art. 199, alin. (2)-(4), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

4. Procedura de stabilire a ofertei câștigătoare

În termen de 20 de zile de la data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse. În cazuri temeinic motivate, autoritatea contractantă poate prelungi o singură dată perioada de evaluare. Motivele temeinice se prezintă într-o notă justificativă, aprobată de conducătorul autorității contractante care este parte a dosarului achiziției publice (Art. 200, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate. Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat (Art. 201, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul unei oferte care are un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita

ofertantului, în scris și înainte de a lua o decizie de respingere a acelei oferte, detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă, precum și de a verifica răspunsurile care justifică prețul respectiv. O ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, atunci când prețul oferat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 85% din valoarea estimată a contractului respectiv sau, în cazul în care în procedura de atribuire sunt cel puțin 5 oferte care nu sunt considerate inacceptabile și/sau neconforme, atunci când prețul oferat reprezintă mai puțin de 85% din media aritmetică a ofertelor calculată fără a se avea în vedere propunerea financiară cea mai mică și propunerea financiară cea mai mare (Art. 202, alin. (1) și (1¹), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare justificările primite de la ofertant, în condițiile alin. (1), îndeosebi cele care se referă la: a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate; b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor, pentru furnizarea produselor sau prestarea serviciilor; c) originalitatea ofertei din punct de vedere al îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini; d) respectarea dispozițiilor privind protecția muncii și condițiile de lucru aplicabile pentru executarea lucrării, prestarea serviciului sau furnizarea produselor; e) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat (Art. 202, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă pe acest temei numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul este în imposibilitate de a demonstra, într-o perioadă de timp rezonabil stabilită de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal. Atunci când autoritatea contractantă respinge o ofertă în aceste circumstanțe, aceasta are obligația de a transmite o notificare în acest sens Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (Art. 203, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă (Art. 204 alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, datorită faptului că ofertantul în cauză se află

într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, atunci aceasta are dreptul să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă. În caz contrar, se anulează aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică (Art. 204, alin (1¹) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a asigura obținerea și păstrarea documentelor justificative care dovedesc efectuarea oricărei proceduri de atribuire.

Într-un contract de achiziție publică este permisă doar cesiunea creanțelor născute din acel contract, obligațiile născute rămânând în sarcina părților contractante, astfel cum au fost stipulate și asumate inițial (Art. 204¹ din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Contractele care intră în sfera de aplicare a Ordonanței de urgență nr. 34/2006 pot fi încheiate numai după împlinirea termenelor de așteptare de: a) 11 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, în cazul în care valoarea estimată, conform prevederilor ordonanței, a contractului respectiv este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2); b) 6 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, în cazul în care valoarea estimată a contractului respectiv este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) (Art. 205, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Contractele/acordurile-cadru încheiate înainte de împlinirea acestor termene sunt lovite de nulitate.

Respectarea acestor termene este facultativă în următoarele cazuri: a) atunci când prezenta ordonanță de urgență nu prevede obligativitatea publicării unui anunț sau a unei invitații de participare; b) atunci când contractul/acordul-cadru respectiv urmează să fie încheiat cu un operator economic care a fost singurul ofertant la respectiva procedură de atribuire și nu există alți operatori economici implicați în procedura de atribuire; c) atunci când este atribuit un contract subsecvent unui acord-cadru sau ca urmare a utilizării unui sistem dinamic de achiziție (Art. 205 alin. (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

5. Procedura de informare a candidaților și a ofertanților

Autoritatea contractantă are obligația de a informa operatorii economici implicați în procedura de atribuire despre deciziile referitoare la rezultatul selecției, la rezultatul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică sau de încheiere a acordului-cadru, la admiterea într-un sistem de achiziție dinamic, la rezultatul concursului de soluții ori, după caz, la anularea procedurii de atribuire și eventuala inițiere ulterioară a unei noi proceduri, în

scris și cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la emiterea acestora, înăuntrul termenului de 20 de zile de la data deschiderii ofertelor (Art. 206 alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Se consideră operator economic implicat în procedura de atribuire orice candidat/ofertant pe care autoritatea contractantă nu l-a informat încă despre decizii care îi vizează direct candidatura/oferta proprie sau orice candidat/ofertant a cărui candidatură/ofertă nu a fost încă respinsă definitiv de autoritatea contractantă. O respingere este considerată definitivă dacă a fost comunicată operatorului economic în cauză și fie a fost considerată legală de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sesizat în legătură cu acest aspect, fie nu a făcut ori nu mai poate face obiectul unei căi de atac (Art. 206 , alin. (1¹), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Comunicarea prin care se transmite informarea se transmite și prin fax sau prin mijloace electronice. În cazul în care autoritatea contractantă nu transmite comunicarea privind rezultatul aplicării procedurii și prin fax sau prin mijloace electronice, atunci termenele de așteptare, de 11 zile sau 6 zile, se majorează cu 5 zile.

În cadrul procedurii de comunicare autoritatea contractantă are două obligații, și anume: de a informa ofertantul/ofertanții câștigător/câștigători cu privire la acceptarea ofertei/ofertelor prezentate, și de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective., după cum urmează (Art. 207, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006):

a) fiecărui candidat respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a candidaturii sale;

b) pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini;

c) fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribue contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru; Autoritatea contractantă are dreptul de a nu comunica unele dintre aceste informații, dar numai în situația în care divulgarea acestora ar conduce la neaplicarea unei prevederi legale, ar constitui un obstacol în aplicarea unei prevederi legale sau ar fi contrară interesului public și ar prejudicia interesele comerciale legitime ale operatorilor

economici, publici sau privați, sau ar prejudicia concurența loială dintre aceștia (Art. 208, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

d) fiecărui operator economic aflat în oricare dintre situațiile precedente, data-limită până la care au dreptul de a depune contestație, în condițiile stabilite în acest sens de Ordonanța de urgență nr. 34/2006.

IV.3. Contractul de concesiune

Aspecte introductive. Principiile care stau la baza atribuirii contractului de concesiune sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) eficiența utilizării fondurilor publice; g) asumarea răspunderii (art. 2 alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006)

Autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de concesiune potrivit Ordonanței de urgență nr. 34/2006. Modul de fundamentare a deciziei de realizare a proiectului, modul de transfer și de recuperare a obiectului concesiunii, modul de pregătire a documentației de atribuire și de aplicare a procedurilor prevăzute de prezenta ordonanță de urgență se stabilesc prin hotărâre a Guvernului.

Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui contractul de concesiune de lucrări publice sau contractul de concesiune de servicii, aplicând:

a) procedura licitației deschise, respectiv procedura la care orice operator economic interesat are dreptul de a depune oferta;

b) procedura licitației restrânsă, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura, urmând ca numai candidații selectați să aibă dreptul de a depune oferta;

c) procedura dialogului competitiv, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura și prin care autoritatea contractantă conduce un dialog cu candidații admiși, în scopul identificării uneia sau mai multor soluții apte să răspundă necesităților sale, urmând ca, pe baza soluției/soluțiilor, candidații selectați să elaboreze oferta finală;

d) procedura negocierii cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în condițiile prevăzute de Ordonanța nr. 34/2006 (Art. 218¹ din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Regulile de estimare precizate în cazul contractului de achiziție se aplică în mod corespunzător pentru determinarea valorii estimate a contractului de concesiune. Modul de soluționare a contestațiilor depuse pe parcursul aplicării procedurii de atribuire a contractului de concesiune este cel prevăzut la cap. IX, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006.

Asigurarea transparenței procedurii de concesiune. Autoritatea contractantă are obligația de a asigura transparența procedurii de atribuire a contractelor de concesiune. Procedura de atribuire a unui contract de concesiune se inițiază prin publicarea unui anunț de participare. Autoritatea contractantă are obligația de a include în anunț cel puțin informațiile cuprinse în anexa nr. 3B a Ordonanței de urgență nr. 34/2006 și, dacă este necesar, alte informații considerate utile de către autoritatea contractantă, în conformitate cu formularul standard adoptat de Comisia Europeană. În cazul anunțurilor de participare pentru care, în conformitate cu prevederile prezentei ordonanțe de urgență, nu este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, conținutul acestora se stabilește prin hotărâre a Guvernului (Art. 222, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Anunțul de participare se publică în SEAP și, după caz, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, precum și, opțional, în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, Achiziții publice. Publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie pentru contractul de concesiune de lucrări publice, în situațiile în care valoarea estimată a acestuia este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al 4.845.000 euro (Art. 223, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are obligația de a stabili numărul de zile dintre data publicării anunțului de participare și data depunerii aplicațiilor, astfel încât operatorii economici să beneficieze de o perioadă adecvată și suficientă pentru elaborarea aplicațiilor. Indiferent de procedura aplicată, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare anunțul de participare cu cel puțin 52 de zile înainte de data limită de depunere a aplicațiilor. În cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada de cel puțin 52 de zile înainte de data limită de depunere a aplicațiilor se poate reduce cu 7 zile (Art. 224, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

1. Procedura de pentru atribuirea contractelor de achiziție publică de către concesiionari.

În cazul în care concesionarul are calitatea de autoritate contractantă în sensul prevederilor Ordonanței de urgență nr. 34/2006 (art. 8 lit. a)-c)), acesta are obligația de a respecta regulile precizate în cadrul procedurilor prezentate în cazul contractului de achiziție publică, atunci când atribuie un contract de achiziție publică unei terțe părți (Art. 226, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care concesionarul nu are calitatea de autoritate contractantă în sensul prevederilor Ordonanței de urgență nr. 34/2006 (art. 8 lit. a)-c)), acesta are totuși obligația, atunci când atribuie un contract de lucrări sau de servicii unei terțe părți, de a publica un anunț de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, în SEAP și, opțional, în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, Achiziții publice, în toate situațiile în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al 4.845.000 euro, cu excepția cazurilor în care autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Concesionarul are obligația de a respecta și următoarele condiții: a) numărul de zile dintre data transmiterii spre publicare a anunțului de participare și data depunerii candidaturilor trebuie să fie de cel puțin 37 de zile; și b) numărul de zile dintre data transmiterii spre publicare a anunțului de participare sau transmiterii invitației de participare și data depunerii ofertelor trebuie să fie de cel puțin 40 de zile (Art. 227, alin. (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În cazul în care anunțul de participare este transmis, în format electronic, spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, aceste termenele se pot reduce cu 7 zile.

În cazul în care concesionarul publică în SEAP întreaga documentație de atribuire și permite, începând cu data publicării anunțului de participare, accesul direct și nerestricționat al operatorilor economici la această documentație, atunci aceasta are dreptul de a reduce termenul redus, cu încă 5 zile.

Concesionarul are obligația de a include în anunț cel puțin informațiile cuprinse în anexa nr. 3C Ordonanței de urgență nr. 34/2006 și, dacă este necesar, alte informații considerate utile de către acesta, în conformitate cu formularul standard adoptat de Comisia Europeană (Art. 224, alin. (3)-(4), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Grupurile de întreprinderi care s-au constituit pentru obținerea concesiunii sau întreprinderile afiliate acestora nu sunt considerate a fi terțe părți. În sensul acestei prevederi, prin întreprindere afiliată se înțelege orice persoană care desfășoară activități economice și: a) asupra căreia concesionarul poate exercita, direct sau indirect, o influență dominantă; b) care poate exercita asupra concesionarului o influență dominantă; c) care, la fel ca și

concesionarul, face obiectul influenței dominante a unei alte persoane (Art. 228, alin. (1)-(2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Operatorul economic care participă la procedura de atribuire a unui contract de concesiune are obligația de a include în aplicație lista cuprinzând persoanele care au calitatea de întreprinderi afiliate acestuia; concesionarul are obligația de a actualiza această listă în mod permanent, până la finalizarea contractului de concesiune.

2. Procedura de soluționare a contestațiilor

Dispoziții generale. Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență (Art. 255, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

- a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;
- b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire (Art. 255, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire (Art. 255, alin. (3), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Soluționarea contestațiilor privind atribuirea contractelor de delegare a gestiunii unui serviciu comunitar de utilități publice pentru care legislația specifică face trimitere la aplicarea Ordonanței de urgență nr. 34/2006 se realizează conform procedurii prezentate în această secțiune (Art. 255, alin. (4), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În vederea ***soluționării contestațiilor pe cale administrativ-jurisdicțională***, partea care se consideră vătămată are dreptul să se adreseze Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, respectând următoarele aspecte procedurale (Art. 256, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006):

a. Notificarea autorității contractante (Art. 256¹ alin. (1)-(6), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). Înainte de a se adresa Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, persoana vătămată notifică autoritatea contractantă cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Lipsa notificării nu împiedică introducerea cererii în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor. Notificarea nu are ca efect suspendarea de drept a procedurii de atribuire. După primirea notificării, autoritatea contractantă poate adopta orice măsuri pe care le consideră necesare pentru remedierea preținsei încălcări, inclusiv suspendarea procedurii de atribuire sau revocarea unui act emis în cadrul respectivei proceduri.

Măsurile adoptate se comunică în termen de o zi lucrătoare atât persoanei care a notificat autoritatea contractantă, cât și celorlalți operatori economici implicați.

Persoana vătămată care a notificat autoritatea contractantă se poate adresa de îndată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, fără a fi obligată să aștepte comunicarea măsurilor luate de autoritatea contractantă.

Persoana vătămată care, primind comunicarea consideră că măsurile adoptate sunt suficiente pentru remedierea preținsei încălcări va transmite autorității contractante o notificare de renunțare la dreptul de a formula contestație în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau, după caz, o cerere de renunțare la judecarea contestației.

b. Sesizarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile Ordonanței de urgență nr. 34/2006, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit, conform prevederilor ordonanței, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2); b) 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a contractului este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) În cazul în care cererea privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire. (Art. 256² alin. (1)-(2), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006)

Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: a) numele, domiciliul sau reședința contestatorului ori, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul lor și codul unic de înregistrare. În cazul persoanelor juridice se vor indica și

persoanele care le reprezintă și în ce calitate; b) denumirea și sediul autorității contractante; c) denumirea obiectului contractului de achiziție publică și procedura de atribuire aplicată; d) obiectul contestației; e) motivarea în fapt și în drept a cererii; f) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil; g) semnătura părții sau a reprezentantului persoanei juridice (Art. 270, alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile necesare, precizate mai sus, va cere contestatorului ca, în termen de 5 zile de la înștiințarea prin care i se aduce la cunoștință această situație, să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația va fi respinsă.

Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute de ordonanța de urgență în acest sens. Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor necesare potrivit ordonanței, dacă acestea sunt disponibile (Art. 271, alin (1) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În termen de o zi lucrătoare de la primirea contestației, autoritatea contractantă are obligația să îi înștiințeze despre aceasta și pe ceilalți participanți încă implicați în procedura de atribuire. Înștiințarea trebuie să conțină inclusiv o copie a contestației respective. Toate notificările sau comunicările actelor procedurale se fac cu confirmare de primire. Transmiterea se poate fi transmisă prin oricare dintre următoarele modalități: prin poștă, prin fax, prin mijloace electronice, precum și prin orice combinație a acestor modalități.

c. Măsurile de remediere (Art. 256³ din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). După primirea unei contestații, autoritatea contractantă are dreptul de a adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației respective. Orice astfel de măsuri trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării acestora.

În situația în care contestatorul consideră că măsurile adoptate sunt suficiente pentru remedierea actelor invocate ca fiind nelegale, acesta va trimite Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și autorității contractante o notificare de renunțare la contestație. În acest caz, autoritatea contractantă nu mai are obligația de a comunica punctul său de vedere, în condițiile dispozițiilor ordonanței.

În cazul primirii unei contestații de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru care nu s-a luat act de renunțare, autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contractul numai după comunicarea deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în termen de 3 zile de la pronunțare, dar nu înainte de expirarea termenelor de așteptare. Contractul încheiat cu nerespectarea acestor prevederi este lovit de nulitate absolută. În cazul în care, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, autoritatea contractantă achiziționează produse, servicii sau lucrări defalcate pe loturi, prevederile sunt aplicabile numai asupra loturilor pentru care s-a depus contestație. Dacă decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor a fost atacată cu plângere, dispozițiile ordonanței referitoare la suspendarea executării contractului se aplică în mod corespunzător.

Procedura de soluționare a contestațiilor în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor. Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedura de atribuire, prin complete specializate, constituite potrivit Regulamentului de organizare și funcționare a Consiliului, aprobat în condițiile prevăzute de Ordonanța de urgență nr. 34/2006. În exercitarea atribuțiilor sale, Consiliul adoptă decizii (Art. 266, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Contestația se soluționează de un complet format din 3 membri ai Consiliului, dintre care unul are calitatea de președinte de complet. Cauzele se distribuie completelor în mod aleatoriu (Art. 267-268, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare (Art. 269, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor, corespunzătoare elementelor pe care trebuie să le conțină contestația, potrivit dispozițiilor ordonanței de urgență, dacă acestea sunt disponibile (Art. 272, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexe de către Consiliu pentru a se pronunța o soluție unitară. Pentru contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se va păstra continuitatea completului de soluționare. Până la soluționarea contestației de către Consiliu, participanții în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se pot asocia la contestație printr-o cerere proprie care trebuie să conțină toate elementele contestației, prevăzute de dispozițiile ordonanței (Art. 273, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

În vederea soluționării contestației/contestațiilor, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului, în termen de cel mult 3 zile lucrătoare de la data expirării termenului de așteptare, punctul său de vedere asupra acesteia/acestora, însoțit de orice alte documente considerate edificatoare, precum și, sub sancțiunea amenzii prevăzute de Ordonanța de urgență nr. 34/2006, o copie a dosarului achiziției publice, cu excepția anunțurilor publicate în SEAP și a documentației de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din SEAP. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante nu împiedică soluționarea contestației/contestațiilor, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia/acestora (Art. 274, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă va notifica punctul de vedere și contestatorului/contestatorilor, în același termen.

La cerere, contestatorul are acces la documentele aflate în dosarul achiziției publice depuse de autoritate la Consiliu, cu excepția propunerilor tehnice ale celorlalți ofertanți la procedura de atribuire, acestea din urmă putând fi consultate de contestator numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți, acord care se anexează la cererea pe care contestatorul o adresează Consiliului (Art. 274, alin. (4), din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Autoritatea contractantă are dreptul de a transmite Consiliului punctul său de vedere asupra contestației/contestațiilor, însoțit de orice alte documente considerate edificatoare, precum și o copie a dosarului achiziției publice, și înainte de expirarea termenului de așteptare (Art. 274¹ din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Aspecte procedurale în soluționarea contestației (Art. 275, din Ordonanța de urgență nr. 34/2006). În vederea soluționării contestației Consiliul are dreptul de a solicita lămuriri părților, de a administra probe și de a solicita orice alte date/documente, în măsura în care acestea sunt relevante în raport cu obiectul contestației. De asemenea, Consiliul are dreptul de a solicita orice date necesare pentru soluționarea contestației și de la alte persoane fizice sau juridice. Aplicarea acestei prevederi nu trebuie să conducă la depășirea termenului de soluționare a contestației.

Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde la orice solicitare a Consiliului și de a-i transmite acestuia orice alte documente care prezintă relevanță pentru soluționarea contestației, într-un termen care nu poate depăși 5 zile de la data primirii solicitării, sub sancțiunea unei amenzi în cuantum de 10.000 lei, aplicată conducătorului autorității contractante. Consiliul are obligația de a pronunța decizia privind amenda cel târziu în cea de-a 5-a zi de la expirarea termenului prevăzut mai sus (5 zile de la data primirii solicitării).

Decizia Consiliului privind amenda, neatacată în termen, constituie titlu executoriu și se execută de către organele competente, potrivit dispozițiilor legale privind executarea silită a creanțelor fiscale și cu procedura prevăzută de aceste dispoziții. Consiliul va putea desemna un expert independent pentru lămurirea unor aspecte de natură tehnică sau financiară. Durata efectuării expertizei trebuie să se încadreze înăuntrul termenului prevăzut pentru soluționarea contestațiilor de către Consiliu. Costul expertizei va fi suportat de partea care a formulat cererea de efectuare a acesteia.

Procedura în fața Consiliului este scrisă, iar părțile vor fi audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației. Părțile pot fi reprezentate de avocați și pot depune concluzii scrise în cursul procedurii. De asemenea, părțile pot solicita să depună concluzii oral în fața Consiliului, fără ca prin aceasta să fie afectate termenele prevăzute în acest sens.

Consiliul are obligația de a soluționa pe fond contestația, indiferent dacă există alte cauze aflate pe rolul instanțelor de judecată referitoare la aceeași procedură de atribuire, în termen de 20 de zile de la data primirii dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, respectiv în termen de 10 zile în situația incidenței unei excepții care împiedică analiza pe fond a contestației. În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit o singură dată cu încă 10 zile (art. 276, alin. (1) din Ordonanța de urgență nr. 34/2006)

Procedura de suspendare. În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, Consiliul, până la soluționarea fondului cauzei, poate să dispună, în termen de 3 zile, la cererea părții interesate, prin decizie, măsura suspendării procedurii de achiziție publică. Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public. Decizia poate fi atacată la instanța competentă, în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare (Art. 275¹ din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

Căi de atac împotriva deciziilor Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor

Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios-administrativ și fiscal în a cărei rază se află sediul autorității contractante. Cu excepția cazurilor în care plângerea are ca obiect contestarea amenzii, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor nu are calitatea de parte în proces.

Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu privind procedurile de atribuire de servicii și/sau lucrări aferente infrastructurii de transport de interes național, așa cum este definită de legislația în vigoare, este Curtea de Apel București, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Plângerea va fi soluționată în complet format din 3 judecători. Plângerea se soluționează potrivit dispozițiilor art. 304¹ din Codul de procedură civilă. După soluționarea plângerii de către instanță, dosarul cauzei se restituie de către instanță Consiliului.

În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, președintele instanței poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere dată cu citarea părților, suspendarea executării contractului. Instanța soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele probabile ale acesteia asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public. Instanța va putea să nu dispună măsura în cazul în care consecințele negative ale acesteia ar putea fi mai mari decât beneficiile ei. Hotărârea de a nu dispune suspendarea executării contractului nu trebuie să prejudicieze niciun alt drept al persoanei care a înaintat cererea.

Încheierea poate fi atacată cu recurs, în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare (Art. 283- 283¹ din Ordonanța de urgență nr. 34/2006).

5.Proceduri privind contractul de concesiune de bunuri proprietate publică

Definire. Contractul de concesiune de bunuri proprietate publică, denumit în continuare contract de concesiune, este acel contract încheiat în formă scrisă prin care o autoritate publică, denumită concedent, transmite, pe o perioadă determinată, unei persoane, denumite concesionar, care actionează pe riscul și răspunderea sa, dreptul și obligația de exploatare a unui bun proprietate publică în schimbul unei redevențe (Art. 1, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 54/2006)³⁷.

Fac obiectul contractului de concesiune bunurile care sunt proprietate publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, potrivit Constituției și reglementărilor legale privind proprietatea publică (Art. 3, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

³⁷ dispozițiile ordonanței de urgență nr. 54/2006 nu se aplică contractelor reglementate de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. În cazul unui contract a cărui atribuire intra sub incidența prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 pentru a cărui executare este necesară exploatarea unui bun proprietate publică, dreptul de exploatare a respectivului bun se transmite în cadrul și potrivit procedurii aplicate pentru atribuirea contractului în cauză. În cazul prevăzut la alin. (2) autoritatea contractantă încheie un singur contract guvernat de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

5.1.Procedura administrativă de inițiere a concesiunii.

Concesionarea are loc la inițiativa concedentului sau ca urmare a unei propuneri însoșite de acesta (Art. 9, din Ordonanța de urgență, 54/2006). Propunerea de concesionare trebuie să fie fundamentată din punct de vedere economic, financiar, social și de mediu.

Inițiativa concesiunii trebuie să aibă la bază efectuarea unui studiu de oportunitate, care să cuprindă, în principal, următoarele elemente: a) descrierea și identificarea bunului care urmează să fie concesiunat; b) motivele de ordin economic, financiar, social și de mediu, care justifică realizarea concesiunii; c) nivelul minim al redevenței; d) procedura utilizată pentru atribuirea contractului de concesiune și justificarea alegerii procedurii; e) durata estimată a concesiunii; f) termenele previzibile pentru realizarea procedurii de concesionare; g) avizul obligatoriu al Oficiului Central de Stat pentru Probleme Speciale și al Statului Major General privind încadrarea obiectului concesiunii în infrastructura sistemului național de apărare, după caz; h) avizul obligatoriu al structurii de administrare/custodelui ariei naturale protejate, în cazul în care obiectul concesiunii îl constituie bunuri situate în interiorul unei arii naturale protejate, respectiv al autorității teritoriale pentru protecția mediului competente, în cazul în care aria naturală protejată nu are structura de administrare/custode (Art. 10, alin. (1), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul este obligat ca, într-un termen de 30 de zile de la însușirea propunerii de concesionare formulate de persoana interesată, să procedeze la întocmirea studiului de oportunitate (Art. 10, alin. (2), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

În cazurile în care autoritatea publică nu deține capacitatea organizatorică și tehnică pentru elaborarea studiului de oportunitate, aceasta poate apela la serviciile unor consultanți de specialitate (Art. 10, alin. (3), din Ordonanța de urgență, 54/2006)³⁸.

În măsura în care, după întocmirea studiului de oportunitate, se constată că exploatarea bunului ce va face obiectul concesiunii implică în mod necesar și executarea unor lucrări și/sau prestarea unor servicii, concedentul are obligația ca, în funcție de scopul urmărit și de activitățile desfășurate, să califice natura contractului potrivit prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006. În acest scop, concedentul poate solicita punctul de vedere al Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (Art. 11, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

³⁸ Contractarea acestor servicii se face cu respectarea prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ale Legii concurenței nr. 21/1996, republicată, și ale Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, cu modificările și completările ulterioare;

Studiul de oportunitate. Studiul de oportunitate se aprobă de către concedent. Concesionarea se aprobă, pe baza studiului de oportunitate, prin hotărâre a Guvernului, a consiliilor locale, județene sau a Consiliului General al Municipiului București, după caz. În baza studiului de oportunitate concedentul elaborează caietul de sarcini al concesiunii (Art. 12, alin. (1)-(3), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

5.2.Procedura de atribuire a contractului de concesiune

Reguli generale.

Procedurile de atribuire a contractului de concesiune sunt următoarele:

a) licitația - procedura la care persoana fizică sau juridică interesată are dreptul de a depune oferta;

b) negocierea directă - procedura prin care concedentul negociază clauzele contractuale, inclusiv redevența, cu unul sau mai mulți participanți la procedura de atribuire a contractului de concesiune (Art. 14, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Drepturi și Obligații. Concedentul are obligația de a atribui contractul de concesiune, de regulă, prin aplicarea procedurii licitației (Art. 15, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul are obligația de a asigura protejarea acelor informații care îi sunt comunicate de persoanele fizice sau juridice cu titlu confidential, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea informațiilor în cauză ar prejudicia interesele legitime ale respectivelor persoane, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală (Art. 16, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire (Art. 17, alin. (1), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul are dreptul de a impune în cadrul documentației de atribuire, în măsura în care acestea sunt compatibile cu obiectul contractului, condiții speciale de îndeplinire a contractului prin care se urmărește obținerea unor efecte de ordin social sau în legătura cu protecția mediului și promovarea dezvoltării durabile (Art. 18, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Persoana interesată are dreptul de a transmite o solicitare de participare la procedura de atribuire a contractului de concesiune (Art. 19, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul are obligația să asigure obținerea documentației de atribuire de către persoana interesată, care înaintează o solicitare în acest sens (Art. 20, alin. (1), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul are dreptul de a opta pentru una dintre următoarele modalități de obținere a documentației de atribuire de către persoanele interesate: a) asigurarea accesului direct, nerestricționat și deplin, prin mijloace electronice, la conținutul documentației de atribuire; b) punerea la dispoziția persoanei interesate care a înaintat o solicitare în acest sens, a unui exemplar din documentația de atribuire, pe suport hârtie și/sau pe suport magnetic (Art. 20, alin. (2), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

În cazul în care documentației de atribuire este pusă la dispoziția persoanei interesate ca urmare a cererii, pe suport hârtie și/sau pe suport magnetic, concedentul are dreptul de a stabili un preț pentru obținerea documentației de atribuire, cu condiția ca acest pret să nu depășească costul multiplicării documentației, la care se poate adăuga, dacă este cazul, costul transmiterii acesteia (Art. 20, alin. (3), din Ordonanța de urgență, 54/2006).

5.3.Procedura licitației.

În cazul procedurii de licitație concedentul are obligația să publice în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, într-un cotidian de circulație națională și într-unul de circulație locală anunțul de licitație, trimis spre publicare cu cel puțin 20 de zile calendaristice înainte de data limită pentru depunerea ofertelor iar informațiile pe care trebuie să le conțină anunțul fiind prevăzute în normele metodologice la Ordonanța de urgență nr. 54/2006 (Art. 21, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Persoana interesată are dreptul de a solicita și de a obține documentația de atribuire. În cazul în care documentația de atribuire este pusă la dispoziția persoanei interesate ca urmare a cererii, pe suport hârtie și/sau pe suport magnetic concedentul are obligația de a pune documentația de atribuire la dispoziția persoanei interesate cât mai repede posibil, într-o perioadă care nu trebuie să depășească 4 zile lucrătoare de la primirea unei solicitări din partea acesteia. Persoana interesată are obligația de a depune diligențele necesare, astfel încât respectarea de către concedent a acestei perioadei, să nu conducă la situația în care documentația de atribuire să fie pusă la dispoziția sa cu mai puțin de 4 zile lucrătoare înainte de data limită pentru depunerea ofertelor (Art. 22, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Persoana interesată are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, iar concedentul are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească 4 zile lucrătoare de

la primirea unei astfel de solicitări. De asemenea, concedentul are obligația de a transmite răspunsurile însoțite de întrebările aferente către toate persoanele interesate care au obținut, în condițiile ordonanței de urgență, documentația de atribuire, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective (Art. 23, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Concedentul are obligația de a transmite răspunsul la orice clarificare cu cel puțin 4 zile lucrătoare înainte de data limită pentru depunerea ofertelor. În cazul în care solicitarea de clarificare nu a fost transmisă în timp util, punând astfel concedentul în imposibilitatea de a respecta acest termen, concedentul are totuși obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către persoanele interesate înainte de data limită de depunere a ofertelor (Art. 24, din Ordonanța de urgență, 54/2006).

Procedura de licitație se poate desfășura numai dacă în urma publicării anunțului de licitație au fost depuse cel puțin 3 oferte valabile. În cazul în care în urma publicării anunțului de licitație nu au fost depuse cel puțin 3 oferte valabile, concedentul este obligat să anuleze procedura și să organizeze o nouă licitație (Art. 25, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

5.4.Procedura de negociere directă.

Concedentul are dreptul de a aplica procedura de negociere directă numai în situația în care, după repetarea procedurii de licitație, nu au fost depuse cel puțin 3 oferte valabile (Art. 26, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

În cazul procedurii negocierii directe concedentul are obligația de a publica în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, într-un cotidian de circulație națională și într-unul de circulație locală anunțul de negociere directă. Informațiile pe care trebuie să le conțină anunțul negocierii directe sunt prevăzute în normele metodologice ale OUG. 54/2006. Anunțul se trimite spre publicare cu cel puțin 10 zile calendaristice înainte de data limită pentru depunerea ofertelor (Art. 27, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Persoana interesată are dreptul de a solicita și de a obține documentația de atribuire. În cazul în care concedentul a optat pentru punerea la dispoziția oricărei persoane interesate care a înaintat o solicitare în acest sens a unui exemplar din documentația de atribuire, concedentul are obligația de a pune documentația de atribuire la dispoziția persoanei interesate, într-o perioadă care nu trebuie să depășească două zile lucrătoare de la primirea solicitării. Persoana interesată are obligația de a depune diligențele necesare astfel încât respectarea de către concedent a acestui termen (de două zile lucrătoare) să nu conducă la

situația în care documentația de atribuire să fie pusă la dispoziția sa cu mai puțin de două zile lucrătoare înainte de data limită pentru depunerea ofertelor (Art. 28, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Persoana interesată are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire. Concedentul are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească două zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări și de a transmite răspunsurile însoțite de întrebările aferente către toate persoanele interesate care au obținut documentația de atribuire, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective (Art. 29, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul are obligația de a transmite răspunsul la orice solicitare de clarificare cu cel puțin două zile lucrătoare înainte de data limită pentru depunerea ofertelor. În cazul în care solicitarea de clarificare nu a fost transmisă în timp util, punând astfel concedentul în imposibilitatea de a respecta termenul (de transmitere a răspunsului cu cel puțin două zile înainte de data limită pentru depunerea ofertelor) concedentul are totuși obligația de a răspunde la solicitarea de clarificare în măsura în care perioada necesară pentru elaborarea și transmiterea răspunsului face posibilă primirea acestuia de către persoanele interesate înainte de data limită de depunere a ofertelor (Art. 30, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul derulează negocieri cu fiecare ofertant care a depus o oferta valabilă (Art. 31, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

5.5. Procedura de determinare a ofertei câștigătoare

Evaluarea ofertelor depuse se realizează potrivit normelor metodologice ale OUG. nr. 54/2006.

Criteriul de atribuire a contractului de concesiune este cel mai mare nivel al redevenței (Art. 36, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 54/2006). Concedentul poate ține seama și de alte criterii precum: a) capacitatea economico-financiară a ofertanților; b) protecția mediului înconjurător; c) condiții specifice impuse de natura bunului concesionat (Art. 36, alin. (1), din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul are obligația de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului/criteriilor de atribuire precizate în documentația de atribuire (Art. 37, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, concedentul are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți pentru

demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate, însă concedentul nu are dreptul ca prin clarificările ori completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant (Art. 38, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul are obligația de încheia contractul de concesiune cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare (Art. 39, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul are obligația de a transmite spre publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, un anunț de atribuire a contractului de concesiune, în cel mult 20 de zile calendaristice de la finalizarea oricăreia dintre procedurile de atribuire a contractului de concesiune prevăzute de ordonanța de urgență (Art. 40, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul are obligația de a informa ofertanții despre deciziile referitoare la atribuirea contractului de concesiune, în scris, cu confirmare de primire, nu mai tarziu de 3 zile lucrătoare de la emiterea acestora. Concedentul are obligația de a informa ofertantul/ofertanții câștigător/câștigători cu privire la acceptarea ofertei/ofertelor prezentate și de a informa ofertanții care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor ce au stat la baza deciziei respective (Art. 41, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul poate să încheie contractul de concesiune numai după împlinirea unui termen de 20 de zile calendaristice de la data realizării operațiunii de comunicare despre deciziile referitoare la atribuirea contractului de concesiune (Art. 42, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

5.6. Anularea procedurii de atribuire a contractului de concesiune.

Concedentul are dreptul de a anula procedura pentru atribuirea contractului de concesiune, dacă ia această decizie, de regulă, înainte de data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii de atribuire și, oricum, înainte de data încheierii contractului, numai în următoarele cazuri: a) în condițiile în care în urma publicării anunțului de licitație nu au fost depuse cel puțin 3 oferte valabile; b) se constată abateri grave de la prevederile legale care afectează procedura de atribuire sau fac imposibilă încheierea contractului (Art. 43, alin. 1 din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Procedura de atribuire se consideră afectată în cazul în care sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții: a) în cadrul documentației de atribuire și/sau în modul de aplicare a procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni care au ca efect încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal, proporționalității, nediscriminării și liberei

concurențe; b) concedentul se află în imposibilitate de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă, la rândul lor, la încălcarea acestor principii (Art. 43, alin. (2), din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Concedentul are obligația de a comunica, în scris, tuturor participanților la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, atât încetarea obligațiilor pe care aceștia și le-au creat prin depunerea ofertelor, cât și motivul concret care a determinat decizia de anulare (Art. 45, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

5.7. Dosarul concesiunii. Concedentul are obligația de a întocmi dosarul concesiunii pentru fiecare contract atribuit (Art. 60, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Dosarul concesiunii se păstrează de către concedent atât timp cât contractul de concesiune produce efecte juridice, dar nu mai puțin de 5 ani de la data încheierii contractului respectiv (Art. 61, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Dosarul concesiunii trebuie să cuprindă cel puțin următoarele elemente: a) studiul de oportunitate al concesiunii; b) hotărârea de aprobare a concesiunii și, după caz, hotărârea de aprobare a subconcesiunii; c) anunțurile prevăzută de Ordonanța de urgență nr. 54/2006 referitoare la procedura de atribuire a contractului de concesiune și dovada transmiterii acestora spre publicare; d) documentația de atribuire; e) nota justificativă privind alegerea procedurii de atribuire, în cazul în care procedura aplicată a fost alta decât licitația deschisă; f) denumirea/numele ofertantului/ofertanților a cărui/a căror oferta/oferte a/au fost declarată/declarată câștigătoare și motivele care au stat la baza acestei decizii; g) justificarea hotărârii de anulare a procedurii de atribuire, dacă este cazul; h) contractul de concesiune semnat (Art. 62, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

Dosarul concesiunii are caracter de document public; accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii (Art. 63, din Ordonanța de urgență nr. 54/2006).

IV. 4. Proceduri privind contractul de parteneriat public-privat

1. Aspecte introductive

Scop. Principii. Legea 178/2010 reglementează modul de realizare a unui proiect de parteneriat public-privat ce are ca obiectiv public proiectarea, finanțarea, construcția, reabilitarea, modernizarea, operarea, întreținerea, dezvoltarea și transferul unui bun sau serviciu public, după caz (Art. 1, al Legii 178/2010). Scopul acestei legi îl constituie reglementarea inițierii și realizării de proiecte de parteneriat public-privat pentru lucrări publice în diverse sectoare de activitate, cu finanțări private (Art. 2, al Legii 178/2010).

Proiectul de parteneriat public-privat are în vedere următoarele: a) cooperarea dintre partenerul public și partenerul privat; b) modul de finanțare a proiectului de parteneriat public-privat este privat; c) în cazul unui proiect public-privat, rolul partenerilor este de a finanța și de a pune în aplicare obiectivele de interes public, precum și de a respecta prevederile contractului de parteneriat public-privat; d) alocarea riscurilor unui proiect de parteneriat public-privat se face în mod proporțional și echitabil între partenerul public și cel privat (Art. 3, alin. (2) al Legii 178/2010).

Tipuri de activități în proiectele de parteneriat public-privat. Parteneriatul public-privat se poate realiza prin diverse tipuri de contracte, în funcție de nivelul de implicare a investitorului.

Prin contractele de parteneriat public-privat investitorului privat îi sunt transferate obligații ale partenerului public, cum ar fi: a) proiectarea, începând cu faza de proiect tehnic; b) construcția; c) dezvoltarea; d) reabilitarea/modernizarea; e) operarea; f) întreținerea; g) finanțarea (Art. 6, alin. (1) al Legii 178/2010).

La finalizarea contractului, bunul public este transferat, cu titlu gratuit, partenerului public, în bună stare și liber de orice sarcină sau obligație. Partenerii pot stabili prin contractul de parteneriat public-privat și alte activități pe care să le desfășoare compania de proiect, cu condiția respectării prevederilor legii (Art. 6, alin. (2)-(3), ale Legii 178/2010).

Domeniu de aplicare. Prevederile Legii 178/2010 se aplică pentru: a) derularea unui proiect de parteneriat public-privat, în conformitate cu obiectul legii, între un partener public și un investitor privat, ca urmare a aplicării uneia dintre procedurile de desemnare a partenerului privat, prevăzute de lege; b) încheierea acordului de proiect; c) înființarea și reglementarea funcționării companiei de proiect (Art. 9, al Legii 178/2010).

2. Procedura de încheiere a contractului de parteneriat public-privat. Reguli aplicabile.

2.1. Reguli generale

Etaplele care conduc la încheierea unui contract de parteneriat public-privat sunt:

a) inițierea proiectului de parteneriat public-privat prin publicarea anunțului de intenție de către partenerul public;

b) analiza și selecția preliminară a unor investitori privați, premergătoare încheierii acordului de proiect care este în sarcina partenerului public;

c) negocierea este etapa prin care autoritatea publică derulează consultări cu investitorii privați selectați și negociază clauzele contractuale, inclusiv valoarea investiției, perioada de derulare a contractului de parteneriat public-privat, cu investitorii selectați;

d) încheierea contractului de parteneriat public-privat (Art. 14, al Legii 178/2010).

Ulterior încheierii contractului de parteneriat public-privat sunt demarate procedurile legale pentru constituirea companiei de proiect ca societate comercială rezidentă în România în vederea realizării obiectivelor contractului de parteneriat public-privat.

Elementele de bază ale unui proiect de parteneriat public-privat sunt, după caz: a) inițierea; b) finanțarea; c) proiectarea; d) construirea/realizarea; e) reabilitarea/modernizarea; f) întreținerea, managementul/operarea; g) derularea de operațiuni comerciale; h) transferul proiectului către partenerul public la finalizarea acestuia (Art. 15, al Legii 178/2010).

Regulile generale obligatorii care se iau în considerare pe tot parcursul etapelor de inițiere, negociere și finalizare a unui contract de parteneriat public-privat sunt: a) în cazul unui proiect de parteneriat public-privat, partenerii colaborează în mod obligatoriu în baza unor raporturi contractuale; b) diviziunea responsabilităților, a valorii de finanțare și a riscurilor sunt convenite prin contract; c) pe parcursul derulării unui contract de parteneriat public privat, drepturile și obligațiile corelative ale partenerilor nu pot fi cesionate; d) bunurile ce fac obiectul contractului de parteneriat public-privat pot fi considerate nonactive, conform reglementărilor contabile, naționale și europene în vigoare, în funcție de modalitatea de repartiție a riscurilor în cadrul proiectului; e) prevederile lit. d) se aplică corespunzător și fluxurilor de numerar ce fac obiectul contractului de parteneriat public-privat; f) pe perioada de derulare a contractului de parteneriat public-privat, activele implicate în proiect sunt clasificate ca nonactive și nu vor fi înregistrate în situația financiară trimestrială și anuală a partenerului public implicat; g) pe perioada de derulare a contractului de parteneriat public-privat, activele enunțate la lit. f) vor fi înregistrate în balanța de verificare și situația financiară anuală ale companiei de proiect (Art. 16, al Legii 178/2010).

Un contract de parteneriat public-privat se referă la realizarea unui singur proiect de parteneriat public-privat, cu realizarea tuturor elementelor din cadrul acestuia.

2.2. Procedura de atribuire a unui contract de parteneriat public-privat. Etape.

Procesul de atribuire a proiectului public-privat, analiza și selecția preliminară a investitorilor privați, încheierea acordului de proiect, negocierea și încheierea contractului de parteneriat public-privat se derulează după cum urmează:

a) definirea și aprobarea de către partenerul public a oportunității de demarare a proiectului de parteneriat public-privat;

b) elaborarea și aprobarea studiului de fezabilitate sau de fundamentare de către partenerul public;

c) elaborarea de către partenerul public a documentului atașat la anunțul de intenție;

d) constituirea comisiei de evaluare a scrisorilor de intenție de către partenerul public și numirea acesteia prin ordin, decizie sau dispoziție, după caz;

e) elaborarea și aprobarea criteriilor de evaluare, a grilelor de punctaj și a modului de tratare a scrisorilor de intenție întârziate sau primite nesigilate și aprobarea acestora prin ordin, decizie sau dispoziție, emise de către partenerul public;

f) elaborarea și aprobarea criteriilor de negociere cu investitorii privați selectați, semnatori ai acordului de proiect, în vederea selectării partenerului privat cu care se va încheia contractul de parteneriat public-privat;

g) publicarea anunțului de intenție;

h) distribuirea, fără plată, a documentului atașat la anunțul de intenție;

i) primirea și înregistrarea plicurilor ce conțin scrisorile de intenție elaborate de investitorii privați interesați;

j) convocarea comisiei de evaluare și deschiderea plicurilor conținând scrisorile de intenție în prezența tuturor membrilor comisiei;

k) evaluarea scrisorilor de intenție și a documentelor anexate la acestea;

l) întocmirea raportului de evaluare de către comisia de evaluare și prezentarea acestuia partenerului public spre aprobare;

m) invitarea investitorilor privați selectați la negocierea și semnarea acordului de proiect;

n) constituirea de către partenerul public a comisiei de negociere cu investitorii privați selectați, semnatori ai acordului de proiect și numirea acesteia prin ordin, decizie sau dispoziție, după caz;

o) aplicarea criteriilor de negociere cu investitorii privați selectați, semnatori ai acordului de proiect, în vederea selectării partenerului privat cu care se va încheia contractul de parteneriat public-privat;

p) desfășurarea negocierilor pentru selectarea partenerului privat cu care se va încheia contractul de parteneriat public-privat;

q) prezentarea ofertei finale, rezultate în urma negocierilor desfășurate partenerului privat selectat;

r) încheierea contractului de parteneriat public-privat cu partenerul privat selectat și publicarea acestuia (Art. 18, al Legii 178/2010).

Partenerul public va elabora și aproba normele proprii pentru înființarea comisiilor, elaborarea criteriilor și derularea etapelor de definire a proiectului public-privat și de selecție a investitorilor privați. Normele respective au la bază reglementările prezentei legi și ale actelor normative în domeniu, elaborate de instituțiile competente (Art. 20, al Legii 178/2010).

2.3. Termenele minime de derulare a procedurii de definire a proiectului public-privat și de selecție a investitorilor privați.

Distribuirea, fără plată, a documentului atașat se va face de către partenerul public, în termen de maximum 4 zile lucrătoare de la data apariției anunțului de intenție (Art. 21, al Legii 178/2010).

Termenele dintre etapele de definire a proiectului de parteneriat public-privat până la data semnării contractului nu pot fi mai mici de: a) 22 zile lucrătoare de la data publicării anunțului de intenție și până la primirea și înregistrarea plicurilor ce conțin scrisorile de intenție elaborate de investitorii privați interesați; b) 5 zile lucrătoare de la data primirii și înregistrării documentelor de ofertă elaborate de investitori privați interesați, până la convocarea comisiei de evaluare și deschiderea plicurilor continuând scrisorile de intenție și evaluarea scrisorilor de intenție și a documentelor anexate la acestea; c) 5 zile lucrătoare de la data evaluării scrisorilor de intenție și a documentelor anexate la acestea, până la întocmirea raportului de evaluare, adjudecare și prezentarea acestuia partenerului public spre aprobare; d) 2 zile lucrătoare de la data întocmirii raportului de evaluare aprobat, până la invitarea investitorilor privați selectați la negocierea și semnarea acordului de proiect; e) 5 zile lucrătoare de negocieri cu investitorii privați cu care s-au încheiat acorduri de proiect, în vederea selectării partenerului privat cu care se va încheia contractul de parteneriat public-privat; f) 8 zile lucrătoare de la data încheierii negocierilor cu investitorii privați cu care s-au încheiat acorduri de proiect, până la depunerea ofertei finale de către partenerul privat selectat; g) 3 zile lucrătoare pentru perfectarea și semnarea contractului de parteneriat public-privat (Art. 22, al Legii 178/2010).

2.4. Condiții ale procedurii de inițiere și ale procedurii de încetare a proiectului de parteneriat public-privat.

2.4.1.Procedura de inițiere a proiectului de parteneriat public-privat. Inițierea unui proiect de parteneriat public-privat aparține partenerului public. Pentru inițierea unui proiect de parteneriat public-privat, inițiatorul întocmește un studiu de fundamentare și prefezabilitate. Costurile generate de realizarea studiului de prefezabilitate sau de fundamentare cad în sarcina inițiatorului (Art. 23, alin (1)-(3), al Legii 178/2010).

Partenerul public este obligat să publice în Sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) și, în cazul în care valoarea proiectului depășește 5 milioane euro, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, anunțul de intenție a unui proiect de parteneriat public-privat. SEAP pune la dispoziția partenerului public, prin asigurarea unui nou flux de informații specializat, suportul tehnic necesar asigurării transparenței procedurii complete de stabilire a partenerului privat, incluzând anunțul de intenție, etapa de selecție, etapa de negociere și atribuirea contractului de parteneriat public-privat (Art. 24, alin. (1)-(2), al Legii 178/2010).

2.4.2.Procedura de încetare a proiectului de parteneriat public-privat.

Parteneriatul public-privat încetează: a) în cazul expirării termenului contractului încheiat între partenerul public și partenerul privat; b) în baza acordului dintre partenerul public și partenerul privat; c) în alte cazuri prevăzute de lege sau de contract (Art. 25, alin. (1), al Legii 178/2010).

În cazul încetării contractului de parteneriat public-privat prin expirarea termenului, investitorul privat este obligat să restituie partenerului public bunurile publice și bunurile rezultate din derularea contractului de parteneriat public-privat, în mod gratuit și libere de orice sarcini, conform prevederilor legii. În cazul încetării contractului de parteneriat public-privat, investitorul privat este obligat să asigure continuitatea activității sau prestării serviciilor, în condițiile stipulate în contract, până la preluarea acestora de către partenerul public sau de către noul investitor privat (Art. 25, alin. (2)-(3), al Legii 178/2010).

În cazul în care partenerul privat sesizează existența unor cauze sau iminența producerii unor evenimente de natură să conducă la imposibilitatea realizării activității sau prestării serviciului de interes public, acesta notifică în termen de maximum 48 de ore acest fapt partenerului public, în vederea luării măsurilor ce se impun pentru asigurarea continuității activității sau a serviciului.

În cazul în care partenerul privat se retrage unilateral din contractul de parteneriat public-privat, investiția consumată până la acel moment rămâne ca participare la realizarea

proiectului respectiv, compania de proiect și partenerul public neavând nicio obligație de returnare a valorii investiției respective către partenerul privat.

Până la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii de dizolvare a companiei de proiect, la încetarea contractului de parteneriat public-privat, părțile contractului de parteneriat public-privat sunt ținute de respectarea obligațiilor ce le revin potrivit legii și/sau contractului (Art. 26, al Legii 178/2010).

2.4.3.Principii și reguli generale în procedura de atribuire a contractului de parteneriat public-privat (Art. 28, al Legii 178/2010).

Partenerul public continuă negocierile cu investitorii selectați, cu respectarea dispozițiilor legii. În urma acestor negocieri, partenerul public emite o decizie cuprinzând lista investitorilor selectați, ierarhizați conform criteriilor stabilite prin normele proprii elaborate în baza prevederilor prezentei legi. Orice investitor interesat are posibilitatea de a contesta, la partenerul public sau în instanță, decizia privind desemnarea partenerului privat și orice alte decizii luate de acesta pe perioada derulării procedurii de atribuire, cu obligarea acestuia la depunerea unei garanții de 2% din valoarea estimată.

Partenerul public este obligat să dea răspuns la contestații în termen de maximum 5 zile lucrătoare de la data depunerii contestației, după care procedura se va continua. Soluția dată de instanță devine obligatorie la data pronunțării unei hotărâri judecătorești definitive și executorii.

În cazul în care negocierile cu primul clasat nu pot conduce la încheierea unui contract de proiect de parteneriat public-privat, partenerul public începe negocierile, pe rând, cu următorii investitori selectați, în ordinea ierarhică a selecției, până la obținerea unui rezultat favorabil. În cazul nefinalizării unui contract de proiect de parteneriat public-privat cu niciunul dintre investitorii selecționați, partenerul public are dreptul la reluarea întregii proceduri. După caz, înainte de reluarea procedurii, partenerul public poate să refacă sau să completeze studiul de fundamentare/prefezabilitate și/sau să schimbe unele date din documentul atasat.

Procedura de negociere se derulează chiar dacă se depune o singură ofertă, cu condiția ca aceasta, împreună cu documentele anexate de către investitorul privat interesat, să respecte cerințele minime impuse de anunțul de intenție și documentul atasat, elaborate de partenerul public. În condițiile în care părțile au decis continuarea proiectului de parteneriat public-privat, acestea procedează la pregătirea și negocierea termenilor și a clauzelor contractului de proiect de parteneriat public-privat.

Condițiile de înființare a companiei de proiect se includ în conținutul contractului de proiect de parteneriat public-privat.

2.4.4. Procedura pentru atribuirea contractelor de parteneriat public-privat. Reguli.

Contractul de proiect de parteneriat public-privat în forma negociată este supus, după caz, aprobării Guvernului sau autorității publice, în calitate de titulari ai dreptului de administrare a bunului care face obiectul parteneriatului public-privat. Forma finală astfel aprobată nu poate fi modificată prin acordul părților decât printr-un act de cel puțin nivelul celui prin care s-a aprobat contractul (Art. 29, al Legii 178/2010)

La finalizarea contractului de parteneriat public-privat, compania de proiect transferă, cu titlu gratuit, bunul public realizat prin contractul de parteneriat public-privat către partenerul public, în bună stare, exploatabil și liber de orice sarcină sau obligație. Condițiile tehnice de transfer sunt definite în contractul de parteneriat public-privat. În cazul bunurilor imobile, transferul dreptului de proprietate, sub sancțiunea nulității absolute, se va face cu respectarea dispozițiilor imperative ale legii privind transferul dreptului de proprietate a bunurilor imobile sau ale dezmembrămintelor acestuia. Proprietățile rezultate prin implementarea proiectului public-privat și terenurile ocupate de proiect, în afara bunurilor proprietate publică, și care nu pot fi înstrăinate sau grevate pot fi ipotecate, gajate și pot constitui garanții pentru finanțatorul proiectului public-privat, pe perioada de validitate a contractului (Art. 30, alin. (1)-(2), al Legii 178/2010).

Perioada de derulare a contractului de proiect de parteneriat public-privat se stabilește în baza ofertei finale depuse de investitorul selectat și a negocierilor finale care au în vedere o analiză economico-financiară reală și riguroasă a proiectului, bazată pe criterii economice și în conformitate cu legislația în vigoare (Art. 31, al Legii 178/2010).

2.4.5. Procedura pentru înființarea companiei de proiect. Reguli speciale.

Compania de proiect se organizează și funcționează conform legislației în vigoare, ca o societate comercială al cărei capital social este deținut de către partenerul public și investitorul privat (Art. 32, al Legii 178/2010).

Compania de proiect funcționează pe toată perioada de derulare a contractului de proiect de parteneriat public-privat și se lichidează conform legii la data încheierii acestuia. Între compania de proiect și cei 2 parteneri se va încheia un contract de administrare pentru bunurile de patrimoniu încredințate spre administrare și un contract de servicii (Art. 33, al Legii 178/2010).

Compania de proiect are ca obiect principal de activitate operarea și gestionarea, pe principii economice, conform legii și statutului propriu de înființare și funcționare, a tuturor

etapelor de derulare a contractului de proiect de parteneriat public-privat prin preluarea obligațiilor de la părțile contractante, precum și transferul bunului și serviciilor care fac obiectul acestuia, în beneficiul public, prin partenerul public (Art. 34, al Legii 178/2010).

Pe toată perioada de funcționare a companiei de proiect, aceasta nu poate să își schimbe obiectul de activitate și nu poate desfășura operațiuni economice în afara scopului expres al proiectului de parteneriat public-privat pentru care a fost creată sau al dezvoltării acestuia în folosul comunității (Art. 35, al Legii 178/2010).

Compania de proiect va fi condusă de un consiliu de administrație, în care cei 2 parteneri vor fi reprezentați proporțional cu participarea prevăzută la art. 27 lit. f). Compania de proiect nu are dreptul să ia decizii cu privire la schimbarea formei de proprietate sau de administrare a patrimoniului public sau privat cu care partenerul public participă la proiectul de parteneriat public-privat, pe toată perioada de derulare a contractului de parteneriat public-privat, și nici cu privire la cesionarea unor drepturi primite prin contract (Art. 37, al Legii 178/2010).

IV. 5. Parteneriatul public-public

Parteneriatul public-public a fost introdus în Ordonanța de urgență a Guvernului nr.34/2006, prin recenta Lege nr.279/2011

Astfel, parteneriatul public-public este acceptat pentru derularea în comun a unui proiect de către două ori mai multe entități publice naționale și/sau internaționale. Drept urmare, actul normativ a suferit modificări pentru reglementarea acestei forme de parteneriat.

Autoritatea contractantă poate consta din tipuri de asociere extinse, constituite de una sau mai multe autorități contractante dintre:

- oricare organism al statului – autoritate publică sau instituție publică – care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local;
- oricare organism, altul decât unul dintre cele de mai sus, cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în una dintre situațiile prevăzute expres prin art.8 din ordonanța de urgență;

- oricare întreprindere publică ce desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la capitolul *contractele sectoriale* (apă, energie, transport, poștă), atunci când aceasta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități;

- oricare subiect de drept, altul decât cele de mai sus precizate, care desfășoară una sau mai multe dintre contractele sectoriale, în baza unui drept special sau exclusiv care rezultă din orice formă de autorizare acordată, conform prevederilor legale sau ca urmare a emiterii unor acte administrative, de o autoritate competentă și care are ca efect rezervarea desfășurării de activități în domeniul anumitor servicii publice numai de către una sau de către un număr limitat de persoane, afectând în mod substanțial posibilitatea altor persoane de a desfășura o astfel de activitate. Dreptul special sau exclusiv trebuie să fie acordat de o autoritate competentă, atunci când acesta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități.

Derularea unui proiect în cadrul unui parteneriat public-public se supune regulilor din domeniul achizițiilor publice.

Autoritatea contractantă achiziționează direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii ori lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ. Remarcăm renunțarea la precizarea anterioară potrivit căreia documentul justificativ se consideră a fi contract de achiziție publică, iar autoritatea contractantă avea numai obligația de a asigura obținerea și păstrarea documentelor justificative care dovedesc efectuarea oricărei achiziții publice.

Praguri. Autoritatea contractantă are obligația de a atribui contractul de achiziție publică prin aplicarea procedurilor de licitație deschisă sau licitație restrânsă, în cazul în care valoarea estimată este egală sau mai mare decât: 125.000 euro pentru contractul de furnizare; 125.000 euro pentru contractul de servicii; 4.845.000 euro pentru contractul de lucrări.

Prin excepție, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica celelalte proceduri (licitația deschisă, licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte) , după caz, numai în circumstanțe specifice, respectiv:

- sunt îndeplinite, cumulativ, următoarele condiții: contractul în cauză este considerat a fi de complexitate deosebită; aplicarea procedurii de licitație deschisă sau restrânsă nu ar permite atribuirea contractului de achiziție publică în cauză;

- cazurile, prevăzute de art.110 alin.(1), în care autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere, cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare;

- cazurile, prevăzute de art.122, în care autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.