



GHID DE BUNE PRACTICI
ÎN DOMENIUL ACHIZIȚIILOR DERULATE DE
BENEFICIARII CARE AU CALITATEA DE
AUTORITĂȚI CONTRACTANTE
ȘI DE EVITARE A NEREGULILOR ÎN GESTIONAREA
PROIECTELOR FINANȚATE PRIN POR 2014-2020

ADR SV OLTENIA

Dolj - Gorj - Mehedinți - Olt - Valcea

www.inforegio.ro | facebook.com/inforegio.ro

www.adroltenia.ro

Disclaimer: Acest document este orientativ, prin intermediul lui urmărindu-se sprijinirea responsabililor cu achizițiile derulate în cadrul proiectelor finanțate prin POR 2014-2020 și punctarea situațiilor și aspectelor în care s-au produs erori. Beneficiarii trebuie să respecte toate prevederile cuprinse în contractul de finanțare precum și legislația specifică în vigoare.

Cuprins

- 1. Preambul**
- 2. Introducere**
- 3. Definiții, noțiuni de bază**
- 4. Legislație – regulamente europene, legislație națională, reglementări specifice**
- 5. Exemple, studii de caz**
 - a. Divizarea artificială a contractelor
 - b. Cerințe restrictive la nivelul documentației de atribuire
 - c. Încălcarea principiului tratamentului egal
 - d. Alte abateri
 - e. Ajustarea prețului contractelor de lucrări ca urmare a modificărilor legislative
- 6. Recomandări**
 - a. Împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție
 - b. Consultarea pieței
 - c. Publicarea unui anunț publicitar în SICAP, înainte de a achiziționa în mod direct servicii, produse sau lucrări.
 - d. Lansare achiziții cu clauză suspensivă având în vedere prevederile Legii 11/2018
 - e. Utilizarea în cadrul contractelor de lucrări atribuite prin procedura simplificată a modelelor de contracte de lucrări, proiectare și execuție impuse prin HG 1/2018.
 - f. Impunerea unor specificații tehnice discriminatorii în caietele de sarcini (standard de tipul SR EN) fără a fi însoțite de mențiunea “sau echivalent”

1. Preambul

În anul 2017 ADR SUD VEST OLTENIA a elaborat și publicat Ghidul de bune practici în domeniul achizițiilor publice și de evitare a conflictului de interese. Versiunea din 2017 a ghidului prezenta diferite situații de nereguli și fraude întâlnite în implementarea proiectelor finanțate din POR 2007-2013 cu referire la legislația achizițiilor publice de la acel moment.

Având în vedere modificările legislative din domeniul achizițiilor, respectiv Legea 98/2016, HG 395/2016, etc. dar și situațiile întâlnite în verificarea proiectelor finanțate din POR 2014-2020, a apărut ideea elaborării acestui ghid.

Ghidul ia în considerare prevederile noii legislații în domeniul achizițiilor publice și experiența directă privind aplicarea acestora. Acest document este orientativ, prin intermediul lui urmărindu-se sprijinirea responsabililor cu achizițiile derulate în cadrul proiectelor finanțate prin POR 2014-2020 și punctarea situațiilor și aspectelor în care s-au produs erori. În același timp ghidul conține recomandări pe baza cadrului juridic național și european dar ține cont și de următoarele:

- prevederile din Anexa la Decizia Comisiei Europene din 14.05.2019 pentru stabilirea liniilor directoare pentru determinarea corecțiilor financiare care trebuie aplicate cheltuielilor finanțate de Uniune pentru nerespectarea normelor aplicabile în domeniul achizițiilor publice.
- Documentul Orientări pentru responsabili cu achizițiile publice privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene, realizat de serviciile Comisiei Europene responsabile cu achizițiile publice, în consultare cu experți în domeniul achizițiilor publice din statele membre.
- Raportul special al Curții de Conturi Europene, intitulat „Instituțiile UE ar putea face mai multe pentru a facilita accesul la procedurile lor de achiziții publice”

2. Introducere

Modalitatea de realizare a achizițiilor reprezintă unul dintre cele mai importante elemente în cadrul unui proiect finanțat prin POR 2014-2020 având în vedere impactul corecțiilor financiare asupra cheltuielilor eligibile din proiect.

Acest ghid ia în calcul erorile care au apărut ca urmare a interpretării greșite a Legii 98/2016 privind achizițiile publice, HG 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

La nivelul Programului Operațional Regional 2014-2020, în cazul identificării unor deficiențe pe parcursul derulării procedurilor de achiziții publice urmează să se aplice corecții financiare. În România OUG 66/2011 reglementează activitățile de prevenire, de constatare a neregulilor, de stabilire și de recuperare a creanțelor bugetare rezultate din neregulile apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, precum și de raportare a neregulilor către Comisia Europeană sau către alți donatori internaționali. OUG 66/2011 se aplică autorităților cu competențe în gestionarea fondurilor europene și oricăror alte instituții publice care au atribuții privind prevenirea, constatarea unei nereguli, stabilirea și urmărirea încasării creanțelor bugetare rezultate din nereguli apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și a fondurilor publice naționale aferente acestora, beneficiarilor de fonduri europene și/sau fonduri publice naționale aferente acestora, precum și oricăror alți operatori economici cu capital public sau privat care desfășoară activități finanțate din fonduri europene în baza unor acte juridice.

Prezentul ghid își propune să trateze și să prezinte erorile frecvent întâlnite în aplicarea următoarelor prevederi legale:

- **art. 144, alin. 2 din Legea 98/2016:** „Publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene este obligatorie în toate situațiile în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică/acordului-cadru este mai mare sau egală cu pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1).”

- **art. 113, alin. 11 din Legea 98/2016:** „Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).”
 - **art 50, alin 1 și 2 din Legea 98/2016:** „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.”
 - **Art. 160 alin. (3) din Legea 98/2016:** „Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicata potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.”
 - **Art.172, alin. 4 din Legea 98/2016:** „Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în oferta sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.”
 - art.2 alin b) din Legea 98/2016 principiul tratamentului egal
 - **art. 17, alin. 1, 2 și 3 din HG 395/2016** „(1) Autoritatea contractantă alege procedura de atribuire în funcție de următoarele aspecte: a) valoarea estimată a achiziției; b) complexitatea contractului/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit; c) îndeplinirea condițiilor specifice de aplicare a anumitor proceduri de atribuire.
- (2) În aplicarea art. 11 alin. (2) din Lege, autoritatea contractantă are obligația ca, la alegerea procedurii de atribuire, să se raporteze la valoarea estimată a produselor, serviciilor și lucrărilor care sunt considerate similare în condițiile de la alin. (1).
- (3) În cazul în care autoritatea contractantă implementează proiecte finanțate din fonduri nerambursabile și/sau având ca obiect cercetarea-dezvoltarea, prevederile prezentului articol se aplică prin raportare la durata contractului de finanțare/proiectului.”
- **art 134, alin (5) din HG 395/2016:** „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

3. Definiții, noțiuni de bază

Neregula este orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile naționale și/sau europene, precum și cu prevederile contractelor ori a altor angajamente legal încheiate în baza acestor dispoziții, ce rezultă dintr-o acțiune sau inacțiune a beneficiarului ori a autorității cu competențe în gestionarea fondurilor europene, care a prejudiciat sau care poate prejudicia bugetul Uniunii Europene/bugetele donatorilor publici internaționali și/sau fondurile publice naționale aferente acestora printr-o sumă platită necuvenit.

Principiul nediscriminării - asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant.

Principiului tratamentului egal presupune ca oricând, pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli și cerințe identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale.

Principiului recunoașterii reciproce presupune acceptarea de către autoritatea contractantă a produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, a diplomelor, certificatelor și a oricăror documente emise de autoritățile competente din alte state precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Principiul transparenței presupune aducerea la cunoștință operatorilor economici interesați a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire cu scopul eliminării riscului de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante.

Principiul proporționalității presupune realizarea unei corelări între necesitățile autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți.

Principiul asumării răspunderii presupune stabilirea într-un mod clar a sarcinilor și responsabilităților persoanelor implicate în procesul de achiziție publică, asigurându-se imparțialitatea și independența deciziilor adoptate pe parcursul acestui proces.

4. Legislație – regulamente europene, legislație națională, reglementări specifice

În contextul proiectelor finanțate din instrumente structurale beneficiarii sunt obligați să respecte legislația privind achizițiile publice.

Reglementarea achizițiilor publice **la nivel european** se realizează, în principal, prin următoarele acte normative:

- Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune,
- 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,
- Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE.

Actualul cadru normativ de bază în materia achizițiilor publice **în România** este reprezentat de:

- Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice
- Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale
- Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii
- Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor
- Hotărârea nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale
- Hotărârea nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice
- Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii
- Ordonanța de urgență nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora
- Hotărârea nr. 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexa la Ordonanța 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
- Hotărârea nr. 875/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor 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.

5. Exemple, studii de caz

a. Divizarea artificială a contractelor

Autoritățile contractante nu trebuie să dividă în mod artificial contractele în contracte mai mici pentru a evita pragurile pentru publicarea în JOUE, pragurile naționale sau pentru a evita aplicarea procedurii competitive.

Situația 1

Din experiența noastră în verificarea dosarelor de achiziții depuse de beneficiari în cadrul contractelor finanțate din Programul Operațional Regional 2014-2020 **o problemă frecvent întâlnită la autoritățile contractante constă în interpretarea art. 17, alin. 1 și 2 din HG 395/2016 prin coroborare cu cele ale alin. 3 al aceluiași articol în stabilirea procedurilor de atribuire** pentru contractele de servicii semnate înainte de semnarea contractului de finanțare.

Astfel, în interpretarea prevederilor art. 17, alin. 3 din HG 395/2016 autoritățile contractante au considerat că pentru achizițiile de servicii pentru scrierea cererilor de finanțare realizate înainte de semnarea contractului de finanțare nu se aplică prevederile HG 395/2016, art. 17, alin. 1 și 2, ci cele ale art. 17, alin. 3 considerând că aceste achiziții sunt incluse în perioada de implementare a proiectului, așa cum se prevede în contractul de finanțare. Rezultatul acestei interpretări a fost acela că autoritățile contractante au atribuit eronat în mod direct aceste contracte raportându-se la fiecare proiect în parte (art. 17, alin. 3) și nu la anul bugetar (art. 17, alin. 1 și 2).

Pentru tipul de abatere menționat mai sus se aplică o **corecție financiară de 100%**, în conformitate cu prevederile OUG 66/2011 Partea 1, Secțiunea - ANUNȚUL DE PARTICIPARE ȘI DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE, Punctul 1 Nepublicarea unui anunț de participare și Punctul 2 Divizarea artificială a contractelor de lucrări/produse/servicii din Anexa la HG 519/2014, pentru toate achizițiile atribuite în mod direct înainte de semnarea contractului de finanțare, atunci când autoritatea contractantă nu a stabilit procedura de atribuire prin raportare la anul bugetar, din analiza acestuia rezultând faptul că autoritatea contractantă era obligată la aplicarea uneia din procedurile prevăzute în Legea 98/2016 la art. 68.

Trebuie menționat faptul ca art. 17, alin. 3 din HG 395/2016 se aplică doar proiectelor cu finanțare nerambursabilă aflate în etapa de după semnarea contractului de finanțare. Achizițiile derulate înainte de semnarea contractului de finanțare, de exemplu pentru serviciile de elaborare a unei cereri de finanțare, sunt finanțate din bugetul autorității contractante, nefiind încă semnat contractul de finanțare.

În situația în care autoritatea contractantă publică un anunț publicitar la secțiunea dedicată din SICAP/SEAP, înainte de a achiziționa în mod direct lucrări/produse/servicii, corecția financiară se poate reduce de la 100% la 25% conform mențiunilor din Anexa la HG 519/2014 - 25% dacă publicarea unui anunț de participare este prevăzută în directive și acest anunț nu a fost publicat în JOUE, dar au fost publicate suficiente informații care pot garanta că o întreprindere situată într-un alt stat membru poate avea acces la informațiile relevante privind procedura de achiziție publică respectivă, înainte ca aceasta să fie atribuită, astfel ca această întreprindere să fie în măsură să prezinte o ofertă sau să își manifeste interesul în vederea obținerii acestui contract. În practică aceasta înseamnă fie că anunțul de participare a fost publicat la nivel național (în conformitate cu legislația sau cu reglementările naționale aplicabile), fie că normele de bază privind publicarea unui anunț de participare au fost respectate.

Situația 2

Din devizul general al investiției rezultă că pentru un obiectiv de investiții valoarea estimată a lucrărilor este de 26.000.000 lei fără TVA. În urma aplicării prevederilor art. 17, alin. 4, lit. b) **autoritatea contractantă a constatat faptul că era necesar ca lucrările să fie atribuite prin procedura de licitație deschisă deoarece valoarea estimată a lucrărilor pentru acel obiectiv de investiție depășea pragul prevăzut la art. 7, alin. 1, lit a) din Legea 98/2016.**

Decizia autorității contractante a fost aceea de a atribui lucrările **prin două proceduri de licitație deschisă distincte**, respectiv o procedură de achiziție la începutul anului 2018 și cea de a doua la începutul anului 2019. Valoarea estimată a lucrărilor aferente primei proceduri este de 20.000.000 lei fără TVA iar valoarea estimată a lucrărilor pentru cea de a doua procedură este de 6.000.000 lei fără TVA, **pentru niciuna dintre cele două proceduri de licitație deschisă nefiind publicat un anunț în JOUE.**

Având în vedere faptul că valoarea totală estimată a contractului de lucrări calculată conform regulilor de estimare a valorii contractului de achiziție publică în vederea alegerii procedurii de atribuire **depășea pragul prevăzut la art. 7, alin. 1, lit a) din Legea 98/2016 iar valoarea pragului implică în mod obligatoriu publicarea anunțului de participare în JOUE, conform prevederilor art. 144, alin. 2 din Legea 98/2016, chiar dacă achizițiile în cauză se realizau prin intermediul mai multor proceduri de licitație deschisă, fiecare cu**

valori mai mici decât valoarea pragului prevăzută la art. 7, alin. 1, lit a) din Legea 98/2016, se constată că publicarea în JOUE este obligatorie pentru toate anunțurile de participare corespunzătoare fiecăruia dintre aceste contracte, tocmai datorită faptului că valoarea totală estimată a achiziției este peste pragul stabilit de lege pentru publicarea anunțului de participare în JOUE.

Pentru tipul de abatere menționat mai sus se aplică o corecție financiară de 25%, în conformitate cu prevederile OUG 66/2011 Partea 1, Secțiunea - ANUNȚUL DE PARTICIPARE ȘI DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE, Punctul 1 Nepublicarea unui anunț de participare și Punctul 2 Divizarea artificială a contractelor de lucrări/produse/servicii din Anexa la HG 519/2014

Observație!

În susținerea faptului că cele două situații menționate mai sus reprezintă abateri de la prevederile legislației în domeniul achizițiilor publice stau și mențiunile din:

1. Documentul ORIENTĂRI PENTRU RESPONSABILII CU ACHIZIȚIILE PUBLICE privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene, realizat de serviciile Comisiei responsabile cu achizițiile publice, în consultare cu experți în domeniul achizițiilor publice din statele membre.

La pg. 33 din document - Cap. 1.4.4. Valoarea contractului, se menționează: „Divizarea artificială a valorii contractului este ilegală. Autoritatea contractantă nu trebuie să dividă în mod artificial lucrările/produsele/serviciile în unități mai mici pentru a evita pragurile UE pentru publicitate în JOUE, pragurile naționale sau pentru a evita aplicarea unor proceduri competitive. În ceea ce privește lucrările, contractele separate trebuie să fie regrupate în cazul în care există o relație funcțională și temporală între ele. În general, în cazul în care contractele au legătură cu același obiect, valorile acestora trebuie luate împreună. Dacă valorile cumulate depășesc pragurile, contractele trebuie să fie publicate în JOUE.

De exemplu, dacă o autoritate contractantă are nevoie să zugrăvească o clădire cu 10 încăperi, aceasta nu poate să dividă contractul în 10 sau mai puține contracte (de exemplu, 6) și să atribuiască contractele fără licitație. Toate serviciile/produsele respective trebuie să fie „grupate” pentru a crea un întreg funcțional. Prin urmare, în acest exemplu, valoarea contractului trebuie să fie valoarea totală a celor 10 contracte. Valoarea totală determină dacă o ofertă trebuie sau nu să urmeze Directiva 2014/24/UE.

Exemple de divizare artificială sau secționare

1. Examinarea planului de achiziții publice pentru un proiect de clădire publică a dezvăluit o configurație de loturi multiple cu valori imediat sub pragul din directivă, fără o justificare tehnică clară. Toate aceste loturi au fost scoase la licitație la nivel local, fără a se lua în considerare valoarea totală a loturilor, care era cu mult peste prag.

2. Lucrările din cadrul unui proiect au fost divizate artificial într-un contract care urma să fie scos la licitație, a cărui valoare a fost cu 1 % sub pragul din directivă, și un contract de lucrări în regie proprie executat în mod direct de autoritatea contractantă.

3. O achiziție propusă pentru vehicule este subdivizată artificial în mai multe contracte, cu intenția de a asigura faptul că valoarea fiecărui contract este mai mică decât pragurile prevăzute, evitându-se astfel în mod deliberat publicarea în JOUE a contractului pentru întregul set de produse.”

La pg. 81 din document - Cap. 2.5. Publicarea contractului, se menționează: „În plus, contractele a căror valoare se situează sub pragurile UE, dar care pot prezenta un interes transfrontalier potențial ar trebui, de asemenea, să fie publicate în JOUE. Ca regulă generală, publicarea în JOUE este deschisă oricărui tip de achiziție publică situată sub pragurile UE, chiar și celor care nu prezintă un anumit interes transfrontalier.”

„Nepublicarea corespunzătoare este una dintre cele mai grave erori. În cazul în care contractele care se situează sub pragurile UE prezintă un potențial interes transfrontalier, cea mai sigură metodă pentru a evita orice risc de nereguli și posibile corecții financiare este de a publica contractul în JOUE și pe un site de achiziții publice național sau pe un site de achiziții publice binecunoscut.

În cazul în care există îndoieli, de exemplu, cu privire la praguri sau la potențialul unui interes transfrontalier pentru un contract, se recomandă publicarea în JOUE ca mijloc de asigurare a concurenței la nivelul UE.”

2. Raportul special al Curții de Conturi Europene, intitulat „Instituțiile UE ar putea face mai multe pentru a facilita accesul la procedurile lor de achiziții publice” în care se menționează:

„De exemplu, Parlamentul European a achiziționat mobilier de birou în 2014 de la un singur furnizor, prin patru proceduri de negociere diferite cu un singur ofertant într-o perioadă de mai puțin de două luni. Toate cele patru proceduri aveau valori ale contractelor care se situau sub pragul ce impunea o publicitate pe scară mai largă, variind între 8 021 de euro și 14 110 de euro, valoarea cumulată a celor patru proceduri ridicându-se la 43 345 de euro. Toate cele patru proceduri de achiziție erau foarte asemănătoare, fiecare dintre ele vizând mobilier de birou pentru directorii și directorii generali ce lucrau într-o singură clădire.”

3. Raportat la situația 2, în vederea unei aplicări unitare a prevederilor legale, ADR SV OLTENIA a solicitat un punct de vedere Agenției Naționale pentru Achiziții Publice. În răspunsul transmis de ANAP, printre altele se menționează: „în ceea ce privește obligația transmiterii anunțului de participare/atribuire către JOUE, precizăm că, potrivit art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația publicării unui anunț de participare și/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât 24.977.096 de lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări.

Totodată, trebuie subliniat că obligația de a asigura publicitatea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru prin aplicarea procedurii de licitație deschisă rezultă cu evidență din prevederile Directivei 24/2014/UE. Astfel, potrivit art. 49 din directiva europeană mai sus menționată, „Anunțurile de participare se utilizează ca mijloc de invitație la procedura concurențială de ofertare pentru toate procedurile¹ [...] și se publică în conformitate cu art. 51”, iar art. 51 din directivă stipulează că „Anunțurile menționate la articolele 48, 49 și 50 se elaborează, se transmit prin mijloace electronice Oficiului pentru Publicații al Uniunii Europene și se publică în conformitate cu anexa VIII”.

Relevante în acest sens sunt și concluziile reuniunii tehnice cu auditorii Comisiei Europene privind rapoartele de audit aferente Programului Operațional Infrastructura Mare 2014-2020 și POS Mediu 2007-2013, care a avut loc în data de 23 ianuarie 2018, la Bruxelles. Astfel, potrivit informațiilor cuprinse în Mesajul Internet nr. 632/26.01.2018, unul dintre cele mai critice aspecte discutate cu auditorii Comisiei este cel privind divizarea artificială a contractelor de achiziție publică, în special în relație cu publicarea anunțurilor aferente în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. Pentru aceste situații, au fost identificate următoarele cazuri posibile (cu mențiunea că divizarea artificială a achizițiilor se analizează doar la nivel de autoritate contractantă distinctă):

1. Două sau mai multe contracte de achiziții situate sub prag, divizate artificial, care cumulativ depășesc pragul de publicare în JOUE, reprezintă o situație de divizare artificială care atrage corecții financiare asupra ambelor/tuturor contractelor.

2. Două sau mai multe contracte de achiziții situate sub prag, divizate artificial, care cumulativ nu depășesc pragul de publicare în JOUE, reprezintă o situație de divizare artificială (din perspectiva unei abordări bazate pe bune practici), dar care nu contravine directivelor și nu va conduce la consecințe financiare (nu sunt prevăzute corecții).

Pe cale de consecință, în cazul în speță, având în vedere că valoarea totală estimată a achiziției de lucrări depășește pragul cerut de lege pentru aplicarea procedurii de licitație deschisă, iar valoarea pragului implică în mod obligatoriu publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOUE), chiar dacă achizițiile în cauză se fac prin intermediul mai multor proceduri de licitație deschisă, fiecare cu valori mai mici decât valoarea pragului prevăzut la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precizăm că publicarea în JOUE este obligatorie pentru toate anunțurile de participare corespunzătoare fiecăruia dintre aceste contracte, tocmai datorită faptului că valoarea totală estimată a achiziției este peste pragul stabilit de lege pentru publicarea anunțului de participare în JOUE.”

¹ Procedurile prevăzute în cadrul Capitolului I - Proceduri al Titlului II - Norme aplicabile contractelor de achiziții publice al Directivei 24/2014/UE (procedură deschisă, procedură restrânsă, procedură competitivă cu negociere, dialogul competitiv și parteneriatul pentru inovare)

b. Cerințe restrictive la nivelul documentației de atribuire

În caietul de sarcini, publicat în SEAP, autoritatea contractantă a introdus cerințe de calificare restrictive, disproportionante în raport cu tipul procedurii folosite, încălcând prevederile Legii 98/2016, art. 113, alin. 11.

Astfel, prin caietul de sarcini au fost solicitate următoarele cerințe:

- dovada certificării sistemului de management al sănătății și securității muncii;
- dovada certificării sistemului de management al mediului;
- dovada certificării sistemului de asigurare a calității.

Menționăm faptul că orice solicitare a acestor certificate prin prisma cerințelor din propunerea tehnică constituie o eludare mascată a reglementării de mai sus, respectiv art. 113, alin. 13 din Legea 98/2016 *Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind:*

- a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2;*
- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173;*
- c) experiență similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).*

Astfel, la punctul 10 „Conținutul propunerii tehnice” din caietul de sarcini, se menționează faptul că metodologia de implementare a contractului presupune, în principal:

- Programul calității **Documentul de certificare a sistemului de asigurare a calității** trebuie să fie în termenul de valabilitate pe perioada de îndeplinire a contractului;
- Planul de Management al Sănătății și Securității Muncii (planul SSM) ca aplicare a Sistemului de Management al Sănătății și Securității Muncii al antreprenorului la condițiile concrete ale contractului de achiziție publică, **împreună cu dovada certificării acestui sistem.**
- Planul de Management al Mediului ca aplicare al Sistemului de Management al Mediului al antreprenorului la condițiile concrete ale contractului de achiziție publică, **împreună cu dovada certificării acestui sistem.**

Faptul că aceste certificări sunt în realitate cerințe de calificare, rezultă chiar din solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă celor doi ofertanți participanți la procedură. Astfel s-au solicitat, printre altele, ca cei doi ofertanți să transmită :

- dovada certificării sistemului de management al sănătății și securității muncii;
- dovada certificării sistemului de management al mediului;
- documentul privind certificarea sistemului de asigurare a calității.

Mai mult, prin procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, au fost evaluate documentele solicitate prin scrisoarea de clarificări și depuse de către ofertantul X, și totodată s-a consemnat și faptul că ofertantul Y nu a răspuns la solicitarea de clarificări.

Prin solicitarea de clarificări, transmisă de ADR SV Oltenia, i s-a solicitat autorității contractante motivarea introducerii cerințelor mai sus menționate în caietul de sarcini. Prin răspunsul autorității contractante, aceasta motivează introducerea cerințelor mai sus menționate în caietul de sarcini, după cum urmează:

- în ceea ce privește solicitarea dovezii certificării sistemului de management al sănătății și securității muncii – invocă respectarea prevederilor art 13, lit c) din Legea 319/2006;
- în ceea ce privește solicitarea dovezilor certificării sistemului de management al mediului și sistemului de asigurare a calității, aceasta susține faptul că întrucât modelul de contract folosit în cadrul procedurii a fost cel prevăzut în anexa 2 la HG 1/2018, în scopul respectării clauzelor contractuale, aceasta a preluat cerințele prevăzute de clauzele 13.7 și 13.8 din acest contract și în caietul de sarcini.

Menționăm faptul că răspunsul autorității contractante nu a putut fi luat în calcul, având în vedere faptul că **Legea 98/2016 este o normă superioară HG 1/2018, autoritatea contractantă nefiind obligată să folosească în cadrul procedurii simplificate în cauză modelul de contract prevăzut în anexa 2 la HG 1/2018, acesta fiind obligatoriu pentru contractele a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.**

HG 1/2018 menționează faptul că *“Autoritățile/Entitățile contractante pot utiliza condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, prevăzute la art. 1 sau 2, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este mai mică decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016”*, prin urmare autoritatea contractantă avea dreptul să folosească modelul de contract din HG 1/2018, însă nimic nu obligă autoritatea contractantă să preia cerințele prevăzute de modelul de contract (care ar fi fost obligatorii doar pentru ofertantul câștigător) în caietul de sarcini (cerințele acestuia legate de certificarea sistemelor menționate fiind obligatorii de îndeplinit de către toți ofertanții participanți la procedură) și să încalce astfel prevederile Legii 98/2016, art. 113, alin. 11, lit. c).

Se constată nu numai încălcarea prevederilor art.113 alin.11 din legea 98/2016, ci și următoarele articole:

- **art.172, alin. 3 din Legea 98/2016:** *„Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit”*.

- **art.2-(2) e - principiul proporționalității.**

- **art. 155, alin. 6 din Legea 98/2016:**

„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.”

- **art. 49 din Legea 98/2016:** *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.”*

- **art. 50, alin. 1 și 2 din Legea 98/2016:**

„ (1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.”

- **art. 20 (10) din HG 395/2016:**

„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare, să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.”

- **art. 31 (1) din HG 395/2016:**

„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.”

S-a aplicat corecție financiară 5% din valoarea contractului. Pentru stabilirea corecției, s-a avut în vedere faptul că în speță sunt aplicabile prevederile Anexei la OUG 66/2011, **Partea 1. Achiziții publice, litera B, secțiunea ANUNȚUL DE PARTICIPARE ȘI DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE, punctul 9 - Prin anunțul de participare sau prin documentația de atribuire sunt stabilite criteriile de selecție/atribuire ilegale și/sau discriminatorii și punctul 10 - Criteriile de selecție nu sunt nici în legătură și/sau nu sunt proporționale cu obiectul contractului.**

Observație!

Conform prevederilor art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, *„dacă autoritatea contractantă decide să solicite criteriile de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiență similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b)”. Din aceste prevederi reiese conduita obligatorie pe care autoritatea contractantă trebuie s-o adopte în situația în*

care dorește să uzeze de dreptul prevăzut la art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv că singurele criterii de calificare și selecție privind capacitatea tehnică și profesională pe care aceasta le poate solicita, în cadrul procedurii simplificate, sunt cele referitoare la experiența similară.

c. Încălcarea principiului tratamentului egal

Situația 1

Autoritatea contractantă a atribuit contractul de proiectare și execuție cu nerespectarea principiului tratamentului egal.

Conform contractului de subcontractare operatorul economic X a participat la achiziție în calitate de subcontractant pentru lucrări.

După ora și data limită de depunere a ofertelor, comisia de evaluare a solicitat ofertanților *„transmiterea dovezilor privind certificarea Sistemului de management al calității și securității muncii, precum și a Sistemului de management al mediului”*.

Ofertantul câștigător a transmis certificatele ISO solicitate de către autoritatea contractantă, doar pentru operatorii economici care făceau parte din asocierea câștigătoare **fără să transmită documentele solicitate și pentru subcontractul propus.**

Conform răspunsului transmis de autoritatea contractantă la solicitările de clarificări, aceasta a considerat că *„antreprenorul general va păstra întreaga răspundere cu privire la obligațiile contractuale, chiar dacă anumite părți din contract vor fi subcontractate”, subcontractantul fiind „orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*.

Răspunsul autorității contractante nu poate fi luat în calcul, având în vedere faptul că cerințele din familia ISO sunt referințe față de care se realizează certificarea conformității sistemelor de management ale unei persoane juridice, ele vizând modul de funcționare al respectivei persoane juridice. **De exemplu:** certificarea ISO 14001 atestă faptul că persoana juridică respectă cerințele standardului ISO 14001 privind propriul sistem de management de mediu (propriul mod în care asigură protecția mediului înconjurător și prevenirea poluării în activitățile/procesele sale).

Astfel, având în vedere că certificările ISO atestă faptul că un anumit operator economic își desfășoară activitățile/procesele conform standardelor ISO, acestea pot fi demonstrate în mod exclusiv de către operatorul economic deținător, fiind netransferabile.

Prin urmare, raportat la cerința formulată de autoritatea contractantă privind existența unei certificări gen ISO, s-a apreciat că în situația în care anumite părți din contract sunt realizate de către subcontractant, autoritatea contractantă trebuia să ia în calcul certificarea ISO deținută de subcontractant. În acest sens sunt foarte clare și prevederile Art.172, alin. 4 din Legea 98/2016. Astfel, autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal, de la Art. 2-2-b) din Legea 98/2016 dar și art. 172 din Legea 98/2016, alin. (4) *„Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în oferta sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens”*.

În concluzie, cu respectarea principiului proporționalității conform prevederilor art.17 din OUG 66/2011, s-a aplicat o corecție de 5% din valoarea contractului, conform OUG 66/2011, Anexa la HG 519/2014, Partea 1 B, EVALUAREA OFERTELOR, Pct.4 - În timpul evaluării nu sunt respectate principiile transparenței și a tratamentului egal.

Situația 2

Autoritatea contractantă a atribuit contractul de servicii proiectare cu încălcarea principiului tratamentului egal, ofertantul câștigător neîndeplinind toate cerințele documentației de atribuire.

În fișa de date, secțiunea III-1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, există cerința referitoare la prezentarea de către ofertanți de „certificate constatatoare privind lipsa datoriilor la bugetul

local și bugetul de stat, cu privire la plata impozitelor, taxelor și a contribuțiilor la bugetul general consolidat”. Conform certificatului ONRC prezentat de ofertantul câștigător, acesta deținea un sediu social în orașul Constanța și un punct de lucru în București, sect. 2. În consecință, ar fi trebuit să prezinte, iar comisia ar fi trebuit să evalueze, certificate de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale, atât pentru punctul de lucru, cât și pentru sediul social. Ofertantul a prezentat un singur certificat de atestare fiscală, privind impozitele și taxele locale pentru sediul social din Constanța.

De asemenea, subcontractantul, (introdus ulterior, prin act adițional la contract), a prezentat o declarație pe propria răspundere privind lipsa datoriilor la bugetul de stat și bugetul local, neprezentând certificatul fiscal privind impozitele și taxele locale pentru sediul social pe care îl deținea în Mangalia.

Comisia de evaluare nu a solicitat clarificări pentru ofertantul câștigător, în vederea prezentării certificatului de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale pentru punctul de lucru al acestuia din Municipiul București. De asemenea, în cazul subcontractantului (introdus ulterior, prin act adițional la contract), autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea unui certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale pentru sediul social al acestuia din Mangalia, considerând îndeplinită cerința de calificare prin acceptarea unei declarații pe propria răspundere privind lipsa datoriilor la bugetul de stat și bugetul local.

Prin modul în care a acționat, autoritatea contractantă a încălcat astfel prevederile:

- art. 165 din Legea 98/2016, conform căruia: „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat.”.

- art. 207 - (1) din Legea 98/2016, „Autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația de participare/anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, având în vedere, dacă este cazul, dispozițiile art. 162;

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind calificarea și, dacă este cazul, criteriile de selecție și nu se află sub incidența motivelor de excludere”.

- art. 2 alin. b) din Legea 98/2016 - principiul tratamentului egal;

S-a aplicat o corecție financiară de 5% din valoarea contractului, conform prevederilor Anexei la OUG 66/2011, Partea 1. Achiziții publice, litera B, secțiunea EVALUAREA OFERTELOR, punctul 4- În timpul evaluării nu sunt respectate principiile transparenței și a tratamentului egal.

Observație!

Menționăm că în acest sens s-a exprimat și ANAP, în instrumentul Biblioteca de Spețe, Speța 653, pe care o redăm mai jos.

Speța 653. Consiliere metodologică privind posibilitatea comisiei de evaluare de a considera ca fiind suficientă, la evaluarea documentelor suport DUAЕ, prezentarea certificatelor de atestare fiscală numai pentru sediul social (eventual și pentru punctele de lucru/sediile secundare aflate în județul/orașul în care își află sediul entitatea contractantă) pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind obligațiile privind plata impozitelor și taxelor locale, în cazul ofertantului clasat pe primul loc care deține un număr foarte mare de puncte de lucru/sedii secundare.

Ultima actualizare: 5 iul. 2018, 16:46:42

Răspuns:

Entitatea contractantă are obligația de a solicita și ofertantul clasat pe primul loc are obligația de a prezenta certificatele de atestare fiscală și pentru punctele de lucru/sediile secundare înscrise în certificatul O.N.R.C. Menționăm că raționamentul pentru care se solicită certificatele de atestare fiscală pentru toate punctele de lucru/sediile secundare este acela că demonstrarea neîncadrării în prevederile art. 178 din Legea nr. 99/2016 trebuie realizată prin raportare la operatorul economic în ansamblul său, format din toate sediile secundare/punctele de lucru ce îl reprezintă/intră în componența lui.

Faptul că entitatea contractantă nu a prevăzut în mod expres în documentele achiziției cerința privind prezentarea documentelor justificative de neîncadrare în prevederile art. 178 din Legea nr. 99/2016 și pentru sediile secundare (în cazul în care acestea există) nu poate constitui, în baza celor exprimate mai sus, un temei de nesolicitare/neprezentare a documentelor în cauză, având în vedere că, prin participarea unui astfel de operator economic la procedură, acesta trebuie să își asume răspunderea referitoare la îndeplinirea condițiilor de participare impuse prin documentația de atribuire **prin raportare la întreaga entitate pe care o reprezintă.**

Aceste concluzii se desprind și din deciziile Curții de Apel Bacău menționate (Decizia nr. 1562/11.04.2013 și Decizia nr. 1865/05.10.2012), unde sunt invocate prevederile legale aplicabile, din afara cadrului legislativ din domeniul achizițiilor publice, care, coroborate, conduc la concluzia că certificatele de atestare fiscală privind plata impozitelor și taxelor locale trebuie prezentate și pentru sediile secundare/punctele de lucru.

În ceea ce privește răspunsul operatorului economic clasat pe primul loc, ce a comunicat entității contractante, la solicitarea documentelor suport DUAE, că nu poate să prezinte certificatele de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale pentru toate punctele de lucru/sediile secundare, motivând dificultăți și cheltuieli nejustificate privind obținerea acestor documente, subliniem că rolul DUAE este tocmai acela de reducere a efortului administrativ aferent depunerii ofertelor pentru toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire, însă ofertantul clasat pe primul loc, cu care entitatea contractantă urmează a încheia contractul de achiziție, are obligația de a depune toate documentele ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, obținerea acestor documente neputând fi considerată „nejustificată”, având în vedere că încheierea contractului este condiționată de prezentarea acestor documente.

Referitor la posibilitatea entității contractante de a solicita în documentele achiziției să prezinte certificate de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale numai pentru sediul social, invocând în sprijinul acestei posibilități decizia pronunțată de Curtea de Apel Bacău unde se precizează că „În lipsa unei stipulații exprese în sensul că se solicită certificat fiscal exclusiv pentru taxele și impozitele aferente sediului social, cerința din documentația de atribuire nu poate fi interpretată decât prin prisma prevederilor legale”, menționăm următoarele argumente suplimentare: La momentul emiterii deciziei în cauză, respectiv anul 2013, era în vigoare Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care, **prin prevederile art. 180 lit. c), instituia dreptul autorității/entității contractante de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea unui contract de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în situația de neîndeplinire a obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat.** Ori, prevederile actuale ale legislației în domeniul achizițiilor publice, respectiv Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016, instituie obligația autorității/entității contractante de a exclude orice operator economic ce nu și-a îndeplinit **obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.**

Prin urmare, deși din interpretarea per a contrario a mențiunilor din cadrul deciziei Curții de Apel citate anterior se poate trage concluzia că există posibilitatea autorității/entității contractante de a stipula în mod expres în documentația de atribuire că se solicită **certificat de atestare fiscală doar pentru sediul social al operatorului economic, având în vedere că legislația actuală nu mai prevede dreptul, ci obligația de a exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor și taxelor, subliniem că o astfel de stipulație expresă în documentația de atribuire nu este posibilă.** Astfel, în baza celor sus-menționate, subliniem că în vederea demonstrării neîncadrării în situațiile de excludere prevăzute la art. 178 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă va solicita, iar ofertantul (singur sau în asociere) **va prezenta, documentele doveditoare, cum ar fi certificate de atestare fiscală, pentru toate sediile/punctele de lucru din subordine.**

Situația 3

Autoritatea contractantă a atribuit contractul cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut în Legea 98/2016 la art. 2, alin. 2, lit b).

După încheierea evaluării financiare a ofertelor, prin întocmirea procesului verbal, în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului

câștigător prezentarea documentelor justificative actualizate, în sprijinul informațiilor declarate în DUAЕ, prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare solicitate prin fișa de date a achiziției, acordând un termen de răspuns de 3 zile lucrătoare, adică până la data de **28.09.2018**.

Ofertantul câștigător nu a răspuns în termenul acordat la solicitarea de clarificări, transmițând un email prin care informează autoritatea contractantă ca până la ora și data limită la care trebuia să răspundă autorității contractante a încercat încărcarea documentelor privind răspunsul la clarificări, dar sistemul **SICAP nu a permis acest lucru**. În mailul transmis ofertantul a mai menționat că deși a încercat resetarea computerului, redeschiderea paginii SICAP și accesarea mai multor furnizori de internet, problema a persistat și că această problemă a întâlnit-o și cu alte ocazii. În același timp, ofertantul câștigător, a **solicitat autorității contractante să i se permită încărcarea documentelor până la data de 01.10.2018, ora 23:59** sau să accepte documentele atașate mailului în cauză.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a acceptat solicitarea formulată de ofertantul câștigător (transmisă prin email), s-a solicitat autorității contractante transmiterea unei adrese din partea operatorului SICAP prin care să se confirme existența unor astfel de probleme tehnice la acea dată, care să justifice dreptul ofertantului mai sus menționat de a solicita autorității contractante prelungirea termenului de răspuns la clarificări. În răspunsul său, autoritatea contractantă a menționat că nu deține o astfel de adresă din partea operatorului SICAP.

Menționăm faptul că dacă ar fi existat probleme tehnice, ofertantul putea să transmită răspunsul său prin alte modalități de comunicare, acțiune permisă de prevederile art. 104 alin. (3) coroborate cu cele ale art. 63 din HG nr. 395/2016 *„În cazul în care, din motive tehnice, nu este posibilă transmiterea anumitor documente în format electronic prin intermediul SEAP, documentele respective se transmit autorității contractante în forma și utilizându-se modalitatea de comunicare solicitată de aceasta, cu respectarea prevederilor privind regulile de comunicare și transmitere a datelor”*. În consecință, vina nerespectării termenului de publicare a răspunsului aparține, în totalitate, operatorului economic. Indiferent de problemele care s-ar ivi în comunicarea unui răspuns solicitat de autoritate, riscurile transmiterii acestuia cad în sarcina ofertantului, cum de altfel dispune art. 125 alin. HG nr. 395/2016 (răspunsul fiind parte a ofertei), termenul de răspuns având caracter obligatoriu, de la care nu există derogare.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind Decizia civilă nr.4760/28.05.2012, pronunțată de Curtea de Apel Cluj: *„Curtea constată că petenta nu a respectat termenul stabilit de către autoritatea contractantă pentru a-i transmite lămuririle solicitate, documentele expediate fiind puse la dispoziția acesteia ulterior datei limită stabilite în acest scop. Potrivit art. 79 alin. (1) din HG nr.925/2006, în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă. Curtea constată că în speță ipoteza normei legale amintite anterior este întrunită, petenta nerespectând obligația instituită de legiuitor, de a transmite la data stabilită lămuririle necesare astfel că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta, decizia pronunțată în soluționarea contestației formulate fiind astfel fondată. Curtea nu neagă faptul că potrivit art. 60 din OUG nr.34/2006 petenta avea posibilitatea de a transmite autorității contractante documentele scrise prin oricare din modalitățile prevăzute de lege, însă, oricare din modalități ar fi aleasă, respectarea termenelor stabilite în procedură este obligatorie.”*

Prin acceptarea transmiterii cu întârziere a documentelor solicitate, autoritatea contractantă a încălcat prevederile:

- **art. 134, alin. (5) din HG 395/2016, modificată prin HG 419/2018, conform căruia:** *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”*.

Pe de altă parte, în urma evaluării ofertelor în faza DUAЕ de către autoritatea contractantă, **oferta depusă de un alt operator economic - X a fost declarată inacceptabilă** de către autoritatea contractantă, întrucât documentele aferente acesteia au fost depuse în SEAP fără semnătura electronică extinsă bazată pe

un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de calificare acreditat, nefiind solicitate nici un fel de clarificări în acest sens.

Prin scrisoarea de clarificări s-a **solicitat autorității contractante transmiterea ofertei integrale în format electronic, în forma în care aceasta a fost depusă prin intermediul SEAP de către ofertantul X.**

Prin adresă autoritatea contractantă motivează decizia de declarare a ofertei depusă de operatorul economic X drept inacceptabilă deoarece documentele încărcate de acesta în SICAP sunt niște simple pdf-uri (care conțin pe una din pagini un fel de semnătură), și nu au extensia „.p7s”, așa cum este normal în cazul unei semnături electronice extinse.

În urma verificării fișierelor ce compuneau oferta operatorului economic X transmise pe CD de către autoritatea contractantă, s-a constatat existența semnăturii electronice extinse aplicate în interiorul fiecărui document pdf ce compunea oferta declarată ca inacceptabilă. Dând click dreapta în interiorul casetei ce reprezenta semnătura electronică extinsă s-au putut observa și verifica aceleași informații ca și în cazul în care fișierele conținând oferta ar fi fost semnate cu semnătura electronică extinsă în celălalt mod, adică prin aplicarea uneia dintre extensiile .p7s, .p7m, .p7c. În susținerea faptului că semnătura electronică extinsă poate fi aplicată atât prin atașarea acesteia în interiorul fișierului pdf, cât și prin atașarea extensiei .p7s, vin și deciziile CNSC referitoare la spețe similare, prin care se confirmă „echivalența” celor două modalități de aplicare a semnăturii electronice. În deciziile sale, CNSC menționează următoarele: „Potrivit art. 4 alin. (3) din Legea nr. 455/2001 *„semnătura electronică reprezintă date în formă electronică, care sunt atașate sau logic asociate cu alte date în formă electronică și care servesc ca metodă de identificare”* iar potrivit alin. (4) *„semnătura electronică extinsă reprezintă acea semnătură electronică care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: este legată în mod unic de semnatar; asigură identificarea semnatarului; este creată prin mijloace controlate exclusiv de semnatar; este legată de datele în formă electronică, la care se raportează în așa fel încât orice modificare ulterioară a acestora este identificabilă”*. Consiliul a stabilit faptul că, în acele situații, activitatea comisiei de evaluare s-a desfășurat cu nerespectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, respingând oferta depusă de contestator motivat de faptul că extensia fișierelor nu este „.p7s” fără însă a accesa documentele postate în SEAP, etapă în care ar fi constatat că documentul este semnat electronic pe prima pagină. Mai mult, în situația în care nu ar fi știut cum să acceseze fișierele în format „.pdf” și să verifice dacă acestea sunt semnate electronic cu semnătura extinsă, avea posibilitatea de a solicita clarificări potrivit prevederilor legale.”

Având în vedere faptul că **autoritatea contractantă a acceptat din partea ofertantului declarat câștigător primirea cu întârziere a răspunsului la solicitarea de clarificări** privind prezentarea documentelor justificative actualizate, în sprijinul informațiilor declarate în DUAE, prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare solicitate prin fișa de date a achiziției, **în timp ce oferta depusă de către ofertantul X a fost declarată inacceptabilă** de către autoritatea contractantă, **pe motiv că documentele aferente acesteia au fost depuse în SEAP fără semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de calificare acreditat, fără a i se mai solicita acestui ofertant nici un fel de clarificare în acest sens**, s-a constatat faptul că autoritatea contractantă a atribuit contractul prin **nerespectarea principiului tratamentului egal**, încălcând astfel prevederile **art. 2, alin. (2) lit. b) din Legea 98/2016**.

Conform prevederilor HG 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în Anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 cu modificările și completările ulterioare, Partea 1. Achiziții publice, litera B, secțiunea EVALUAREA OFERTELOR punctul 4 *„În timpul evaluării nu sunt respectate principiile transparenței și al tratamentului egal”*, pentru abaterea în cauză este prevăzută o corecție financiară de 5% din valoarea contractului de servicii.

Observație pentru cele 3 situații!

Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse în documentația de atribuire, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc arbitrar din partea autorității contractante. Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de

egalitate, atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie, într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

În susținerea faptului că cele două situații menționate mai sus reprezintă abateri de la prevederile legislației în domeniul achizițiilor publice rezultă și din interpretarea aspectelor menționate în:

Documentul ORIENTĂRI PENTRU RESPONSABILII CU ACHIZIȚIILE PUBLICE privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene, realizat de serviciile Comisiei responsabile cu achizițiile publice, în consultare cu experți în domeniul achizițiilor publice din statele membre.

La pg. 90 din document - Cap. 3.3. Evaluarea și selecția ofertelor, se menționează: *„S-au observat situații în care ofertanții care ar fi trebuit eliminați pentru neîndeplinirea unui anumit criteriu de selecție au fost totuși acceptați pentru evaluare de către comisia de evaluare. În unele cazuri, acești ofertanți au ajuns până la câștigarea contractului. Acesta este un caz clar de inegalitate de tratament și trebuie evitat.*

Autorităților contractante li se recomandă să se asigure că principiul celor patru ochi este pus în aplicare în cadrul comisiei de evaluare pentru a se asigura că are loc o verificare, cel puțin a ofertantului câștigător, în scopul de a se garanta ca ofertanții calificați pentru evaluare au îndeplinit toate criteriile de selecție. ”

d. Alte abateri

Autoritatea contractantă a primit o solicitare de clarificări la documentația de atribuire din partea unui operator economic. Autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări însă a transmis răspunsul doar operatorului economic de la care a primit solicitarea de clarificări, fără a publica răspunsul și în SEAP.

Întrebarea operatorului economic s-a referit la punctul 2 „Termenul de prestare a serviciilor” din cadrul cap. IV. 2.1 Criterii de atribuire din fișa de date, unde se precizează că „Termenul de prestare maxim acceptat pentru Etapa I este de 45 de zile de la data semnării contractului”, acesta solicitând autorității contractante să specifice care este termenul minim pentru a obține un punctaj maxim de 15 puncte. Prin răspunsul la întrebare autoritatea contractantă clarifică acest aspect și aduce precizări la documentația de atribuire, care ar fi fost utile tuturor ofertanților în elaborarea ofertei.

Autoritatea contractantă a detaliat prin clarificare informațiile publicate astfel încât ofertantul să poată elabora corespunzător oferta, având în vedere că cerințele nu au fost precizate clar în documentația publicată. Pentru că autoritatea contractantă era obligată să publice aceste informații s-a constatat faptul că s-a produs o abatere de la prevederile legale privind achizițiile publice pentru care este necesară aplicarea unei reduceri procentuale.

În această speță au fost încălcate prevederile:

Legii 98/2016, art. 160 alin. (3) *„Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective. ”*

Pentru abaterea menționată s-a stabilit o reducere procentuală de 5% în conformitate cu prevederile OUG 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, Partea 1, litera A, Anunțul de participare și documentația de atribuire pct. 5 Nepublicarea prin erată a prelungirii termenelor de depunere a ofertelor sau a prelungirii termenului de primire a candidaturilor, din HG 519/2014.

Reducerea procentuală pentru nepublicarea răspunsului la clarificări în SEAP a fost stabilită prin analogie cu pct. 5 din HG 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în Anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (3²) din OUG nr. 66/2011 „*Tipurile de abateri de la aplicarea prevederilor privind procedurile de achiziție prevăzute în anexă sunt cele care au fost constatate cel mai frecvent ca urmare a activității de verificare/control/audit. Pentru alte abateri care nu sunt definite în anexă, autoritatea cu competențe în gestionarea fondurilor europene aplică reduceri procentuale în concordanță cu principiul proporționalității sau, acolo unde este posibil, prin analogie cu abaterile identificate în anexă.*”

e. Ajustarea prețului contractelor de lucrări ca urmare a modificărilor legislative

În urma verificărilor efectuate s-a constatat faptul că beneficiarii au actualizat valoarea contractelor de lucrări ca urmare a majorării salariului minim pe economie în domeniul construcțiilor, conform OUG 114/2018, cu încălcarea prevederilor legale și a clauzelor contractuale. Astfel autoritatea contractantă a acceptat, pe lângă majorarea cheltuielilor directe cu manopera și majorarea profitului din situațiile de lucrări și a **cheltuielilor indirecte**, deși conform prevederilor legislației în domeniu, HG 395/2016, art. 166, alin. 5 „*În orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.*”

Observație!

Valoarea manoperei, ca urmare a creșterii salariului minim pe economie va fi actualizată doar pentru acoperirea creșterii salariului minim. Prin urmare, pentru ajustarea valorii manoperei se va avea în vedere doar suplimentarea acesteia cu valoarea pe care operatorul economic o suportă ca urmare a modificării legislative.

Valoarea manoperei are în vedere cheltuiala generată de modificarea salariului minim pe economie cu salariații care execută lucrări, conduc utilaje, mijloace de transport și salariații plătiți din cota de cheltuieli indirecte.

Având în vedere aspectele menționate mai sus, rezultă faptul că profitul nu se indexează ca urmare a creșterii cheltuielilor directe, acesta rămânând la valoarea ofertată inițial.

În ceea ce privește situația cheltuielilor indirecte, respectiv actualizarea valorii acestora doar pentru acea parte din structura lor aferentă salariaților plătiți din cota de cheltuieli indirecte, beneficiarii publici și privați, înainte de a accepta sau nu majorarea acestora ar trebui să solicite constructorilor documente justificative prin care să poată fi demonstrat faptul că suplimentarea valorii cheltuielilor indirecte s-a realizat doar pentru partea de manoperă cuprinsă în acestea.

Totodată, având în vedere faptul că ANAP este instituția responsabilă cu *emiterea de interpretări ale legislației din domeniul achizițiilor publice*, ADR SV Oltenia a solicitat ANAP un punct de vedere cu privire la actualizarea cheltuielilor directe cu manopera ca urmare a intrării în vigoare a art. 71 din OUG 114/2018. În răspunsul primit, printre altele se menționează faptul că în cadrul răspunsului la „Întrebarea nr. 1**” din Biblioteca de Spețe, căsuța „**Lucrări**” - secțiunea „**Întrebări frecvente**” se indică printre altele:**

„ 4) Etapa de derulare a contractului

În această etapă, care începe odată cu semnarea contractului, moment care marchează finalizarea procedurii de atribuire, *se poate efectua revizuirea/actualizarea prețului contractului.*

(...)

Astfel, ca regulă generală, revizuirea prețului contractului se realizează cu respectarea prevederilor art. 221 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 164 alin. (1), (2), (3), (5), (6) și (8) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, și, acolo unde autoritatea contractantă a optat pentru acest drept, cu prevederile alin. (7) ale aceluiași articol, iar actualizarea prețului contractului se realizează cu respectarea prevederilor art. 221 alin. (1) lit. e)[2] din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 164

alin. (4), (5) și (6) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, precum și, acolo unde este cazul, cu prevederile art. 71 din O.U.G. nr. 114/2018.

(...)

Astfel, având în vedere cele menționate mai sus, precizăm că prețul contractelor de achiziție publică/sectorială de lucrări se va ajusta în ceea ce privește componenta de manoperă în vederea acoperirii costurilor suplimentare generate de creșterea salariului minim în construcții. **Celelalte componente ale prețului contractului, respectiv cheltuielile indirecte și profitul, nu se indexează ca urmare a creșterii cheltuielilor directe, acestea rămânând la valoarea oferată inițial.**

În concluzie, actualizarea manoperei ca urmare a creșterii salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, pentru domeniul construcțiilor, intervine numai asupra prețului contractelor de achiziție publică/sectorială de lucrări aflate în derulare și numai în ipoteza în care actualizarea este strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului iar tariful orar este sub 17,928 lei/oră, ipoteză în care actualizarea se face numai până la valoarea tarifului orar de 17,928 lei/oră.”

6. Recomandări

a. Împărțirea pe loturi a contractelor de achiziție

Documentul ORIENTĂRI PENTRU RESPONSABILII CU ACHIZIȚIILE PUBLICE privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene, realizat de serviciile Comisiei responsabile cu achizițiile publice, în consultare cu experți în domeniul achizițiilor publice din statele membre, menționează:

Autoritățile contractante sunt încurajate să împartă contractele în loturi pentru a facilita participarea IMM-urilor la procedurile de achiziții publice. Acestea au libertatea de a nu face o astfel de împărțire, însă în acest caz trebuie să își motiveze alegerea. Contractele vizând un set de produse sau servicii care servesc unui scop similar, a căror valoare combinată este atât de mare încât puțini operatori ar fi capabili să le furnizeze integral, ar trebui să fie împărțite în loturi. Acest lucru îi va permite oricărui operator care este interesat să liciteze pentru unul sau mai multe loturi.

Împărțirea unui contract în loturi sporește concurența deoarece este posibil ca autoritățile contractante să beneficieze de un număr mai mare și o gama mai variată de ofertanți adresându-se pieței cu contracte mai multe și mai mici.

Împărțirea unui contract în loturi facilitează, de asemenea, participarea IMM-urilor la licitație. De exemplu, în contractele cu valoare foarte mare, concurența poate fi obținută numai prin împărțirea contractului, întrucât doar un număr mic de operatori economici ar fi capabili să ofere toate produsele sau serviciile solicitate, făcând astfel autoritatea contractantă să depindă de aceștia.

Raportul special al Curții de Conturi Europene, intitulat „Instituțiile UE ar putea face mai multe pentru a facilita accesul la procedurile lor de achiziții publice” menționează:

Exemple de proceduri ușor accesibile pentru IMM-uri

În 2014, Parlamentul European avea nevoie de consiliere specializată pentru Comisia sa pentru mediu, sănătate publică și siguranță alimentară. Valoarea totală estimată a serviciilor se ridică la 2,5 milioane de euro, pe o perioadă de patru ani. În loc să caute un singur contractant, Parlamentul a preferat să fragmenteze serviciile solicitate în cinci loturi: politica de mediu, schimbări climatice, dezvoltare durabilă, sănătate publică și siguranță alimentară. Pentru fiecare lot, au fost identificați mai mulți contractanți adecvați. În total, Parlamentul a încheiat contracte cu 17 întreprinderi diferite.

Tot în 2014, Consiliul a achiziționat materiale promoționale în valoare totală de 122 566 de euro. Achiziția a fost fragmentată în 12 loturi, în funcție de tipul de produs solicitat (cum ar fi: ceasuri de mână, tricouri sau pixuri). La nivelul fiecărui lot a fost posibil un concurs între ofertanți și au fost semnate contracte cu trei societăți diferite.

Pentru noul său sediu din Frankfurt, BCE a eșuat, la început, în încercarea sa de a identifica un singur „antreprenor general”, întrucât ofertele depuse depășeau substanțial bugetul pe care îl avea BCE la dispoziție. Ulterior, Banca Centrală Europeană a decis să scoată la licitație lucrările de construcție în 14 pachete, fiecare dintre acestea fiind format din 4 până la 10 loturi. Grație strategiei revizuite privind licitația,

participarea IMM-urilor a fost posibilă, unele contracte fiind atribuite acestora. BCE a reușit să gestioneze aproximativ 60 de societăți de construcții care lucrau în paralel.

Fragmentarea contractelor în loturi sporește concurența și facilitează participarea întreprinderilor mici și mijlocii. Cu cât un contract este mai mare, cu atât este mai puțin probabil că acesta va fi atribuit unui IMM.

Anexa la Decizia Comisiei Europene din 14.05.2019 pentru stabilirea liniilor directe pentru determinarea corecțiilor financiare care trebuie aplicate cheltuielilor finanțate de Uniune pentru nerespectarea normelor aplicabile în domeniul achizițiilor publice specifică:

Începând cu procedurile lansate după data adoptării deciziei, Comisia va aplica reduceri sub formă de corecții financiare aplicate la valoarea contractelor în situația în care nu există justificare pentru neatribuirea pe loturi a contractelor de achiziție. Abaterea se sancționează cu corecție financiară în procent de 5% din valoarea contractului respectiv.

b. Consultarea pieței

Documentul ORIENTĂRI PENTRU RESPONSABILII CU ACHIZIȚIILE PUBLICE privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene, realizat de serviciile Comisiei responsabile cu achizițiile publice, în consultare cu experți în domeniul achizițiilor publice din statele membre, precizează:

O consultare preliminară a pieței implică interviuarea părților interesate de pe piață sau contactarea persoanelor care dețin informații în domeniul relevant, de exemplu experți independenți, organisme specializate, organizații patronale sau operatori economici.

Scopul consultării de piață este de a:

- 1. pregăti mai bine procedura de achiziții publice;*
- 2. informa întreprinderile de pe piața relevantă cu privire la achizițiile publice planificate.*

Un dialog cu piața înainte de începerea procesului de achiziție poate contribui la identificarea unor soluții inovatoare sau a unor produse sau servicii noi de care autoritatea publică s-ar putea să nu aibă cunoștință. Dialogul poate, de asemenea, să sprijine piața să îndeplinească criteriile care vor fi aplicate în procesul de achiziție, prin furnizarea de informații despre cerințele preconizate ale autorității publice.

Chiar dacă nu există norme specifice care să reglementeze procesul de consultare a pieței, acesta trebuie să respecte întotdeauna principiile fundamentale ale nediscriminării, egalității de tratament și transparenței.

Raportul special al Curții de Conturi Europene, intitulat „Instituțiile UE ar putea face mai multe pentru a facilita accesul la procedurile lor de achiziții publice” precizează:

Consultarea pieței înainte de a demara un proces de achiziție este esențială pentru a putea cunoaște piața și pentru a pregăti cu succes un proces de achiziție. Cu toate acestea, aproape jumătate din agențiile incluse în sondaj fie nu au realizat niciodată o consultare a pieței, fie au recurs rar la o asemenea practică.

c. Publicarea unui anunț publicitar în SICAP, înainte de a achiziționa în mod direct servicii, produse sau lucrări

Înainte de a achiziționa în mod direct servicii, produse sau lucrări, se recomandă publicarea unui anunț publicitar în SICAP, la secțiunea specifică. Recomandarea este în mod special pentru contractele de lucrări, servicii intelectuale – SF, DALI, dirigenție de șantier, studii, etc. dar și pentru contractele de furnizare produse de complexitate ridicată - echipamente medicale, IT, de laborator, etc.

Recomandarea vine în contextul în care:

- prin publicarea anunțului se pot obține economii ca urmare a faptului că pot fi interesați mai mulți operatori economici de contractul de achiziție.
- pentru achizițiile directe care urmează să fie incluse în proiecte cu finanțare europeană, în care se constată abateri de la aplicarea legislației în domeniul achizițiilor publice, se poate reduce procentul de corecție financiară de la 100% la 25%.

d. Lansare achiziții cu clauză suspensivă având în vedere prevederile Legii 11/2018

Se justifică introducerea unei clauze suspensive în cadrul unei documentații de atribuire în cazul în care derularea și finalizarea respectivei proceduri de atribuire reprezintă o condiție pentru obținerea finanțării pentru contractul respectiv.

Exemplu de clauză suspensivă

Procedura de atribuire a contractului de achiziție publică este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive, în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de alocarea creditelor bugetare cu această destinație, semnarea contractului făcându-se cu respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. Având în vedere prevederile Legii 98/2016 privind achizițiile publice și HG 395/2016, autoritatea contractantă precizează că încheie contractul cu ofertantul câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin alocarea creditelor bugetare cu această destinație. În cazul în care indiferent de motive creditele bugetare nu vor fi alocate, autoritatea contractantă, după primirea notificării cu privire la neacordarea finanțării, își rezervă dreptul de a anula procedura de atribuire, în condițiile în care nu există o altă sursă de finanțare, în conformitate cu prevederile art. 212, alin. 1, lit. c, teza 2 din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri de atribuire înțeleg faptul că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.

Totodată vă supunem atenției speța 298 din instrumentul Biblioteca de spețe de pe site-ul ANAP:

Speța 298. Având în vedere faptul că legislația în domeniul achizițiilor publice nu impune ca la momentul inițierii procedurilor să se facă dovada existenței bugetului aferent contractului respectiv, se solicită opinia dacă la momentul întocmirii strategiilor de contractare pentru achiziții publice/concesiune de lucrări sau servicii, a modelului de contract de achiziție publică/acord-cadru inclus în documentația de atribuire este suficientă, în vederea respectării prevederilor legale, inclusiv a Ordinului MFP nr. 2332/30.08.2017, „existența doar a posibilității disponibilizării de fonduri bugetare”, în același timp cu „introducerea în cadrul Documentației de atribuire a unei clauze suspensive care să prevadă că încheierea contractului poate fi făcută numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate”.

Ultima actualizare: 17 nov. 2017, 14:30:23

Răspuns:

În ceea ce privește prevederile Ordinului MFP nr. 2332/30.08.2017, considerăm că aspectele referitoare la elementele care definesc atât „Strategia anuală de achiziții publice/sectoriale” cât și „Strategia de contractare a achizițiilor publice/sectoriale/a concesiunii”, cea din urmă făcând obiectul verificării controlului financiar preventiv propriu, trebuie adaptate și interpretate prin prisma normelor de organizare și funcționare a instituțiilor/companiilor de stat cărora li se aplică legislația în domeniul achizițiilor publice, având în vedere că reglementările în domeniul finanțelor publice, în special cele privind condițiile de legalitate și regularitate aferente operațiunilor de execuție bugetară, se aplică în mod diferit companiilor cu capital majoritar de stat față de autoritățile publice centrale/regionale/locale.

De asemenea, precizăm că, din punct de vedere al legislației în materie, inițierea și derularea unei proceduri de atribuire nu este strict legată de asigurarea fondurilor, autoritatea contractantă urmând a avea în vedere înainte de încheierea contractului respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice, respectiv Legea nr. 500/2002 și Ordinul nr.1.792 din 24 decembrie 2002. Potrivit art. 21 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă poate iniția aplicarea procedurii de atribuire după elaborarea și aprobarea documentației de atribuire precum și a documentației suport respectiv: declarația privind funcțiile de decizie în cadrul autorității contractante/reprezentare din partea furnizorilor de servicii auxiliare achiziției și strategia de contractare.

Mai mult, majoritatea documentelor întocmite în etapa de planificare/pregătire a procesului de achiziție publică se elaborează înainte de aprobarea bugetului instituției, în baza bugetului previzionat, respectiv a anticipărilor cu privire la resursele de finanțare care pot fi alocate/identificate.

Astfel, Referatul de necesitate, documentul care cuprinde necesitățile de produse/servicii/lucrări și prețul unitar/total al acestora, se elaborează, ca regulă generală, conform art. 3 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, în ultimul trimestru al anului în curs pentru anul viitor. De asemenea, Strategia anuală de achiziție publică se realizează, conform art. 11 alin. (3) din norme, tot în ultimul trimestru al anului anterior anului căruia îi corespund procesele de achiziție publică cuprinse în acesta.

Programul anual al achizițiilor publice, parte a strategiei anuale de achiziție publică, se elaborează, conform art. 12 alin. (3) și (4) din norme, în baza „anticipărilor cu privire la resursele de finanțare ce urmează a fi identificate” și se actualizează în funcție de fondurile aprobate. De asemenea, Strategia de contractare face trimitere la Programul anual al achizițiilor publice - varianta inițială/modificată. În ceea ce privește documentația de atribuire și anunțul prin care este inițiată o procedură de atribuire, se poate constata că în cadrul acestora trebuie precizate „Principalele modalități de finanțare și plata și/sau trimitere la dispozițiile relevante”, care permit indicarea generală a sursei de finanțare previzionate, fără indicarea documentelor relevante privind aprobarea fondurilor care vor fi alocate execuției contractului de achiziție.

Facem mențiunea că interdicția pentru autoritățile contractante de a încheia un angajament legal fără existența certă a surselor de finanțare necesare îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin angajamentul respectiv rezultă din prevederile legale privind finanțele publice. Astfel, în ceea ce privește semnarea contractelor de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația de a respecta dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice, potrivit căreia angajarea cheltuielilor de către ordonatorul de credite cu depășirea limitelor creditelor bugetare aprobate sau fără să existe prevăzut creditul bugetar este interzisă și constituie infracțiune.

De asemenea, normele metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin Ordinul MFP nr. 1792/2002, dispun în mod clar „Este interzis ordonatorilor de credite aprobarea unor angajamente legale fără asigurarea că au fost rezervate și fondurile publice necesare plății acestora în exercițiul bugetar”.

Totodată, aducem în discuție nota introdusă la nivelul capitolului III.1.4 din cadrul modelului de Fișă de date, publicată prin Notificarea nr. 258/2017, prin intermediul căreia s-a urmărit atenționarea autorităților contractante în raport cu:

- utilizarea dreptului de suspendare a încheierii contractului de achiziție publică, în condiții care nu au corespondent în legislația în domeniul achizițiilor publice, și care, în contextul prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din H.G. nr. 395/2016, pot afecta indirect nivelul competiției și/sau pot conduce la denaturarea în mod artificial a rezultatului procedurii de atribuire a unui contract de achiziție publică;
- utilizarea în mod eronat/impropriu a unei clauze suspensive, având în vedere faptul că aceasta nu operează în derularea contractului de achiziție publică drept o condiție în vederea îndeplinirii unei obligații, și în raport cu care ambele părți și-au exprimat voința, ci într-un sens în care numai autoritatea contractantă poate face recurs la aceasta.

În concluzie, deși legislația în domeniul achizițiilor publice nu condiționează inițierea și derularea unei proceduri de atribuire de asigurarea fondurilor necesare derulării contractului și nu interzice expres încheierea unui contract de achiziție publică cu clauză suspensivă (suspendarea execuției contractului) sau introducerea în cadrul documentației de atribuire a unei condiții suspensive (suspendarea încheierii contractului), suntem de opinie că prevederea nejustificată, pentru toate procedurile de atribuire, a unei astfel de clauze/condiții, poate fi considerată o încălcare a prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din H.G. nr. 395/2016 și/sau a prevederilor legislației privind finanțele publice.

e. Utilizarea în cadrul contractelor de lucrări atribuite prin procedura simplificată a modelelor de contracte de lucrări, proiectare și execuție impuse prin HG 1/2018

HG 1/2018 menționează faptul că *“Autoritățile/Entitățile contractante pot utiliza condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, prevăzute la art. 1 sau 2, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este mai mică decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016”* Prin urmare, utilizarea în cadrul contractelor de lucrări atribuite prin procedura simplificată a modelelor de contracte din HG 1/2018 nu este obligatorie ci opțională.

În cazul în care în situația de mai sus autoritatea contractantă hotărăște, în cadrul procedurii simplificate, folosirea modelelor de contract din HG 1/2016 recomandăm:

- să nu se preia în caietul de sarcini cerințele prevăzute de modelul de contract referitoare la certificarea sistemelor privind managementul mediului, calității, etc având în vedere prevederile Legii 98/2016, art. 113, alin. 11, lit. c). În situația în care acestea se preiau în caietul de sarcini devin obligatorii de îndeplinit pentru toți ofertanții la procedura de atribuire, pe când, în situația în care acestea rămân doar în modelul de contract, devin obligatorii doar pentru ofertantul câștigător. Conform prevederilor art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, „dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b)”. Din aceste prevederi reiese conduita obligatorie pe care autoritatea contractantă trebuie s-o adopte în situația în care dorește să uzeze de dreptul prevăzut la art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv că singurele criterii de calificare și selecție privind capacitatea tehnică și profesională pe care aceasta le poate solicita, în cadrul procedurii simplificate, sunt cele referitoare la experiența similară.

- modelele de contracte prevăzute mai sus obligă ofertantul câștigător ca pe lângă constituirea garanției de bună execuție să constituie și **Sume Reținute** conform clauzei 47. Totodată aceste modele prevăd și o serie de **asigurări** la cap. 16.2. obligatorii pentru ofertantul câștigător. Prin urmare recomandăm autorităților contractante ca în situația folosirii acestor modele în cadrul procedurilor simplificate dar și procedurilor de licitație deschisă să se asigure de faptul că ofertantul câștigător își îndeplinește toate obligațiile contractuale, altfel existând riscul aplicării de corecții financiare.

Totodată raportat la prevederile HG 1/2018, art. 4 *Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestărilor, cu modificările și completările ulterioare, precum și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții, care sunt prioritare, menționăm faptul că:*

- **potrivit prevederilor art. 81 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, „(1) La elaborarea proiectelor de hotărâri, ordine sau dispoziții se va avea în vedere caracterul lor de acte subordonate legilor, hotărârilor și ordonanțelor Guvernului și altor acte de nivel superior.”**

f. Impunerea unor specificații tehnice discriminatorii în caietele de sarcini (standard de tipul SR EN) fara a fi insotite de mentiunea „sau echivalent”

Autoritățile contractante impun prin caietele de sarcini ca produsele oferite să aibă certificări obligatorii de tipul standardelor SR EN (1725:2004, 1730:2013, etc). Impunerea acestor specificații tehnice, fără mențiunea „sau echivalentul” pot ridica bariere operatorilor economici stabiliți în alte state membre din Uniunea Europeană.

În acest sens documentul „ORIENTĂRI PENTRU RESPONSABILII CU ACHIZIȚIILE PUBLICE” privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene, realizat de serviciile Comisiei responsabile cu achizițiile publice, în consultare cu experți în domeniul achizițiilor publice din statele membre, precizează:

- **„Atunci când solicitați un standard sau o etichetă, utilizați cuvintele „sau echivalent”. Ca regulă generală, orice termeni ai specificațiilor tehnice care pot fi interpretați ca fiind discriminatorii, în special împotriva ofertanților dintr-o altă țară sau prin care se solicită produse pe care doar un singur furnizor (sau numai furnizori dintr-o singură țară) pot să le livreze, nu sunt acceptabili.**

În cazul în care o autoritate contractantă ar dori să menționeze un standard specific sau o etichetă specială, care să explice clar care sunt cerințele, specificațiile ar trebui să indice în mod clar că sunt acceptate, de asemenea, standarde sau etichete echivalente. Prin urmare, utilizarea expresiei „sau echivalent” este necesară pentru a evita restricționarea concurenței.”

- **„Evitați specificațiile tehnice discriminatorii.** Autoritățile contractante nu pot stabili specificații tehnice cu privire la furnizarea de echipamente prin specificarea unei anumite mărci fără a permite un „echivalent” sau prin folosirea unor specificații personalizate care ar favoriza, în mod intenționat sau neintenționat, anumiți furnizori.

Acest lucru se întâmplă uneori în cazul în care elaborarea specificațiilor tehnice cu privire la o componentă de echipament este realizată de persoane neexperimentate, care pur și simplu copiază specificațiile direct dintr-o broșură a unui anumit producător, fără a realiza că acest lucru poate să limiteze numărul de societăți care vor putea să furnizeze echipamentul.”

Acest ghid a fost elaborat pentru a veni în sprijinul personalului implicat în gestionarea programelor finanțate din fonduri europene nerambursabile.

Am dorit să creăm un instrument util în aplicarea cerințelor și principiilor ce derivă din regulamentele UE, dar și din legislația românească.

Echipa de elaborare:

Marilena Bogheanu - Director General ADR SV Oltenia

Monica Botea - Șef OIPOR

Alina Dumitrescu - Șef Compartiment Verificare Achiziții și Conflicte de Interes POR

Simona Covrescu - Șef Compartiment Comunicare, Informare, Promovare

Claudia Gavaneanu - Ofițer Comunicare, Informare, Promovare

Mihaela-Steliana Tascu-Stavre - Ofițer Comunicare, Informare, Promovare

Investim în viitorul tău!
Proiect cofinanțat din Fondul European de Dezvoltare Regională prin
Programul Operațional Regional 2014 – 2020

Titlul proiectului: „Sprijin acordat în perioada 01.01.2018 -
31.12.2019 pentru ADR SV Oltenia în informarea și comunicarea,
implementarea, monitorizarea la nivel regional POR 2014-2020 și
închiderea POR 2007-2013”

Editorul materialului: ADR Sud-Vest Oltenia
Data publicării: Octombrie 2019

Conținutul acestui material nu reprezintă în mod obligatoriu poziția oficială a
Uniunii Europene sau a Guvernului României



Material distribuit gratuit