

Les acquisitions publiques

1. Aspects généraux

Les acquisitions publiques s'avèrent à présent l'un des marchés les plus dynamiques et un domaine majeur d'intérêt pour les investisseurs étrangers. Ce fait est dû aux financements (crédits) externes reçus par l'Etat roumain des établissements financiers internationaux comme par exemple la BERD, la BIRD ou la Banque Mondiale.

Il est attendu que le poids des projets de ce type augmente dans les années à venir, ayant en considération l'immense besoin de modernisation de l'infrastructure publique de la Roumanie et les financements de plus en plus consistants que la Roumanie recevra au fur et à mesure que l'accession à l'Union Européenne s'accomplit, en l'année 2007.

2. Les principales réglementations applicables

- L'Ordonnance d'Urgence du Gouvernement no. 60/2001 concernant les acquisitions publiques, avec les modifications ultérieures (l'„OUG no. 60/2001”);
- La Décision du Gouvernement no. 461/2001 pour l'approbation des normes d'application de l'OUG no. 60/2001 (la „DG no. 461/2001”).

3. Les parties au contrat d'acquisition publique

Les acquisitions publiques représentent la modalité selon laquelle les autorités publiques ou les personnes contrôlées par celles-ci (dénommées par la loi comme „des autorités contractantes”) acquièrent (obtiennent) des produits, des travaux ou des services de la part des personnes privées, par la conclusion des contrats d'acquisitions publiques.

La qualité d'*autorité contractante* peut être détenue par:

- a) n'importe quelle autorité et institution publique;
- b) n'importe quelle personne morale qui déploie des activités d'intérêt public sans caractère commercial ou industriel et qui se trouve au moins dans l'une des situations suivantes: (i) est financée à partir des fonds publics; (ii) est subordonnée / contrôlée par une autorité ou institution publique; (iii) dans la composition du conseil administratif / l'organisme de direction, plus d'une moitié des membres sont nommés par une autorité ou par une institution publique;
- c) n'importe quelle personne morale qui déploie des activités relevantes dans l'un des secteurs d'utilités publiques – eau, énergie, transports et télécommunications – et qui se trouve, directement ou indirectement, sous l'influence dominante de l'une des personnes morales prévues aux points a) ou b) ou qui bénéficie de droits particuliers ou exclusifs pour déployer de pareilles activités;

- d) une association contractante, constituée entre deux ou plusieurs autorités contractantes, sans constitution d'une nouvelle personne morale;
- e) autres personnes morales établies par décision du Gouvernement, au cas où l'activité de celles-ci se déroulerait aux marchés où la concurrence est exclue.

La qualité de contractant peut être détenue par n'importe quel fournisseur, exécutant ou prestataire, personne physique ou morale, roumaine ou étrangère. Le fournisseur, l'exécutant ou le prestataire étranger bénéficient en Roumanie du même régime que le fournisseur, l'exécutant ou le prestataire roumain bénéficient dans le pays de résidence de l'étranger.

4. Des situations où l'autorité contractante n'est pas obligée à appliquer les dispositions de l'OUG no. 60/2001

La loi prévoit principalement les situations suivantes:

- a) l'acquisition de la part d'une autorité contractante du domaine de la défense nationale, de l'ordre public et de la sécurité nationale, des produits et des services en relation avec la production ou le commerce d'armes, munition et systèmes d'armement pour la guerre;
- b) le contrat a un caractère secret ou son accomplissement implique de mesures spéciales de sécurité, en concordance avec les lois qui concernent la défense nationale, l'ordre public et la sécurité nationale;
- c) les procédures d'attribution sont établies comme conséquence d'un traité ou accord international qui vise l'introduction / l'exploitation d'un projet, établi en commun avec de partenaires étrangers;
- d) l'application d'une procédure spécifique à quelques organismes financiers internationaux ou aux autres donateurs/créditeurs;
- e) l'intention est d'acquérir des produits, des services ou des travaux destinés exclusivement à la prestation de quelques services de télécommunications, au cas où autres personnes morales auraient aussi le droit de fournir des services de télécommunications similaires, dans la même région géographique et dans les mêmes conditions;
- f) il s'agit d'un contrat de services attribué à une personne morale qui représente elle-même une autorité contractante et qui fournit des services en vertu de quelques droits exclusifs;
- g) le contrat a comme sujet l'achat d'énergie, de produits énergétiques de l'industrie extractive ou d'autres combustibles, au but de l'estimation ou de l'extraction de pétrole brut, des gaz naturels, des charbons ou d'autres combustibles solides;
- h) le contrat a comme objet, parmi autres:
 - l'achat ou la location, par l'intermédiaire de toute sorte de moyens financiers, de terrains/édifices/autres biens immobiliers existants ou l'achat/la location des droits sur ceux-ci;
 - la mise en oeuvre de services d'intermédiation financière concernant

l'émission, l'achat, la vente ou le transfert des valeurs immobilières ou d'autres instruments financiers, et aussi la mise en oeuvre de services par la Banque Nationale de la Roumanie;

- l'embauche de force de travail etc.

- i) l'autorité contractante acquiert, parmi autres: services d'hôtels et de restaurants; services de transport par le chemin de fer; services de transport fluviaux; services juridiques; services de sélection et de placement de la force de travail; services d'enseignement, de santé et d'assistance sociale.

Les personnes morales qui déploient des activités relevantes dans l'un des domaines des utilités publiques (eau, énergie, transports et télécommunications) ne sont pas soumises à cette obligation lorsqu'elles achètent des produits en vue de les revendre ou de les louer et toutes autres personnes morales ayant le droit de vendre ou de louer des produits du même type, dans les mêmes conditions, ne bénéficient d'aucun droit spécial ou exclusif concernant ces produits.

Comme règle générale, même si l'autorité contractante n'est pas obligée à appliquer les dispositions de l'OUG no. 60/2001, il faut respecter, toutefois, les critères de nature économique et concurrentielle.

En outre, l'autorité contractante a le droit d'acheter directement, sans accomplir l'une des procédures énumérées par la loi, des produits, des travaux ou des services dont la valeur, sans la T.V.A, accumulée tout au long d'une année, ne dépasse pas l'équivalent en ROL de 2.000 Euros.

5. Les types de contrats

L'OUG 60/2001 prévoit les types suivants de contrats d'acquisitions publiques:

- a) *le contrat de fourniture* a comme objet la fourniture de produits, sur la base de l'achat, y compris par paiement à tempérament, de la location ou du crédit-bail avec ou sans option d'achat;
- b) *le contrat de services* a comme objet la prestation de services, ainsi que ceux-ci apparaissent dans les statistiques officielles;
- c) *le contrat de travaux* a comme objet l'exécution ou, selon le cas, la projection et l'exécution, des travaux de constructions, ou l'exécution par tout moyen de n'importe quelle combinaison de ces travaux de constructions, qui correspond aux demandes des autorités contractantes et qui mène à un résultat destiné à accomplir par soi-même une fonction technique et économique;
- d) *le contrat pour la concession de travaux* est du même type que le contrat de travaux, à la différence qu'en contre-partie des travaux exécutés, le contractant, en qualité de concessionnaire, reçoit le droit d'exploiter/administrer le résultat des travaux, totalement ou partiellement, droit auquel on peut ajouter, selon le cas, le paiement d'une somme d'argent.

Il faut remarquer le fait qu'au cas de la concession des travaux, le concessionnaire peut sous-contracter aux tierces personnes les obligations prévues au contrat de concession. Dans ce cas, le concessionnaire devient, à son tour, autorité contractante et il est obligé à appliquer les procédures établies par l'OUG no. 60/2001 envers tierces personnes. Par exception, le concessionnaire n'est pas obligé

à respecter ces dispositions, au cas où l'engagement sous-contractuel se réaliserait avec ses affiliés (par exemple des sociétés commerciales du même groupe).

6. Les procédures d'attribution des contrats d'acquisition publique

La loi réglemente les suivants types de procédures:

- a) *la licitation ouverte au cadre de laquelle* n'importe quel fournisseur, exécutant ou prestataire intéressé a le droit de déposer une offre;
- b) *la licitation restreinte* qui se déroule en 2 étapes distinctes et au cadre de laquelle seulement les candidats sélectionnés par l'autorité contractante dans la première étape sont invités à déposer des offres, dans la deuxième étape;
- c) *la négociation compétitive* au cadre de laquelle l'autorité contractante se consulte et négocie les clauses (conditions) contractuelles, y compris le prix, avec plusieurs fournisseurs, exécutants ou prestataire;
- d) *la négociation avec une seule source* qui suppose que l'autorité contractante doit se consulter et négocier les clauses (conditions) contractuelles, y compris le prix, avec un seul fournisseur, exécutant ou prestataire;
- e) *l'appel d'offres* qui représente une procédure simplifiée, par lequel l'autorité contractante sollicite des offres de la part de plusieurs fournisseurs, exécutants ou metteurs en oeuvre;
- f) *le concours de solutions*, qui permet à l'autorité contractante d'acquérir, spécialement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de la projection urbaine et du paysage, de l'architecture ou dans le domaine de l'interprétation des dates, un plan ou un projet, par la sélection de celui-ci, faite par un jury, à base concurrentielle.

La règle d'attribution des contrats d'acquisitions publiques est représentée par la procédure des licitations ouvertes ou closes.

La procédure de *négociation compétitive* peut être appliquée seulement dans les cas suivants:

- (I) au cas où, à la suite de l'application d'une procédure de licitation ouverte ou restreinte n'a été reçue aucune offre ou aucune offre correspondante (conforme) et seulement au cas où l'autorité contractante ne modifie pas de manière essentielle les exigences initiales de la documentation pour l'élaboration et la présentation de l'offre;
- (II) adans des situations spéciales, lorsque les services ou les travaux ne permettent pas une estimation initiale de la valeur du contrat;
- (III) lorsque les services sont de telle nature que le cahier des charges ne peut pas être élaboré avec précision;
- (IV) al'autorité contractante acquiert des produits qui suivent à être fabriqués ou des travaux qui suivent à être exécutés exclusivement au but de la recherche scientifique, de l'expérimentation ou du développement technologique;

- (V) à la suite de l'organisation d'un concours de solutions, il faut attribuer le contrat de services à l'un des compétiteurs qui ont gagné le concours respectif et seulement au cas où l'autorité contractante transmettrait une invitation de participation à tous les compétiteurs qui ont gagné le concours respectif.

Il faut noter que, dans la situation où le financement du contrat n'implique pas de fonds publics, l'autorité contractante peut appliquer la procédure de négociation compétitive sans restrictions.

La procédure de la *négociation avec une seule source* peut être appliquée seulement dans cas suivants:

- (I) lorsque les produits, les travaux ou les services peuvent être fournis, exécutés ou mis en oeuvre seulement par un seul contractant, à cause des raisons de nature technique, artistique ou par des raisons concernant la protection d'un droit d'exclusivité sur ceux-ci;
- (II) lorsque l'autorité se propose à acquérir, de manière additionnelle, des produits destinés au remplacement partiel, à l'augmentation ou à l'extension des équipements, des installations ou d'autres dotations acquises antérieurement. L'autorité contractante a le droit d'appliquer cette procédure dans un intervalle plus grand de 3 années dès l'attribution du contrat initial;
- (III) lorsqu'elle a l'intention d'acquérir de services ou travaux supplémentaires qui, bien qu'elles n'eussent pas été incluses dans le contrat de services, respectivement dans le contrat de travaux, attribué antérieurement à un contractant, sont devenus nécessaires pour la finalisation du contrat;
- (IV) lorsque, ultérieurement à l'attribution d'un contrat de services ou de travaux, l'autorité contractante se propose acquérir de nouveaux services, respectivement de nouveaux travaux semblables aux services ou aux travaux acquis par le contrat attribué initialement;
- (V) lorsque, par la suite d'un concours des services, il faut attribuer le contrat au compétiteur;
- (VI) lorsqu'une autorité contractante qui déroule des activités relevantes dans les domaines des utilités publiques (eau, énergie, transports et télécommunications) acquiert des produits soumis aux transactions et cotés aux bourses de marchandises reconnues officiellement;
- (VII) lorsqu'une autorité contractante qui déroule des activités relevantes dans les domaines des utilités publiques (eau, énergie, transports et télécommunications) bénéficie de la possibilité de valoriser une opportunité de courte durée, extrêmement avantageuse;
- (VIII) dans une situation de force majeure, état de nécessité ou d'autres situations similaires.

L'appel d'offres peut être appliqué par l'autorité contractante seulement au cas où la valeur estimée du contrat d'acquisition publique, sans la T.V.A, est inférieure à l'équivalent en ROL de 40.000 Euros pour les contrats de fourniture et de services, respectivement 100.000 Euros, pour les contrats de travaux.

7. La publicité de la procédure d'attribution du contrat d'acquisitions publiques

L'intention d'effectuer des acquisitions publiques doit être faite publique par une annonce d'intention, publiée au Journal Officiel, la VI^e Partie - „Acquisitions Publiques”, dans un délai d'au plus tard 30 jours, suivant la date d'approbation du budget propre à l'autorité contractante. Les autorités contractantes des domaines des utilités publiques font exception dudit délai de 30 jours et elles ont le droit de transmettre l'annonce d'intention à tout moment, tout au long de l'année.

Dans tous les cas où l'autorité contractante applique l'une des procédures de licitation ouverte, restreinte, la négociation compétitive ou le concours de solutions, elle a l'obligation de publier au Journal Officiel, la VI^e Partie - „Acquisitions Publiques”, une annonce de participation. Dans l'annonce de participation, l'autorité contractante a l'obligation d'introduire aussi la date d'échéance pour le dépôt des offres, la loi réglementant des délais particuliers pour chaque type de procédure d'attribution des contrats d'acquisitions publiques.

8. Les critères que le déposant de l'offre/le candidat doit accomplir pour pouvoir participer à la procédure pour l'attribution du contrat d'acquisitions publiques

Il peut être exclu d'une procédure pour l'attribution du contrat d'acquisition publique, respectivement il n'est pas éligible, tout offrant/candidat qui se trouve dans n'importe laquelle des situations suivantes:

- a) se trouve en état de faillite ou de liquidation, ses affaires étant administrées par un juge syndic ou ses activités commerciales sont suspendues;
- b) fait l'objet d'une procédure légale pour être déclaré dans l'une des situations prévues au point a);
- c) n'a pas accompli les obligations de paiement exigibles des impôts et des taxes envers l'Etat;
- d) a fourni d'informations fausses dans les documents présentés;
- e) a commis une grave erreur dans l'activité professionnelle ou n'a pas accompli les obligations assumées dans un autre contrat d'acquisition publique.

L'offrant/le candidat a l'obligation de présenter les documents demandés par l'autorité contractante pour prouver sa capacité technique et économique-financière, ainsi que pour permettre la vérification de ses capacités de production, le système d'assurance de la qualité, la réalisation des études de recherche-développement.

Pour vérifier la capacité économique-financière des candidats/offrants, l'autorité contractante a le droit de leur solliciter le bilan comptable, ainsi que d'autres documents qui prouvent une telle capacité, par exemple: des lettres de notoriété de la part des banques, des situations concernant le chiffre global d'affaires; des assurances pour de divers risques de nature professionnelle. L'autorité contractante a l'obligation de conserver le caractère confidentiel des informations présentées par les offrants/candidats.

9. La documentation nécessaire pour l'élaboration et la présentation de l'offre

L'élaboration de la documentation pour la réalisation et la présentation de l'offre se fait par l'autorité contractante et elle doit contenir, principalement: des informations générales portant sur l'autorité contractante; les demandes minimales de qualification et les documents qui suivent à être présentés par l'offrant/le candidat; le cahier des charges; des instructions concernant les délais qui doivent être respectés et les formalités qui doivent être accomplies, y compris celles concernant la garantie de participation et de bonne exécution; des instructions concernant la modalité d'élaboration et de présentation de la proposition financière; des informations concernant le critère appliqué pour l'attribution du contrat d'acquisition publique.

Ce dernier critère peut être seulement soit l'offre la plus avantageuse du point de vue technique et économique, soit, de manière exclusive, le prix le plus bas.

Pendant toute la durée de validité telle qu'établie par l'autorité contractante, l'offre a un caractère ferme et obligatoire, du point de vue du contenu, et elle doit être signée, garantie à la propre responsabilité, par l'offrant ou par la personne accréditée par celui-ci. L'offrant a l'obligation d'exprimer le prix aussi en ROL qu'en Euros.

Plusieurs fournisseurs, exécutants ou prestataires ont le droit de s'associer et de déposer une offre collective, ci-après dénommée l'*offre commune (collective)*, sans être obligés à présenter leur association sous une forme légalisée.

Les offrans qui participent à la procédure d'attribution d'un contrat pour la concession des travaux ont l'obligation d'introduire dans l'offre la liste qui contient les personnes morales affiliées; le concessionnaire aura l'obligation de mettre à jour cette liste, de manière permanente, jusqu'à la finalisation du contrat pour la concession des travaux.

L'*offre de base* est la seule offre que l'offrant ou les offrans associés ont le droit de déposer, à quelques exceptions prévues par la loi, lorsqu'on peut déposer des *offres alternatives*. L'offre n'est pas prise en considération si l'offrant ne constitue pas la garantie pour la participation en conformité avec les dispositions relatives à la documentation pour l'élaboration et la présentation de l'offre.

L'offrant a le droit de modifier ou de retirer l'offre seulement avant l'échéance du délai établi pour le dépôt de l'offre, sous la sanction de l'exclusion de celui-ci de la procédure pour l'attribution du contrat d'acquisition publique et de la perte de la garantie pour la participation.

L'autorité contractante a l'obligation de constituer, pour l'attribution de chaque contrat d'acquisition publique séparément, une commission d'évaluation, et au cas où il s'agirait d'un concours de solutions, un jury.

10. L'annulation de l'application de la procédure pour l'attribution du contrat d'acquisition publique

L'autorité contractante a le droit d'annuler l'application de la procédure pour l'attribution du contrat d'acquisition publique, habituellement avant le délai de transmission de la communication sur le résultat de l'application de la procédure d'acquisition publique et, en tout état de cause, avant le délai de conclusion du

contrat. Les cas dans lesquels l'autorité contractante peut agir de cette façon sont énumérés expressément par la loi.

La décision d'annulation n'emporte aucune obligation pour l'autorité contractante envers les participants à la procédure d'acquisition publique, à l'exception du retournement de la garantie pour la participation.

L'autorité est obligée à communiquer par écrit, à tous les participants, la procédure d'acquisition publique, dans 2 jours, au plus tard suivant la date d'annulation, autant la cessation des obligations que ceux-ci ont assumées par le dépôt d'offres, que la motivation de l'annulation.

11. La conclusion du contrat d'acquisition publique

L'autorité contractante a l'obligation de conclure le contrat d'acquisition publique avec l'offrant dont l'offre a été établie comme gagnante par la commission d'évaluation.

L'offrant invité par l'autorité contractante à la conclusion du contrat d'acquisition publique a l'obligation de constituer la garantie pour la bonne exécution en conformité avec les dispositions existantes dans la documentation pour l'élaboration et la présentation de l'offre.

Les normes d'application de l'OUG no. 60/2001 contiennent les modèles de contrats pour chaque type – travaux, fourniture, services.

Pour éviter la concurrence déloyale et au but d'accomplir le contrat d'acquisition publique, la loi interdit au contractant d'embaucher avec livret de travail ou convention civile des personnes physiques ou morales qui ont participé à l'élaboration de la documentation pour la réalisation et la présentation de l'offre ou qui ont fait partie de la commission d'évaluation constituée pour l'attribution du contrat dont il s'agit, pendant un délai d'au moins durant les 6 semaines qui suivent la conclusion du contrat, sous sanction de résiliation de celui-ci par l'autorité contractante.

12. Les voies d'attaque contre la procédure

Quiconque a un intérêt légitime concernant un certain contrat d'acquisition publique et qui supporte, risque de supporter ou a supporté un préjudice, comme une conséquence directe d'un acte illégal ou d'une décision illégale, a le droit d'utiliser les suivantes voies d'attaque, prévues par la loi sur les acquisitions publiques:

- (I) la contestation administrative, la compétence de connaître de l'affaire appartenant en ce cas à l'autorité contractante;
- (II) l'action en justice, à la section de contentieux administratif du tribunal dans le ressort duquel le siège de l'autorité contractante se trouve. Contre la décision du tribunal, on peut déclarer recours à la cour d'appel.

L'action en justice s'introduit seulement après avoir épuisé, en préalable, la procédure de la contestation administrative. Par voie d'exception, on peut introduire une action sans suivre préalablement la voie de la contestation administrative par:

- a) la personne physique ou morale qui n'a pas été impliquée du tout dans la procédure;
- b) n'importe quel participant impliqué dans la procédure d'attribution du contrat d'acquisition publique, seulement pour attaquer les mesures correctives établies par l'autorité contractante comme effet du règlement de la contestation ou des contestations, s'il peut prouver le fait que les mesures coercitives sont illégales et elles portent atteinte aux dispositions de la législation des acquisitions publiques ou que les mesures coercitives, bien que légales, sont incomplètes et, par la suite, les principes de la libre concurrence, de l'utilisation efficace des fonds publics, la transparence, le traitement égal et la confidentialité ne sont pas respectés;
- c) n'importe quel offrant, seulement au cas où l'autorité contractante a déjà conclu le contrat d'acquisition publique, dans les 7 jours qui suivent, après la date de la transmission de la communication concernant le résultat de l'application de la procédure d'attribution du contrat d'acquisition publique, mais pas plus tard de 15 jours suivant la date de la publication de l'annonce d'attribution.

La personne qui introduit l'action en justice, dans les conditions prévues par la loi des acquisitions publiques, a l'obligation de notifier immédiatement à l'autorité contractante.