

**Instrucțiunea nr. 1/2018
privind modul de interpretare a aplicării prevederilor art. 31 din
Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice**

Având în vedere:

- prevederile art. 31 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare;
- considerentele 31 și 32 din preambulul Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE;
- necesitatea emiterii de îndrumări privind modalitatea în care pot fi atribuite, în baza art. 31 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, contractele de achiziție publică de către autoritatea contractantă unei persoane juridice de drept privat sau de drept public controlate;
- interpretările date de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) privind aplicarea prevederilor Directivelor europene în cazul contractelor atribuite "in house": C-107/98 - Teckal Srl vs. Comune di Viano și Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, C-340/04 - Carbotermo SpA și Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio și AGESP SpA, C-295/05 - Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vs. Transformacion Agraria SA (Tragsa) și Administracion del Estado, C-324/07 - Coditel Brabant SA vs. Commune d'Uccle și Region de Bruxelles-Capitale, C-567/15 - "LitSpecMet" UAB vs. "Vilniaus lokomotyvų remonto depas" UAB și "Plienmetas" UAB,

în temeiul art. 4 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, aprobată prin Legea nr. 244/2015, cu modificările și completările ulterioare,
președintele Agenției Naționale pentru Achiziții Publice emite următoarea instrucțiune:

**CAPITOLUL I
Dispoziții generale**

Art. 1. -

Prezenta instrucțiune are ca scop stabilirea modului de atribuire a contractului de achiziție publică în temeiul art. 31 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Art. 2. -

(1) Atunci când autoritatea contractantă are nevoie de anumite produse, servicii sau lucrări, aceasta are, de regulă, două opțiuni pentru satisfacerea nevoilor apărute:

a) să le achiziționeze de pe piața liberă prin aplicarea unei proceduri de atribuire sau prin achiziție directă, în condițiile legii; sau

b) să le realizeze intern, cu resursele proprii sau ale unei persoane juridice în condițiile art. 31 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Decizia de a urma una dintre variantele prevăzute la alin. (1) este exclusiv a autorității contractante, din perspectiva necesității îndeplinirii în mod eficient a anumitor sarcini și a unor obiective legate de interesul public.

(3) Opțiunile prevăzute la alin. (1) se analizează de către autoritatea contractantă în etapa de planificare generală a achizițiilor, respectiv în cadrul strategiei anuale de achiziții publice, în funcție de resursele de care dispune autoritatea contractantă respectivă, iar în situația în care se recurge la opțiunea de aplicare excepției prevăzute la art. 31 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, aceasta se justifică de către autoritatea contractantă.

Art. 3. -

(1) Satisfacerea nevoii autorității contractante prin modalitatea prevăzută la art. 2 alin. (1) lit. b) se poate materializa în două forme:

a) fără crearea unei entități distincte de autoritatea contractantă, caz în care unul dintre compartimentele interne are stabilită, în cadrul atribuțiilor sale, efectuarea respectivei activități;

Exemplu: Atribuția de a elabora studiile de fezabilitate necesare pentru realizarea unor obiective de investiții este îndeplinită de un departament intern specializat al primăriei. Într-o astfel de situație nu intervine nicio atribuire a unui contract și, ca atare, legislația privind achizițiile publice nu prezintă relevanță.

b) cu ajutorul unei persoane juridice distincte de autoritatea contractantă, de drept public sau de drept privat. Exemplu: O primărie apelează pentru servicii de transport public de călători pe teritoriul unității administrativ-teritoriale la propria persoană juridică de transport integral deținută și controlată, aceasta fiind o persoană juridică de drept public.

(2) Persoana juridică de drept public distinctă de autoritatea contractantă reprezintă un instrument de organizare a resurselor interne ale acesteia din urmă, ceea ce conferă autorității contractante dreptul de a-i atribui contracte de achiziție publică în temeiul art. 31 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

(3) Persoana juridică de drept privat distinctă de autoritatea contractantă reprezintă o societate comercială al cărei asociat/acționar unic, direct sau indirect, este aceasta din urmă, ceea ce îi conferă dreptul de a-i atribui contracte de achiziție publică în temeiul art. 31 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

(4) În cazul în care dispozițiile legale o impun, se admite și participare privată ca asociat/acționar minoritar la persoana juridică de drept privat controlată, fără ca participarea privată să aibă vreun control sau drept de veto.

CAPITOLUL II

Atribuirea directă a contractului de achiziție publică de către autoritatea contractantă

Art. 4. -

Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui direct un contract de achiziție publică, în condițiile art. 31 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, persoanei juridice prevăzute la art. 3 alin. (2) sau (3) dacă se îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:

a) autoritatea contractantă exercită, individual sau în comun cu alte autorități contractante, asupra persoanei juridice în cauză un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii;

b) mai mult de 80% din activitățile persoanei juridice controlate sunt efectuate în vederea îndeplinirii sarcinilor care îi sunt încredințate de către autoritatea contractantă care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractantă;

c) de regulă, nu există participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate.

Art. 5. -

Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui direct, fără organizarea unei proceduri de atribuire, în condițiile art. 31 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, unei/unor alte/altor autorități contractante un contract de achiziție publică în cazul în care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) contractul instituie sau pune în aplicare o cooperare între autoritățile contractante participante, cu scopul de a asigura că serviciile publice a căror realizare trebuie să o asigure sunt prestate în vederea îndeplinirii unor obiective comune;

b) punerea în aplicare a cooperării are la bază exclusiv considerații de interes public;

c) autoritățile contractante participante desfășoară pe piața liberă mai puțin de 20% din activitățile vizate de cooperare.

Art. 6. -

O persoană juridică controlată care are calitatea de autoritate contractantă poate atribui direct, fără organizarea unei proceduri de atribuire, în condițiile art. 31 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, un contract de achiziție publică autorității contractante care o

controlează sau unei alte persoane juridice controlate de aceeași autoritate contractantă, în următoarele condiții:

a) să nu existe participare privată directă la capitalul persoanei juridice căreia i se atribuie contractul; Derogări (1)

b) prin excepție de la lit. a), pot exista forme de participare a capitalului privat care nu oferă controlul sau dreptul de veto, dar a căror existență este necesară potrivit dispozițiilor legale și care nu exercită o influență determinantă asupra persoanei juridice controlate.

SECȚIUNEA 1 Influența dominantă

Art. 7. -

(1) Exercitarea influenței dominante asupra obiectivelor strategice, prevăzute la art. 31 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, se realizează atunci când nicio decizie majoră nu poate fi adoptată de conducerea persoanei juridice de drept public controlate fără o aprobare preliminară din partea autorității contractante, libertatea de decizie fiind limitată, practic, doar la aspectele ce vizează activitățile de zi cu zi prin care se asigură buna funcționare a entității respective.

(2) O persoană juridică de drept public se consideră controlată atunci când aceasta este obligată să ducă la îndeplinire orice ordine/comenzi ale autorității contractante în a cărei subordine se află, fără nicio posibilitate de a refuza execuția acestora și de a dispune de posibilitatea de a stabili în mod liber tarifele pentru activitățile sale, orice negociere fiind exclusă, iar eventuala încheiere a unui contract nu reprezintă altceva decât formalizarea unei decizii administrative a autorității contractante.

(3) O persoană juridică de drept privat se consideră, în sensul art. 4 lit. a), controlată de o autoritate contractantă atunci când aceasta:

a) deține majoritatea capitalului subscris;

b) deține controlul majorității voturilor în organul de conducere;

c) poate numi în componența consiliului de administrație, a organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia.

Art. 8. -

Pentru ca o persoană juridică să se considere a fi controlată în condițiile art. 31 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, trebuie ca fiecare dintre autoritățile contractante să aibă posibilitatea de a restrânge libertatea de acțiune a persoanei juridice pe care o dețin în comun.

NOTA:

C-324/07, Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle și Region de Bruxelles-Capitale, Hotărârea Curții (camera a treia) din data de 13 noiembrie 2008, prin care s-a declarat că principiile egalității și nediscriminării pe motiv de naționalitate, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea nu se opun atribuirii de către o autoritate contractantă publică, fără a asigura condiții concurențiale, a unei concesiuni de servicii publice către o societate cooperativă intercomunală ai cărei afiliați sunt toți autorități contractante publice, din moment ce aceste autorități publice exercită asupra societății menționate un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, iar societatea respectivă desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu aceste autorități contractante publice. Astfel, în cazul în care deciziile privind activitățile unei societăți cooperative intercomunale deținute exclusiv de autorități contractante publice sunt luate de organele statutare ale acestei societăți, compuse din reprezentanți ai autorităților contractante publice afiliate, controlul exercitat asupra acestor decizii de către autoritățile contractante publice respective poate fi considerat ca permițând acestora din urmă să exercite asupra societății menționate un control analog celui pe care acestea îl exercită asupra propriilor servicii.

În cazul în care o autoritate contractantă publică se afiliază la o societate cooperativă intercomunală ai cărei afiliați sunt toți autorități contractante publice, cu scopul de a-i transfera gestiunea unui serviciu public, controlul pe care autoritățile contractante afiliate la respectiva societate îl exercită asupra acesteia, pentru a fi calificat drept analog celui pe care acestea îl exercită asupra propriilor

servicii, poate fi exercitat împreună de autoritățile contractante menționate, hotărând, dacă este cazul, cu majoritate.

SECȚIUNEA a 2-a

Limitarea implicării în piață a persoanei juridice controlate

Art. 9. -

(1) Condiția prevăzută la art. 4 lit. b) are scopul de a limita implicarea în piață a persoanei juridice controlate, activitățile acesteia trebuind să fie dedicate cu preponderență autorității contractante care o controlează.

(2) În cazul în care persoana juridică de drept privat are o orientare semnificativă către piață sau obiectul său de activitate este foarte extins, îndeplinirea criteriului dependenței economice față de autoritatea contractantă care o deține este greu de demonstrat. În aceste condiții nici condiția prevăzută la art. 4 lit. a) nu va mai putea fi considerată îndeplinită, pentru că este greu de demonstrat că gradul de autonomie al societății este limitat atât timp cât aceasta este supusă unei presiuni competiționale într-un anumit sector de activitate.

NOTĂ:

Alineatul (1) pct. 1-4 de la art. 1 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că o societate care, pe de o parte, este deținută în totalitate de o autoritate contractantă a cărei activitate este de a îndeplini nevoi de interes general și care, pe de altă parte, realizează atât operațiuni pentru această autoritate contractantă, cât și operațiuni pe piața concurențială trebuie calificată drept "organism de drept public" în sensul dispoziției menționate cât timp activitățile respectivei societăți sunt necesare pentru ca autoritatea contractantă în cauză să își poată exercita activitatea și cât timp, pentru a îndeplini nevoi de interes general, societatea menționată se lasă ghidată de alte considerente decât considerentele economice, aspect care trebuie verificat de instanța de trimitere.

Art. 10. -

(1) Demonstrarea îndeplinirii condiției prevăzute la art. 4 lit. b) se realizează prin aplicarea procentului de 80% asupra activităților care trebuie desfășurate pentru autoritatea contractantă deținătoare sau pentru alte persoane juridice controlate de către respectiva autoritate contractantă.

(2) Procentul prevăzut la alin. (1) se verifică pe baza cifrei medii de afaceri totale sau a unui indicator alternativ corespunzător bazat pe activitatea desfășurată, cum ar fi costurile suportate de persoana juridică sau de autoritatea contractantă, după caz, în legătură cu servicii, produse și lucrări din ultimii 3 ani anteriori atribuirii contractului de achiziție publică. În cazul în care societatea este nou-înființată, procentul este stabilit prin utilizarea unor metode estimative, în special prin utilizarea previziunilor de afaceri.

NOTĂ:

C-295/05, Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformacion Agraria SA (Tragsa) și Administracion del Estado, Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 19 aprilie 2007 prin care se pronunță faptul că legislația europeană în domeniul achizițiilor publice nu se opune unui regim juridic precum cel de care beneficiază Transformacion Agraria SA (persoană juridică controlată), care îi permite, în calitate de întreprindere aflată în proprietate publică ce acționează ca instrument propriu și serviciu tehnic al mai multor autorități contractante publice, să realizeze operațiuni fără să fie supusă regimului prevăzut de directivele menționate, în condițiile în care, pe de o parte, autoritățile contractante publice respective exercită asupra acestei întreprinderi un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii și, pe de altă parte, o asemenea întreprindere desfășoară partea cea mai importantă a activității sale cu aceste autorități.

(3) Se consideră îndeplinită condiția de la art. 4 lit. b) și în situația în care mai mult de 80% din activitățile respectivei persoane juridice sunt efectuate în vederea îndeplinirii sarcinilor care îi sunt încredințate de către autoritatea contractantă/autoritățile contractante care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de aceeași autoritate contractantă/aceleași autorități contractante.

SECȚIUNEA a 3-a

Participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate

Art. 11. -

Ca regulă generală se consideră că participarea privată directă la capitalul persoanei juridice de drept privat exclude posibilitatea ca autoritatea contractantă să exercite asupra respectivei un control similar cu cel pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii, în sensul art. 4 lit. a).

Art. 12. -

În cazul în care, datorită modului în care acționează pe piață, persoana juridică de drept privat controlată nu este supusă presiunii competiției, fiind înființată pentru a desfășura activități de interes public, aceasta este un organism de drept public și are calitatea de autoritate contractantă, în conformitate cu art. 4 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

CAPITOLUL III

Concluzii

Art. 13. -

(1) Autoritatea contractantă are dreptul să îi atribuie contracte direct, fără organizarea unei proceduri de atribuire, în temeiul art. 31 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, persoanei juridice de drept public sau de drept privat care îndeplinește toate cele trei condiții prevăzute la art. 4, caz în care nu reprezintă altceva decât un instrument de lucru, care diferă de celelalte departamente/compartimente interne ale autorității contractante numai prin faptul că are personalitate juridică distinctă.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), persoana juridică are caracteristicile unui organism de drept public, în sensul art. 4 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și, în consecință, are obligația de a aplica prevederile legislației privind achizițiile publice pentru orice achiziție efectuată în scopul îndeplinirii activităților delegate de către autoritatea contractantă care o controlează.

(3) Fără a afecta prevederile alin. (1) și (2), persoana juridică de drept privat controlată nu are obligația respectării prevederilor legislației privind achizițiile publice pentru activitățile comerciale ale acesteia, bazate pe obținerea de profit, desfășurate pe piața liberă, activități care nu sunt desfășurate în vederea efectuării sarcinilor care îi sunt încredințate în temeiul art. 31 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, de către autoritățile contractante care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de aceleași autorități contractante.

CAPITOLUL IV

Dispoziții finale

Art. 14. -

Autoritățile contractante au obligația de a elabora o notă justificativă în cazul atribuirii contractelor de achiziție publică, conform prezentei instrucțiuni, prin care se va justifica încadrarea în prevederile legale precizate la art. 31 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Art. 15. -

Prezenta instrucțiune se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Text publicat în Monitorul Oficial nr 926/2.11.2018