



**Sentința civilă nr. 422 / 1999, Cod fiscal 11995962**

Sediu: Str. Păcii, Nr. 20, cod 820033, cam. 224, Tulcea, jud. Tulcea

Tel.:0040 (0)240 – 517077 / 516604; 0040 (0)741 – 984600, 0747- 534880

### **Comentarii cu privire la noul pachet de legi privind achizițiile publice**

Pentru a avea cu adevărat un nou pachet de legi privind achizițiile publice ar fi necesară și o nouă mentalitate în a privi acest domeniu din partea tuturor factorilor implicați (autorități contractante, operatori economici, presa, organe de control, s.a.m.d.)

Impactul așteptat : materializarea în plan național a tendinței pieței achizițiilor publice europene, achiziționarea de produse/servicii și lucrări de calitate, eficientizarea resurselor publice în ansamblu, optimizarea modului de lucru în sectorul public, contractele încheiate vor fi realizate la valoarea contractată fără posibilitatea suplimentării acestora (fiind scos corespondentul articolului 122 lit i) din actuala legislație), mai multă transparență și nu în ultimul rând îmbunătățirea implementării procesului achizițiilor publice

Structura proiectului de lege este una greoaie, o serie de articole ale Directivei 24/2014/UE nu sunt transpuse deloc sau sunt transpuse trunchiat în proiectul de Lege, altele sunt reproduceri fidele lăsând impresia mai degrabă a unei simple traduceri ale acesteia și mai puțin a unui act adoptat de fiecare stat membru și care ar trebui să conțină măsuri naționale menite să permită conformarea la rezultatele stabilite prin directivă. Înțelegând intenția ca acestea să fie reflectate, ulterior, la nivel de legislație secundară sau terciară, ne exprimăm totuși "retinerea" față de o asemenea abordare, având în vedere că în acest moment nu avem în dezbatere întregul pachet de legi (normele de aplicare, ghiduri etc) pentru a-i vedea înțelesul și cursivitatea. Există o serie de reglementări ale Directivei care au o importanță crucială în desfășurarea procesului de achiziție în ansamblu și care ar trebui fixate definitiv în legislația primară și nu la nivel secundar sau terciar. Un exemplu elocvent îl reprezintă regulile referitoare la specificațiile tehnice sau definirea termenilor "oferta", "inacceptabile", "neconforme" și "necorespunzătoare".

- Trecerea de la "pretul cel mai scăzut" la "costul cel mai scăzut" sau "cel mai bun raport calitate pret"

Noua lege stabilește la art. 181 ca regulă că: „autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru operatorului economic care a oferat "costul cel mai scazut" (se determina pe considerente de rentabilitate) sau "cel mai bun raport calitate pret" (factori de evaluare ce se refera la calitatea produselor/serviciilor/lucrarilor) , criteriul „prețul cel mai scăzut” fiind plasat în plan secundar (plasat in sa la lit.a).

Această nouă abordare este lăudabilă, ținând cont de faptul că anterior, multe contracte au fost atribuite la prețuri extrem de mici, rezultatele finale fiind de mult ori dezastruoase - lucrări foarte slabe din punct de vedere calitativ, neplata taxelor și impozitelor, neplata subantreprenorilor/ subcontractantilor.

Pentru a se putea aplica cu succes acest criteriu de atribuire, dar și pentru a se asigura că autoritățile contractante nu îl vor folosi în mod abuziv sau din contra îl vor evita de teama controalelor care se vor raporta la "cheltuirea eficienta a banului public" , trebuie enunțate prevederi legislative clare care să nu mai permită folosirea unor factori de evaluare care lasa loc de interpretari din partea factorilor implicati. Astfel de dificultati au fost intampinate în trecut, iar factorii implicati, nu au putut remedia aceste probleme din lipsa unor reglementări legislative clare. Exemple de criterii, folosite in trecut si care au condus la interpretari : cea mai lungă durata de garanție; cea mai scurtă perioada de execuție; cei mai mulți factori de risc identificați în cadrul proiectului.

Dacă se va folosi în mod impropriu criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, prin mutarea centrului de greutate de la cel mai mic preț spre alți factori de evaluare de natură tehnică se poate da naștere unor suspiciuni de fraude/prejudicii foarte mari în procedura de atribuire a achizițiilor publice, prin faptul că, de aceasta situatie ofertantul desemnat câștigător poate fi cu prețul cel mai mare (se vor găsi metode pentru ca ponderea factorului tehnic să fie superioară ponderii factorului preț).

- Instituția terțului susținător

Experienta releva ca este o "instituție" de care se abuzează în România -s-a creat o piață a terților susținători, existand si situații în care același terț a ajuns să susțină toți participanții aflați în competiție într-o procedură de achiziții. (situatie care este permisa de lege, dar care duce la suspiciuni cu privire la existența unei "afaceri" în acest sector)

Este imperios necesară o detaliere a cadrului legal astfel încât instituția terțului-susținător să slujească strict obiectivelor pentru care este creată și acceptată în legislația europeană în domeniul achizițiilor.

Considerăm că mecanismul creat de legislația anterioară a generat interpretari diferite ale factorilor implicati si chiar abuzuri. De ex. un ofertant care a indeplinit unul sau mai multe contracte de achizitie publica, a platit taxe si impozite, are angajati specializati pentru executarea contractului, pentru care plateste toate impozitele pe salariu aferente, intra in competitie cu un ofertant fara experienta, cu un numar minim de angajati (director, secretara etc.) care isi procura o referinta in schimbul unei sume de bani si care se prezintă cu o oferta la un pret de dumping pentru a-si adjudeca contractul de achizitie publică cu „cel mai mic pret” - criteriu de atribuire cel mai des utilizat in cadrul licitațiilor publice din România.

Noua legislație nu menționează în ce calitate va trebui terțul sustinator să execute o parte din lucrare (subantreprenor?) și nici în ce quantum, atât timp cât conform art. 176 alin. (2) acesta poate pune la dispoziție toată „experiența similară” necesară executării întregului contract, experiență de care operatorul economic nu dispune, și care este absolut esențială pentru executarea contractului.

O altă deficiență a noii legi este cea referitoare la posibilitatea înlocuirii terțului susținător (art. 177 alin. 2) : Dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea tehnică și/ sau profesională, precum și criteriile privind eligibilitatea prevăzute la Art. 161 - Art. 163, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic să înlocuiască terțul susținător.

Prin această prevedere, operatorul economic care nu are experiență necesară executării contractului și care apelează la terțul susținător este favorizat în comparație cu operatorul economic care îndeplinește în mod direct și nemijlocit toate criteriile de calificare (încălcarea principiului tratamentului egal și al liberei concurențe între operatorii economici). Noua lege deschide astfel posibilitatea înlocuirii terțului susținător, cu un alt terț susținător, până când operatorul economic fără experiență reușește să obțină referințele necesare pentru a-și putea adjuceca contractul.

Având în vedere anomaliile la care a dat naștere până în prezent această instituție a terțului susținător, în opinia noastră susținerea tehnică și financiară ar trebui eliminată din noua legislație a achizițiilor publice (pentru a se pune mai mult accent pe asocierea operatorilor economici), iar dacă nu se dorește eliminarea totală, să fie legiferată în așa fel încât să poată fi folosită cu strictete doar în scopul în care a fost prevăzută de către initiatorii acestui concept:

- a) dezvoltarea filialelor în țări străine (transferul referințelor în interiorul aceluiași grup de societăți);
- b) susținerea dezvoltării IMM-urilor;
- c) folosirea experienței profesionale a entității sustinatoare pentru lucrări punctuale, specializate, în cadrul unor contracte complexe și nu pentru a fi comercializate referințele.

În opinia noastră, această susținere tehnică și financiară, astfel cum a fost ea implementată în cadrul OUG nr. 34/2006 și reluată în Proiectul noii legi a achizițiilor publice, aflat în dezbatere publică, nu asigură o concurență liberă și reală între operatorii economici participanți la licitații publice, încurajându-se în fapt concurența neloială.

- Subcontractanții care au sub 5% din contract nu trebuie declarați

Activitatea desfășurată de un subcontractor să reprezinte 5% din valoarea contractului și să nu fie vorba despre activități esențiale (art. 55). Potrivit proiectului de lege, obligația de a declara subcontractanții nu se aplică acelor subcontractanți care realizează activități cu valoare mai mică de 5% din valoarea ofertată a contractului, excepție care, de altfel, nu este reținută în Directivă. Această prevedere poate aduce în viitor posibile nereguli sub aspectul operatorilor economici "ascunși" sub acest prag, precum și prin faptul că activitatea subcontractorului dacă este sau nu esențială va da naștere unei practici neunitare și a interpretărilor sub aspectul "este sau nu este activitate *esențială*", sub prezumția „legalității”. Pe ce criterii se va stabili dacă o activitate se încadrează în

categoria celor "esențiale" ? Așteptam ca aceste aspecte sa fie clar definite in legislatia secundara si terciara.

- Publicarea spre consultare a caietului de sarcini

Considerăm lăudabilă această nouă prevedere, mai ales că dă posibilitatea autorității contractante de a remedia/îmbunătăți cerințele din caietul de sarcini. Implementarea posibilității de a se consulta cu piața va aduce beneficii atât autorităților contractante, cât și operatorilor economici interesați să depună ofertă, printre acestea: (1) având în vedere specializarea operatorilor economici care își desfășoară activitatea într-un anumit domeniu, autoritățile contractante vor putea elabora documentații de atribuire la un nivel de detaliu ridicat, (2) autoritățile contractante vor putea estima cu mai multă precizie valoarea unei achiziții, (3) autoritatea contractantă va avea o percepție mai bună asupra concurenței existente în piața de profil.

Insa si acest aspect ar putea conduce la interpretari conform carora autoritatea contractanta a favorizat un operator preluand recomandarile acestuia. Astfel, se impune ca legislatia secundară să prevadă clar cum se va aduce la îndeplinire această obligație .

- Obligativitatea impartirii pe loturi - art. 139 alin. (4)

Deși este o prevedere binevenită, considerăm ca exista si aspecte problematice. Ex.: Autoritatea contractantă organizeaza o licitatie pe loturi si publică în anuntul de participare posibilitatea depunerii de oferte pe toate loturile, dar poti sa castigi maxim 2. *Cum va alege autoritatea contractantă pentru celelalte loturi castigatorul contractului/lotului?* Prevederea favorizeaza posibile intelegeri intre ofertanti si utilizarea ineficienta a resurselor autoritatilor contractante. In plus va fi nevoie de un amplu efort de constientizare a celor care se ocupa de achizitii publice (de la autoritati contractante, la organe de control si operatori) pentru ca noua regula difera substantial de cea aplicabila azi.

- Evaluarea ofertelor

In noul proiect de lege se preiau din vechea reglementare o serie de drepturi ale autorităților contractante din perioada de evaluare a ofertelor. noua lege cuprinde foarte puține elemente în ceea ce privește modalitatea practică de evaluarea a ofertelor, lăsând si de această dată posibilitatea completării prevederilor legale prin norme metodologice, aspect care a fost criticat de nenumărate ori în trecut si care a condus la numeroase modificari legislative.

- Era de așteptat ca noua lege să reglementeze si următorul aspect: obligativitatea respectarii de catre curtea de conturi/corpul de control/ s.a.m.d. a unor instructiuni/puncte de vedere ale ANAP (ANRMAP)

În legislația curentă am identificat o problemă în modul în care instituțiile implicate în procedurile de achiziții publice cooperează, fiind mai mult înclinate spre sancționarea autorităților contractante sau a operatorilor economici decât spre găsirea și oferirea unor soluții sau indicatii menite sa remedieze pe viitor si sa imbunatateasca derularea procesului de achizitii. Astfel, punctele de vedere ale ANRMAP sunt considerate consultative de către organele de control.

Sa nu uitam ca HOTĂRÂREA nr. 457/ 2008 -privind cadrul instituțional de coordonare și de gestionare a instrumentelor structurale (abrogata abia in mai 2015) prevedea :

ART. 32<sup>4</sup>

(1) În cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației comunitare sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică corecții financiare, în condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora.

(2) În exercitarea atribuției prevăzute la alin. (1), autoritatea de management nu este condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANRMAP și UCVP potrivit dispozițiilor art. 32<sup>2</sup> și 32<sup>3</sup>.

Pastrandu-se in prezent in HG nr. 398 din 27 mai 2015-pentru stabilirea cadrului instituțional de coordonare și gestionare a fondurilor europene structurale și de investiții și pentru asigurarea continuității cadrului instituțional de coordonare și gestionare a instrumentelor structurale 2007-2013 la

ART. 29

În condițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 142/2012, cu modificările și completările ulterioare, ale art. 60 din Regulamentul (CE) și art. 125 din Regulamentul (UE) nr. 1.303/2013, în cazul în care autoritatea de management consideră că au existat încălcări ale legislației europene sau naționale privind achizițiile publice, aceasta stabilește și aplică reduceri procentuale/corecții financiare, fără a fi condiționată în luarea deciziilor de activitățile desfășurate de ANAP potrivit dispozițiilor art. 27 și 28. Neconcordanta evidenta : autoritatea contractanta, instantele de judecata (CNSC, Curtea de Apel) in luarea deciziilor sunt tinute de legislatia nationala ! de aici o serie de corectii rezultate chiar din respectarea legislatiei nationale / punerea in aplicare de catre autoritate a unei decizii a instantei poate atrage apoi corectie !

Considerăm că institutiile de reglementare, cat si cele de control trebuie sa inteleaga ca este nevoie din partea lor de raspunsuri si sustinere, nu de non-raspunsuri si sanctiuni. Iar atunci cand dau solutii, ele sa fie tinute la randul lor de solutiile propuse. Autoritățile contractante întâmpina dificultăți, din acest punct de vedere - interpretare legislativa, in derularea procedurilor de atribuire, deoarece documentatiile de atribuire nu sunt publicate de catre ANRMAP daca nu respecta instructiunile acesteia, pe de alta parte Autoritatea de Audit nu tine cont de aceasta legislatie tertiara, in verificarile pe care le efectueaza, și aplica corectii.

- Contraventii si sanctiuni

Se poate constata ca Romania si legislatia privind achizițiile publice ramane cu nivelul cel mai ridicat al acestora , amenda intre 50.000 -100.000 lei !

Aplicarea contravenției conform art 220 alin. (2) lit.d) se va face pentru incalcarea art. 152 alin. (6) care cuprinde "Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective

*între operatorii economici"* - fapt ca se poate de subiectiv având în vedere ca prin definirea specificațiilor tehnice vor fi cerințe care vor constitui mereu un "obstacol" pentru unii operatori ! Este firesc și normal ca o autoritate dacă dorește o coală de scris cu anumite specificații "cineva" să interpreteze ca era la fel de bună și un alt tip de coală...!

Aplicarea sancțiunii complementare de suspendare a dreptului de a organiza proceduri de atribuire - art. 221 alin. (1) dă posibilitatea aplicării autorității contractante a „unei sancțiuni complementare constând în suspendarea dreptului de a organiza proceduri de atribuire pe o durată între 2 și 5 ani”.

O astfel de sancțiune complementară o considerăm ca fiind excesivă și poate conduce la blocarea în totalitate a activității autorității contractante. Contractele de energie electrică, de exemplu, se încheie în baza unei proceduri reglementată de legea achizițiilor. Suspendarea dreptului de a organiza proceduri de atribuire și interzicerea practic de a semna contractul de furnizare energie electrică înseamnă o condamnare la desființare a autoritatilor contractante.

Și ca ultima noutate aplicarea sancțiunilor se realizează prin persoane imputernicite ale Curtii de Conturi - persoane care vor fi "instruite" și care nu reprezintă nici legiuitorul, nici nu cunosc practica și mai mult, vor fi ținuți de "aceasta este opinia mea" . Considerăm dificil să verifici achizițiile în condițiile în care nu ai derulat niciodată o procedură de atribuire. Un proces de instruire de câteva săptămâni/ luni nu cred că poate acoperi toate spețele și dificultățile întâmpinate de către autoritatea contractantă/comisia de evaluare în derularea unei proceduri, pentru a putea aprecia cu obiectivitate achiziția în ansamblu.

Alte noutăți introduse în proiectul de lege:

*Documentului european de achiziție unic* merită să diminueze considerabil „povara administrativă” a operatorilor economici interesați să depună ofertă.

*Unitățile de achiziții centralizate* - ca soluție pentru desfășurarea procedurilor de achiziție publică ce ar ajuta autoritățile contractante. Din ce cunosc, se are în vedere simplificarea procedurii de înființare a unităților de achiziții centralizate în sensul acordării unor competențe către unitățile care acționează la nivel central, în domeniul propriu de activitate. În prezent există un sistem similar la Ministerul Sănătății.

Procedură de atribuire nouă - parteneriatul pentru inovare: procedura în domeniul inovării - realizarea unui produs, serviciu sau proces nou sau care este îmbunătățit în mod semnificativ (metode noi);

Cu privire la căile de atac:

#### **A. La CNSC**

Cu privire la noutățile aduse în procedura de contestație la CNSC, remarcăm obligativitatea notificării autorității contractante. Însă, ceea ce lasă legea neclarificat este de câte ori poți face această notificare. Considerăm necesară această limitare pentru că, în caz contrar, se poate ajunge la practică abuzivă de tergiversare a soluționării, fapt

destul de grav având în vedere că introducerea contestației la CNSC suspendă de drept încheierea contractului.

## **B. În instanță**

În primul rând, apreciem ca pozitivă menționarea expresă a competenței instanțelor de contencios administrativ.

Însă, există îndoieli cu privire la eficacitatea prevederilor privind „completele specializate”. Doar la Curtea de Apel București se poate vorbi de complete specializate, nu și la nivelul Tribunalurilor, mai ales cele din țară. Va fi foarte greu, în acest context, să se creeze complete specializate.

Apoi cu privire la suspendarea procedurii de atribuire în cursul judecării de către instanță a contestației, se solicita constituirea unei cauțiuni de 2%. Există situații în care ofertantul poate solicita anularea raportului procedurii de atribuire și comunicările privind rezultatul, dar care nu solicită și suspendarea derulării contractului. Înțelegerea noastră este că, în această situație, contestatorul nu plătește cauțiunea, însă prin acțiunea există șanse să împiedice autoritatea contractantă cu privire la îndeplinirea obiectului contractului.

Ne îngrijorează lipsa, până în momentul de față, a proiectelor de lege a concesiunii și a achizițiilor speciale. Este nevoie ca și pentru aceste proiecte de lege care acum vor avea o sferă mai largă (legea privind concesiunile va include și PPP-urile) să existe consultări publice.

În concluzie, considerăm că proiecte de acte normative supuse consultării pot fi îmbunătățite pentru a se atinge scopurile reglementării: fluidizarea activităților în cadrul autorităților contractante, deblocarea mecanismelor de utilizare a fondurilor publice naționale și europene.