



# LECA

Law, Economy, Competition and Administration  
Developing a Multidisciplinary Approach in the Fight  
against Public Procurement Criminality.

Legislație, Economie, Competiție și Administrație  
Dezvoltarea unei abordări multidisciplinare în  
combaterea fraudei în achizițiile publice.



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

Aceste comentarii privind proiectele de legi în domeniul achizițiilor publice publicate spre consultare pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice reprezintă consolidarea pozițiilor exprimate de participanții la conferința organizată de Expert Forum și Freedom House România în zilele de 24 și 25 august 2015. Evenimentul a fost susținut financiar de Ambasada UK și se înscrie într-un proiect mai amplu finanțat de Comisia Europeană – „Legislație, Economie, Competiție și Administrație-Dezvoltarea unei abordări multidisciplinare în combaterea fraudei în achizițiile publice”. Participarea numeroasă a reprezentanților instituțiilor publice și a celor ai mediului de afaceri a permis dezbateri de substanță cu privire la mai multe aspecte cheie ale proiectelor de lege. Fără a ne propune o tratare exhaustivă a tuturor aspectelor care ar putea suscita comentarii, redăm în cele ce urmează principalele observații formulate de către participanți. Expert Forum și Freedom House România rămân interesate în parcursul legislativ al acestor acte normative și în facilitarea implementării lor după adoptare.

1. La art. 3, alin (1), punctul 2 lit. a), b), c) trebuie clarificată **definirea organismelor de drept public**, instituțiilor cărora li se aplică legea achizițiilor.

Preluarea directă a definiției organismelor de drept public din Directivă produce probleme serioase de interpretare, putându-se înțelege că regiile autonome, de exemplu, nu au obligația de a aplica legea achizițiilor publice. Abia o citire a preambulului Directivei și o cunoaștere a jurisprudenței CJUE privind înțelegerea organismelor de drept public clarifică situația. Această definiție, în forma actuală, ridică însă probleme legate de atragerea răspunderii penale. Pentru a fi atrasă răspunderea penală norma trebuie să fie limpede, persoanele care pot fi subiect al legii trebuie să știe foarte limpede dacă legea li se aplică ori nu, fără să aibă cunoștințe de jurisprudență europeană și fără să fi citit preambulul Directivei.

Trebuie revăzută formularea definiției organismelor de interes public astfel încât să fie cât se poate de limpede cui se aplică legea achizițiilor publice.

### 2. **Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic**

Noua lege stabilește la art. 181 ca regulă că: „autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, criteriul „prețul cel mai scăzut” fiind plasat în plan secundar.

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.

Pentru a se putea implementa cu succes acest criteriu de atribuire, dar și pentru a se asigura că autoritățile contractante nu vor folosi în mod abuziv criteriul „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, trebuie implementate prevederi legale clare care să nu mai permită folosirea unor factori de evaluare în scopul favorizării unui anumit ofertant. Acest lucru s-a mai întâmplat în trecut, iar CNSC-ul și instanțele judecătorești nu au putut remedia aceste probleme din lipsa unor reglementări legislative clare. Exemple de criterii care au condus la favorizarea unor ofertanti în detrimentul altora sunt:

- ☒ cea mai lungă durată de garanție;
- ☒ cea mai scurtă perioadă 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 fraude/prejudicii foarte mari în procedura de atribuire a achizițiilor publice, prin faptul că, de acesta dată ofertantul câștigător va fi desemnat cel cu prețul cel mai mare (se vor găsi metode pentru că ponderea factorului tehnic să fie superioară ponderii factorului preț).

#### **Propuneri:**

- Crearea unui cadru în care să poată fi oferită asistența tehnică pentru funcționarii care vor aplica de la 1 ianuarie acest nou criteriu
  - ghiduri, traininguri pe legislație la nivel național
  - înlesnirea accesului la finanțare pentru dezvoltarea de astfel de instrumente prin intermediul Strategiei achizițiilor publice
  - o standardizare a documentației de atribuire pe anumite sectoare, mai ales cele care au constant probleme

### **3. Instituția terțului susținător**

Dezbaterile organizate au reliefat că este o instituție de care se abuzează în România – s-a creat o piață a terților susținători, ori situația în care același terț a ajuns să susțină toți participanții aflați în competiție într-o procedură de achiziții.

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.

În primul rand, există diferențe legate de termenii folosiți: directiva folosește termenii „utilizarea resurselor altor entități” și „experiență profesională”, pe când proiectul de lege folosește termenii „terț susținător” și „experiență similară”.

Considerăm că mecanismul creat de legislația anterioară a generat abuzuri. De ex. un ofertant care a îndeplinit unul sau mai multe contracte de achiziție publică, a plătit taxe și impozite, are angajați specializați pentru executarea contractului, pentru care plătește toate impozitele pe salariu aferente, intra în competiție cu un ofertant fără experiență, cu un număr minim de angajați (director, secretara etc.) care își procură o referință în schimbul unei sume de bani și care prezintă cu o ofertă la un preț de dumping pentru a-și adjudica contractul de achiziție publică cu „cel mai mic preț” - criteriu de atribuire cel mai des utilizat în cadrul licitațiilor publice din România.

Pe de altă parte, prin încurajarea acestor practici de vânzare-cumpărare a referințelor se vor pune serioase piedici eforturilor autorităților contractante de a utiliza o parte cât mai mare din fondurile europene puse la dispoziție pentru implementarea diverselor proiecte, ținând cont că orice firmă de „apartament” fără experiență poate fi „susținută tehnic și financiar” și poate câștiga o procedură de achiziție publică pentru lucrări complexe, lucrări pe care nu le va putea duce la bun sfârșit.

Prin urmare este evident că rata de absorbție a fondurilor va avea de suferit și că proiectele nu vor fi implementate conform obligațiilor din contractele de finanțare.

În prezent, beneficiind de prevederile legale extrem de permissive, „susținerea tehnică și financiară” a devenit o afacere foarte profitabilă pentru unii „băieți destepti” - care asigură un venit sigur în comparație cu ofertantul care execută o lucrare și care poate ieși chiar și în pierdere la finalizarea contractului.

Din informațiile din mediul economic, tertul susținător solicită aprox. 1.000 EURO la predarea referințelor (dacă la o procedură susține 5 ofertanți câștigă imediat 5.000 EURO) la acesta se adaugă cam 3% din valoarea totală a lucrării adjudicate de operatorul economic susținut, cu plata în mai multe rate, fiecare rată fiind garantată cu câte o filă CEC - (toate filele CEC se emit în favoarea susținătorului imediat după semnarea contractului cu Autoritatea Contractantă - ocazie cu care se încheie și un proces verbal de predare a filelor CEC).

În noua Directivă 24/2014 se prevede în mod clar că:

„În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor

entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens”.

Astfel, după cum s-a reținut și prin Hotărâre CJUE din cauza C-176/98 Holst Italia Spa – Comune Cagliari – pentru ca un operator economic „neexperimentat” să poată participa la procedura de atribuire a unui contract de achiziție, acesta trebuie să demonstreze Autorității contractante că are practic la dispoziție resursele necesare pentru executarea contractului.

Ori în cazul în care se pune la dispoziție o simplă foaie de hârtie pe care este menționată lucrarea similară executată de „terțul susținător” – adică referința, ne întrebăm cum poate demonstra operatorul economic că el „chiar are la dispoziție resursele entității sau societății de care el însuși nu dispune și care sunt necesare pentru executarea contractului” (citată din cauza Ballast Nedam Groep I) - respectiv experiența profesională acumulată cu ocazia executării și ducerii la bun sfârșit a unui contract similar.

Pe de altă parte, din analiza comparativă a Directivei și a noilor prevederi din legislația achizițiilor publice, referitoare la instituția terțului susținător, observăm că noua lege a preluat în mare parte formulările din Directiva UE 24/2014. De ce spunem în mare parte, pentru că sintagma „experiența profesională” reglementată în directiva la art. 63 alin. (1), este transcrisă în noua lege sub forma „experiența similară” - art. 176 alin. (2) lărgindu-se astfel sfera de aplicabilitate.

Opinia noastră, după lecturarea directivei, este că principalul motiv pentru introducerea noțiunii de susținere tehnică este posibilitatea demonstrării în fața autorității contractante ca ofertantul va executa anumite părți ce necesită o expertiză specifică din contract printr-un terț susținător, bazându-se pe resursele și capacitățile acestuia, și nu ca acesta va suplini lipsa generală a experienței similare folosind o „declarație/angajament” din partea unui anumit terț, fiind un document exclusiv formal fără relevanță și forță juridică.

În noua legislație la alineatul (4) din cadrul art. 176 se prevede că: „Prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi se pot stabili prevederi sau cerințe standard în legătură cu modalitățile de îndeplinire a criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională prin susținere acordată de un terț.

Considerăm că prin introducerea acestui paragraf, coroborat desigur cu prevederea „experiența similară” se va deschide o portită ce va fi exploatată printr-o viitoare hotărâre de guvern, astfel încât situația referitoare la terțul susținător să fie cel puțin identică precum cea reglementată de OUG 34/2006 și HG nr. 925/2006, astfel că toate problemele enumerate anterior nu vor fi remediate prin introducerea adoptarea noii legi, ci se vor menține și chiar agrava.

Noua legislație nu menționează în ce calitate va trebui tertul sustinator să execute o parte din lucrare (subantreprenor?) și nici în ce cuantum, atât timp cât conform art. 176 al (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 tertului susținător (art. 177 alin. 2) : *Dacă tertul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, precum și criteriile privind eligibilitatea prevăzute la Art. 161 - Art. 163, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic să înlocuiască tertul susținător.*

Prin această prevedere, operatorul economic care nu are experiență necesară executării contractului și care apelează la tertul 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 tertului susținător, cu un alt tert susținător, până când operatorul economic fără experiență reușește să obțină referințele necesare pentru a-și putea adjudeca contractul.

**Având în vedere anomaliile la care a dat naștere până în prezent această instituție a tertului susținător, în opinia noastră susținerea tehnică și financiară ar trebui eliminată din noua legislație achizițiilor publice (pentru a se pune mai mult accent pe asocierea operatorilor economici), iar dacă nu se dorește eliminarea totală, să fie legiferată într-un 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 referințe 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, încurajând-se în fapt concurența neloială.

**4. Subcontractanții care au sub 5% din contract nu trebuie declarați** – activitatea desfășurată de acel 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 estimată a contractului, excepție care, de altfel, nu este reținută în Directivă.

Reprezentanții Consiliului Concurenței identifică în această prevedere o posibilă formă de compensare între întreprinderi. Unul dintre ofertanți devine subcontractant nedeclarat în cazul unei înțelegeri prealabile anticoncurențiale ca o formă de compensare pentru acel ofertant care participă ca „mână moartă” la procedura de achiziție publică.

Mai mult, deși pragul de 5% este un criteriu obiectiv, faptul că activitatea subcontractorului este sau nu esențială va fi evaluată, putem presupune, de către autoritatea contractantă, ceea ce va da naștere unei practici neunitare, sub prezumția „legalității”.

Reprezentantul Agenției Naționale de Integritate arată că nedeclararea unor subcontractanți pune ANI – programul PREVENT - în imposibilitatea prevenirii unor conflicte de interese, mai ales că în proiectele mari, 5% înseamnă o sumă foarte mare și prezintă astfel un foarte mare risc de corupție.

Pe de altă parte, art. 215 al proiectului prevede că autoritatea contractantă are obligația de a solicita contractantului datele subcontractanților, „după atribuirea contractului, dar cel mai târziu la momentul începerii executării acestuia”. Considerăm că atât din perspectiva concurenței efective, cât și din cea a prevenirii conflictelor de interese, această obligație trebuie să existe la momentul depunerii ofertei.

## 5. **Experiența similară a subcontractorului și subantreprenorului**

Practica până în prezent multor autorități contractante relevă faptul că acestea considera ca dacă un antreprenor general a folosit subantreprenori în cadrul unui contract, atunci partile din lucrare executate de acestia se vor „sterge” din experiența totală dobândită de antreprenor în cadrul proiectului respectiv și se transferă subantreprenorilor.

Legislația europeană nu impune ca un operator economic să execute un contract direct cu propriile sale resurse, ci solicită ca acesta să aibă capacitatea de a face toate aranjamentele necesare în vederea executării contractului în discuție și de a oferi garanțiile adecvate în acesta privință (cauza C339/98) - adică asigurarea managementului contractului, aprovizionarea cu materiale și echipamente, coordonarea lucrărilor, managementul raporturilor contractuale cu Autoritatea Contractantă.

Dat fiind faptul că subantrepriza nu e interzisă nici de legislația din România, nu înțelegem care este motivul pentru care antreprenorii generali sunt practic sancționați pentru folosirea subantreprenorilor. Practica (licitații organizate de BERD, Banca Mondială, KfW, ADB, UE prin fonduri IPA, etc.), din altă țară arată că, în toate situațiile experiența dobândită în cadrul unui



contract aparține în totalitate antreprenorului general indiferent de numărul de subantreprenori folosiți pe parcursul desfășurării lucrărilor (urmand ca, desigur, acesta să elibereze certificări de experiență similară pentru subantreprenorii săi – în limita participării acestora la executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului principal).

Pe de altă parte, trebuie menționat și faptul că diverse autorități contractante, fie din neștiință fie din lipsă de interes, nu solicită ca antreprenorul general să declare subantreprenorii folosiți (cu excepția celor nominalizați la semnarea contractului), astfel, se va ajunge în situația în care nu toți antreprenorii generali vor beneficia de același tratament egal în momentul evaluării experienței similare.

Aceste aspecte trebuie reglementate în mod coerent în noua legislație pentru a se evita din start declansarea unor corecții/proceduri de infringement ceea ce va însemna, din nou, pierderea unor sume importante de bani pentru România.

În lipsa unei reglementări clare, antreprenorii generali vor încerca să găsească diverse tertipuri pentru remedierea situației, astfel unele vor fi:

- a. Legale -> nu vor mai folosi subantreprenori (caz în care multe IMM-uri vor dispărea de pe piață)
- b. Ilegale -> nu vor mai declara subantreprenorii (riscuri mari de neplata pentru acestia/subantreprenorii nu vor mai primi niciun fel de referințe).

Propunerea noastră este introducerea în mod clar și „neinterpretabil” a unor prevederi care să exprime faptul că întreaga experiență dobândită prin executarea unui contract aparține operatorului economic caruia i-a fost atribuit acel contract, irelevant de modalitatea de derulare a lucrărilor (cu sau fără subantreprenori). Autoritatea contractantă poate confirma faptul că acesta a folosit subantreprenori și dacă este cazul, îi poate numi și poate detalia care părți din lucrare au fost executate de acestia, subantreprenorii urmand să beneficieze la rândul lor de referințe pentru lucrările efectiv executate, dar fără a împietă asupra referinței antreprenorului general care a dus la bun sfârșit lucrările contractate, spre satisfacția autorității contractante.

## 6. Publicarea spre consultare a caietului de sarcini

Considerăm lăudabilă această nouă prevedere, mai ales că dă posibilitate autorității contractante de angaja un consultant pentru redactarea acestui caiet. Astfel, poate interveni o cenzură din partea specialistilor consultați dacă criteriile sunt artificiale.

Însă, așa cum reprezentantul ANI la dezbaterile organizate a indicat, problema este că, în România, multe autorități publice nu au site-uri (deloc sau functionale) ceea ce va face neaplicabilă această prevedere. Astfel, propunem ca legislația secundară să prevadă clar cum se va aduce la îndeplinire această obligație și ce sancțiuni vor interveni în caz contrar.

Mai mult, trebuie luată în considerare și situația în care consultantul folosit la redactarea caietului de sarcini, depune o oferta în cadrul procedurii de achiziție, lucru permis de proiectul noului act normativ. In aceste conditii va trebui sa stabilim daca ne aflam in situatia unui conflict de interese si daca da cum se poate evita aceasta situatie.

#### 7. Impartirea pe loturi – art. 139 alin. (4)

**Deși este o prevedere binevenită, considerăm ca exista si aspecte problematice.**

Autoritatea contractantă organizeaza o licitatie pe loturi si de la bun inceput anunta ca poti depune oferte pe toate loturile, dar poti sa castigi maxim 2. Cum va alege autoritatea contractantă pentru celelalte loturi castigatorul contractului? Asa cum si reprezentantul Consiliului Concurentei a indicat, 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 pentru ca noua regula difera substantial de cea aplicabila azi.

#### 8. 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. Astfel, inițiatorul acestui proiect de lege, lasă la latitudinea Autorității contractante dacă se impune sau nu să solicite clarificări ofertanților (spre ex. art. 204: „**Autoritatea contractantă are dreptul** de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței), in loc să stabilească in mod clar si fără echivoc care sunt obligațiile cu privire la evaluarea ofertelor. În altă ordine de idei, 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.

Era de așteptat ca noua lege să reglementeze si următorul aspect: de câte ori si in ce faza a procedurii are posibilitatea Autoritatea Contractantă să reevalueze o oferta. Nu puține au fost cazurile in care deși CNSC sau Curțile de apel competente să soluționeze plângerile împotriva Deciziilor CNSC au dispus reevaluare doar a unei singure oferte, Autoritatea Contractantă a decis ca pe lângă reevaluarea ofertei respective să mai reevalueze si oferta contestatoarei, pentru faptul că in prima evaluare nu s-a concentrat suficient de mult asupra ofertei de pe locul al doilea. Acesta reevaluare din oficiu are practic un singur scop, si anume pedepsirea ofertantului care a contestat decizia Autorității Contractante de a atribui contractului unui alt ofertant. In



lipsa unei reglementari clare și precise cu privire la limitele reevaluării ofertelor, rămâne la latitudinea Autorității contractante când și în ce mod poate să decidă și reevaluarea altor oferte decât cele menționate în mod expres în Deciziile CNSC și/sau ale Curților de Apel.

**9. Tot cu privire la termenele de evaluare a ofertelor, piața cât și reprezentanții societății civile simt nevoia instiurii exprese a unor termene ferme.** De asemenea, raportul evaluării ar trebui să fie publicat în timp real pe site-ul autorității contractante pentru fiecare contract de achiziții publice, în scopul transparentizării procedurilor de achiziții.

#### **10. Obligatoritatea respectării de către corpul de control a unor instrucțiuni/puncte de vedere ale ANAP**

În legislația curentă am identificat o problemă în modul în care instituțiile implicate în procedurile de achiziții publice cooperează, fiind mai mult înclinată înspre sancționarea operatorilor economici sau a autorităților contractante decât înspre găsirea și oferirea unor soluții. Astfel, punctele de vedere ale ANRMAP sunt considerate consultative de către organele de control.

Considerăm că instituțiile de reglementare, cât și cele de control trebuie să înțeleagă că este nevoie din partea lor de răspunsuri și susținere, nu de non-răspunsuri. Și ca atunci când dau soluții, ele să fie ținute la rândul lor de soluțiile propuse.

Salutăm așadar inițiativa prezentată de către reprezentanții ANAP în cadrul dezbaterilor de încheiere a unui protocol de colaborare între 7 instituții publice implicate în achizițiile publice din România în scopul desfășurării unor consultări trimestriale pentru a asigura o practică unitară în managementul și controlul procedurilor de achiziții.

Considerăm totuși necesară includerea unor prevederi de obligativitate a punctelor de vedere emise de ANAP pentru organismele de control.

Nu în ultimul rând, am vrea să aducem în atenție că, odată cu introducerea noului criteriu de evaluare a ofertelor („oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”), criteriile alternative pe care autoritatea contractanta le va alege vor fi verificate la nivel de oportunitate de către organismele de control, ceea ce ar putea da naștere unor soluții foarte diferite și vor crea o teamă în rândul funcționarilor din aparatul administrativ. Încă o dată subliniem necesitatea elaborării unor ghiduri tehnice și a unor traininguri substanțiale.

Organismele de control să verifice legalitatea, nu oportunitatea achizițiilor publice.

## 11. Anularea procedurii

Noul proiect de lege, ca și vechea reglementare, prevede posibilitatea ca Autoritatea să anuleze procedura. Din experiența anterioară, Autoritatea Contractantă abuzează de posibilitatea anularii procedurii motivat de faptul că "abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire". Observăm că în noua reglementare s-a preluat aceeași prevedere: Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție-publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: .... *abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului* (art. 207 alin. 1 lit. c).

Considerăm necesară clarificarea acestei prevederi prin includerea condițiilor limitative în care autoritatea contractantă poate face asta. Altfel vom permite în continuare practica anularii achizițiilor publice care nu sunt castigate de către ofertantul preferat.

## 12. Situații de excludere a operatorilor economici de la procedurile de atribuire

O altă prevedere nou introdusă care credem că nu va putea fi aplicată și va da naștere la multe suspiciuni, se referă la posibilitatea **înlocuirii contractorului în timpul derulării contractului de către un alt contractor**: *„atunci când contractantul cărui autoritatea contractantă i-a atribuit inițial contractul de achiziție publică/acordului-cadru este înlocuit de un nou contractant, pentru evitarea încetării contractului și ca urmare a unei clauze de revizuire sau a unei opțiuni stabilite de autoritatea contractantă potrivit alin. (2) – art. 217 alin.11”*. Considerăm că această prevedere trebuie clarificată în sensul includerii condițiilor în care va opera această înlocuire.

De asemenea, art. 163 alin. (1) lit. d) prevede că autoritatea contractantă are dreptul de a exclude anumți operatori din cadrul procedurilor de achiziție publică atunci când are suficiente indicii plauzibile pentru a stabili că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței. Ea dă **posibilitatea autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire un operator economic** despre care „are suficiente indicii plauzibile” că „a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței”.

Participanții au reliefat necesitatea unei **detalii a cadrului legal pentru a preveni eventualele abuzuri** ale autoritatilor contractante. În mod particular, reprezentanții Consiliului Concurenței au subliniat dificultatea obținerii și analizării acelor „**indicii temeinice**” (cu care CC lucrează deja) care să confere o prezumție privind înțelegeri anticoncurențiale ce duc la excluderea operatorilor economici.

Este necesară implicarea Consiliului Concurenței în sprijinul autorităților contractante în evaluarea *indiciilor temeinice* privind înțelegeri anticoncurențiale, fie printr-un aviz, fie prin publicarea unor ghiduri în acest sens.

13. **Dosarul achiziții publice** – art. 212– dosarul achizției publice va fi pastrat timp de 3 ani și nu 5 ani.

Din punctul de vedere al Consiliului Concurenței nu este o prevedere favorabilă întrucât termenul de prescripție aplicabil în cazul încălcării prevederilor concurențiale este de 5 ani. Astfel, în cazul în care autoritatea contractantă nu păstrează dosarul decât 3 ani, Consiliul Concurenței va fi în imposibilitate de a investiga o licitație pentru ca autoritatea contractantă nu mai are dosarul.

14. **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, așa cum a reieșit din discuțiile purtate în cadrul dezbaterilor, 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. De altfel, puține tribunale au secții de contencios-administrativ, iar la curțile de apel mai mici sunt adesea maximum două complete de contencios-administrativ. 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 consideră prea redusă cauciunea de 2% pentru suspendarea procedurii de atribuire. Reprezentanta ÎCCJ a arătat că în litigiile fiscale valoarea este mult mai mare, de până 10% din valoarea sumei contestate și a opinat că acest quantum de 2% pare mic în raport cu măsura dispusă - suspendarea procedurii de atribuire.

De asemenea, trebuie stabilit foarte exact dacă în cazul acțiunilor contra deciziilor CNSC se aplică sau nu **procedura regularizării din Codul de procedură civilă**. Dacă în cadrul acțiunii

directe și acțiunilor în despăgubiri se prevede expres că nu se aplică procedura regularizării din Codul de procedură civilă, în situația plângerilor contra deciziilor CNSC nu există o asemenea prevedere. În lipsa prevederii exprese ar trebui să se aplice prevederile art. 200 C.proc.civ., dar aceasta ar îngreuna foarte mult procedura în legătură cu regularizarea cererilor de chemare în judecată din Codul de procedura civilă. Dacă nu se renunță expres la procedura Codului de procedură civilă, așa cum este prevăzut în cazurile acțiunii directe sau în despăgubiri, poate exista un termen mai scurt, așa cum e cuprins în legătură cu acțiunea adresată CNSC. În lipsă de prevedere expresă, nu poate fi asimilată nici această procedură accelerată din fața Consiliului, ci trebuie aplicată procedura din Codul de procedura civilă cu privire la regularizarea cererii de chemare în judecată și asta poate duce la prelungirea duratei de soluționare a litigiului.

**Cu privire la amânarea pronunțării și redactarea hotărârii**, legea ar trebui să se prevadă expres un termen, așa cum e în cazul celorlalte decizii pronunțate în materie de instanțele de judecată pentru o corelare a acestor dispoziții și pentru că în lipsă de prevedere expresă se aplică Codul de procedură civilă și, implicit, termene mult mai mari decât cele prevăzute în proiectul de lege pentru celelalte situații.

Nu în ultimul rând, considerăm „mai puțin fericită” exprimarea de la art. 49, ultimul alineat din Legea privind remediile, cu privire la **legea ajutorului public judiciar**, o trimitere mai potrivită fiind la Legea privind taxele judiciare de timbru, OUG 80/2013, care la art. 43 se referă la posibilitatea obținerii de scutiri, eșalonări privind plata taxelor de timbru.

**15. Obligatorietatea de a pune, la cerere, la dispoziția oricărui ofertant raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau financiare ale ofertanților care nu au fost declarate ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală (art. 10 alin. 5)**

Considerăm că este o libertate prea mare care va fi exercitată abuziv de ambele părți. Pe de-o parte, ofertanții necâștigători vor cere să aibă acces la acest raport pentru a afla informații despre celelalte oferte și vor „fura” aceste informații în interesul lor. De partea cealaltă, ofertanții câștigători vor vrea să declare cât mai multe din informații ca fiind confidențiale, îngrădind astfel transparența întregului proces.

Propunerea noastră este de a găsi o modalitate de a oferi accesul în mod diferențiat prin intermediul SEAP.

**16. 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 poate conduce spre 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.

#### 17. Etichete specifice – art. 154

Reprezentantii Consiliului Concurenței au sesizat o posibilă restrângere a concurenței prin favorizarea unor ofertanți. Deși în Directivă există această prevedere, considerăm că în transpunerea ei nu au fost preluate toate condițiile specifice de acordare a acestor etichete.

#### 18. Creșterea nivelului de transparență la nivelul întregii proceduri de achiziții publice

Așa cum reprezentantul DNA a indicat, este o nevoie de transparentizare inclusiv a ceea ce se întâmplă înainte de atribuirea achiziției – cum ia autoritatea contractantă decizia de a finanța o achiziție și nu alta, cât și modul de derulare a contractului.

Trebuie ca legiuitorul să aibă în vedere instituirea unor prevederi mai clare pentru transparentizarea modalității de luare a deciziei pentru finanțarea unei achiziții sau unei autorități locale. Astfel, se va reduce clientelismul și favoritismul și va obliga autoritățile contractante să justifice oportunitatea achiziției.

Trebuie detaliată relația dintre contractanți și autorități contractante din timpul execuției contractului pentru a diminua posibilitatea abuzurilor, plăților preferențiale și a preveni corupția.

19. 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.