

București, 15 decembrie 2014

**Către: Domnul Ministru Eugen Teodorovici, Ministerul Fondurilor Europene
Domnul Bogdan Dobrin, Președintele ANRM
Domnul Radu Puchiu, Secretar de Stat, Cancelaria Primului-Ministru**

Ref. Măsuri prioritare pentru reforma sistemului de achiziții publice în România

Stimați Domni,

Camera de Comerț Americană în România („AmCham Romania”) prin comitetul său de Fonduri Structurale și Achiziții Publice este ferm angajată în facilitarea unui dialog transparent între comunitatea de afaceri și autoritățile centrale, promovând soluții și priorități pentru îmbunătățirea mediului de afaceri și cadrului legal aferent domeniului achizițiilor publice.

Considerăm că iminenta implementare în legislația națională a noilor Directive UE în materia achizițiilor publice constituie un prilej oportun operării unor analize atent direcționate, în ideea identificării acelor aspecte procedurale, de reglementare sau operaționale care au împiedicat buna funcționare a sistemului, precum și formularea unor soluții precise și adecvate realităților naționale.

În acest context, prezentăm într-o manieră sintetică, în anexă la prezentul document, poziția AmCham România cu privire la o serie de probleme cu care se confruntă sistemul achizițiilor publice în România. Aspectele identificate în acest document sunt structurate în două secțiuni distincte, cea dintâi relevând elemente de ordin general, pentru ca în secțiunea a doua să exemplificăm situații particulare ce impun intervenții punctuale ale reglementatorului.

Vă mulțumim pentru deschiderea la un dialog de substanță și sperăm că punctele noastre de vedere să contribuie în mod util la continua îmbunătățire a cadrului achizițiilor publice.

Cu deosebită considerație,

Valeriu Nistor

Daniela Nemoianu

Președinte Consiliu Director
AmCham România

Membru Consiliu Director
Președinte Comitet Fonduri Structurale și Achiziții
Publice

Secțiunea 1. Măsurile prioritare pentru reforma sistemului de achiziții publice

1. Transparența și predictibilitatea decizională/instituțională la nivelul factorilor de reglementare

Sistemul nu asigură întotdeauna stabilitatea și predictibilitatea legislativă și instituțională. Aceste două componente au rolul de a inspira încredere în sistemul achizițiilor publice, minimizează suspiciunile de fraudă/corupție, reduc birocrăția excesivă și contribuie la crearea unei practici unitare (e.g. necesitatea clarificării situației unor entități cu capital majoritar/minoritar de stat, al căror statut juridic a cunoscut variate modificări/interpretări).

2. Absorbția fondurilor europene nerambursabile și necesitatea flexibilizării procedurale și administrativ instituționale în domeniul achizițiilor publice

Procedurile de achiziții publice complicate au fost deseori reclamate ca fiind piedici operaționale în cadrul proiectelor finanțate cu fonduri europene nerambursabile, acolo unde celeritatea și necesitatea respectării unor termene stricte afectează capitalul succesului implementării. Reglementarea specifică acestui domeniu (i.e. *Ordinul nr. 1120/15.10.2013, privind modificarea și aprobarea procedurii de atribuire aplicabile beneficiarilor privați de proiecte finanțate din instrumente structurale*) reprezintă un progres semnificativ, cu toate acestea eficacitatea prevederilor lasă de dorit din cauza instabilității operaționale alimentate de deciziile/acțiunile unor actori relevanți în această arie (e.g. autorități de management).

3. Asigurarea unui grad ridicat de coerență a sistemului de achiziții publice în raport cu alte reglementări

Sistemul achizițiilor publice, prin cadrul său de reglementare, trebuie să constituie un punct de sprijin coerent pentru alte domenii de activitate strategice (e.g. fondurile europene – inclusiv în ceea ce privește implementarea portofoliului de proiecte, dezvoltarea infrastructurii, etc.) în contextul relațiilor tehnico-operaționale de la nivelul economiei. În acest sens, trebuie eliminate orice suprapuneri cu alte prevederi legislative (e.g. Legea PPP), astfel încât reglementarea anumitor arii specifice să beneficieze de un tratament neechivoc, propice unei interpretări unitare și unei implementări eficiente.

Noile Directive Europene în materia achizițiilor publice permit un oarecare grad de flexibilitate statelor membre în ce privește transpunerea în legislațiile naționale. În limitele acestei flexibilități și cu respectarea principiilor directe poate fi avută în vedere schițarea unor proceduri adaptate specificului și complexității anumitor sectoare (e.g. infrastructura, proiecte de anvergură, etc.).

4. Pregătirea temeinică a sistemului de achiziții publice pentru implementarea Directivelor Europene în legislația națională

Din momentul publicării noului pachet de Directive Europene în domeniul achizițiilor publice și până în momentul de față, cu excepția înființării *Comitetul interministerial pentru realizarea reformei cadrului legislativ și instituțional în domeniul achizițiilor publice* nu au fost realizate progrese semnificative în zona pregătirii implementării normelor comunitare. Este absolut necesară demararea și pregătirea implementării cât mai rapide a mai unor etape analitice care să examineze *situația existentă, decalajele* în raport cu noile reglementări și *proiectarea noului cadru legislativ*.

În acest context, considerăm ca fiind de o importanță capitală cooptarea activă a principalilor actori implicați în sistemul național de achiziții publice (e.g. autorități de reglementare/control, autorități contractante, ofertanți, etc.). Un model operațional de planificare și implementare a noilor directive îl poate constitui cel elaborat de *Crown Commercial Service* în Marea Britanie.

5. Utilizarea valorii optime (*best value for money*) și re-evaluarea criteriilor de atribuire în achizițiile publice

Este necesară acordarea unei atenții deosebite *reglementării criteriilor de atribuire și a modului de aplicare a acestora*, în vederea asigurării eficienței utilizării fondurilor publice (i.e. asigurarea unui rol central, predominant în cadrul procesului de evaluare a *componentei calitative*).

Utilizarea exclusivă a criteriului *prețul cel mai scăzut* poate asigura cel mai bun raport VfM autorității contractante atunci când nu există nicio diferență (sau diferențele sunt minime) între caracteristicile produselor, serviciilor sau lucrărilor (ex. în ce privește calitatea execuției/prestării, durata de viață, etc.) propuse de diferiții ofertanți și nici costuri aferente întregului ciclu de viață (ex. costuri de întreținere și operare). Astfel, utilizarea acestui criteriu asigură VfM în cazul unor achiziții simple. Cu toate acestea, în multe cazuri, există diferențe între ceea ce pot oferi diverșii ofertanți interesați. Astfel, pentru a putea obține un VfM cât mai ridicat, este necesară luarea în considerare și analiza acestor diferențe, iar aceasta se poate realiza utilizând drept criteriu combinația dintre preț și alți factori calitativi.

6. Îmbunătățirea pregătirii personalului însărcinat cu administrarea procedurilor de atribuire

Dezvoltarea sistemului achizițiilor publice, amploarea fenomenului și rolul pe care îl are la nivel economic, face ca pregătirea specialiștilor în acest domeniu să necesite din ce în ce mai multă atenție. Prezența unui personal specializat de înaltă calificare, bine instruit și onest reprezintă o premisă esențială a unui sistem funcțional și a eficientizării activităților specifice acestuia. În acest context, considerăm imperios necesară *implementarea unor standarde ocupaționale specifice, de o*

complexitate și rigoare profesională crescute, mai aplicate, care să asigure o pregătire temeinică în domeniu, precum și stagii de training și evaluări periodice. De asemenea, rezolvarea/preîntâmpinarea comportamentului abuziv al unor autorități contractante în cadrul procedurilor de atribuire poate aduce în discuție punerea în practică a unor modalități de responsabilizare a personalului specializat însărcinat cu administrarea proceselor relevante.

7. Simplificarea cadrului instituțional al sistemului de achiziții publice

În cadrul sistemului achizițiilor publice funcționează entități cu rol de autoritate ce deseori își suprapun responsabilitățile, încarcă din punct de vedere administrativ cadrul operațional deja birocratizat, iar responsabilitatea decizională a acestor entități este mult diluată. *Este absolut necesară revizuirea cadrului instituțional actual, pe baza unor analize operaționale specifice în scopul eficientizării activităților de reglementare, control și monitorizare precum și pentru a decongestiona cadrul decizional relevant acestui domeniu.* De asemenea, simplificarea procedurală trebuie să aibă în vedere reducerea volumului de documente utilizate în întregul ciclu al procedurilor de atribuire, prin comasarea anumitor componente, prin eliminare sau evitarea duplicării anumitor cerințe.

8. Luarea unor măsuri eficace pentru combaterea corupției și tratarea conflictelor de interese

Astfel cum a fost diagnosticat și în rapoartele Comisiei Europene, sistemul este unul propice apariției și proliferării unor practici corupte. Deși cauzele acestei realități nu sunt în totalitate datorate sistemului, există o serie de posibile măsuri ce pot fi implementate în scopul limitării acestei probleme. Una din aceste măsuri o reprezintă *rezolvarea modului în care conflictele de interese sunt depistate, verificate sau analizate în cadrul procedurilor de atribuire.*

9. Elaborarea unor norme specifice anumitor sectoare de activitate

Particularitățile anumitor domenii de activitate (ex. sistemul bancar, infrastructura, energie, etc.) face ca normele legale în vigoare să nu poată asigura din punct de vedere tehnic și operațional rezolvarea/reglementarea clară a unor situații specifice, importante pentru buna derulare a contractelor de achiziție publică. În contextul viitoarelor modificări ale legislației achizițiilor publice, este necesară colaborarea cu părțile interesate din domeniile de activitate relevante pentru a putea înțelege natura și impactul aspectelor particulare pe care acestea le presupun, în vederea creării unui cadru de reglementare adaptat necesităților.

10. Susținerea de către sistemul de achiziții publice a dezvoltării economice și a concurenței loiale

Unul din scopurile oricărui sistem de achiziții publice modern este acela de a susține dezvoltarea economică prin *asigurarea unui mediu concurențial real*, astfel încât să încurajeze *participarea relevantă a pieței* în cadrul procedurilor de atribuire. În acest scop, ridicarea oricăror bariere de ordin administrativ/birocratic precum administrarea corectă și eficientă a procedurilor de către un personal bine instruit reprezintă premise ale asigurării dezideratului sus-menționat.

Mecanisme concrete pentru controlul și rezolvarea unor probleme des întâlnite trebuie puse în practică pentru a încuraja și proteja concurența loială în beneficiul tuturor părților implicate. Amintim aici: elaborarea unei metodologii prin care autoritățile contractante să poată controla ofertele cu prețuri semnificativ mai mici față de bugetele estimate (30 – 40% mai mici), implementarea unor condiții clare de recuperare a garanției de bună execuție (amânarea pe termen nedefinit a momentului returnării garanției de bună execuție în condițiile în care prestatorul și-a îndeplinit toate obligațiile contractuale creează blocaje financiare pentru agenții economici).

11. Asigurarea condițiilor egale și transparente (level playing field) pentru toți participanții și o alocare echitabilă a riscurilor

Sunt des întâlnite situațiile în care prestatorul nu poate interveni în alocarea de riscuri în contracte sau în caietele de sarcini. Deși aparent această situație este în favoarea autorităților contractante, în realitate, stabilirea, de exemplu, a unor termene nerealiste, imposibil de respectat, afectează întreaga derulare a proiectelor cu consecințe nefaste atât pentru beneficiar, cât și pentru prestator/furnizor. O împărțire realistă a riscurilor, cu consultarea prestatorului/furnizorului, ar putea constitui o soluție în ideea prevenirii unor derapaje ulterioare.

12. Recunoașterea și garantarea echilibrului contractual

Faptul că procedurile de achiziții publice presupun o testare a pieței și obținerea celei mai eficiente oferte din punct de vedere economic pentru autoritatea contractantă, precum și faptul că autoritatea publică trebuie să negocieze documentul contractual aferent în cele mai bune condiții comerciale posibile, în ideea respectării principului eficienței, nu înseamnă faptul că, în cadrul contractului specific, prestatorul/furnizorul trebuie să se afle într-o poziție de inferioritate și să suporte riscuri ce nu ar trebui să îi revină conform practicii comerciale uzuale și a pieței specifice. Flexibilizarea modului în care autoritățile contractante utilizează/interpretează pe scară largă contractele model publicate pe site-ul ANRMAR ar putea crea premisele elaborării unor contracte echilibrate, în care răspunderea să fie distribuită rațional și echitabil între prestator/furnizor și autoritatea contractantă, cu respectarea principiilor stabilite de lege.

Secțiunea 2. Aspecte particulare ce necesită îmbunătățiri ale sistemului achizițiilor publice în România

2.1 Aspecte de ordin operațional

a. Transferabilitatea. O practică obișnuită a băncilor participante la un credit sindicalizat este de a-și vinde parțial sau integral cota parte din credit. În timp, această posibilitate a condus la creșterea lichidității unui credit și crearea unei piețe bancare secundare.

Piața bancară secundară permite creditorilor să analizeze potențiale strategii de ieșire dintr-un credit. Există diverse motive pentru care o bancă poate lua în considerare o asemenea strategie, începând de la limitele de țară, expuneri maxime, risc etc.

Având în vedere că legislația actuală nu permite transferul unei cote părți a unui credit pe durata perioadei în care băncile furnizează servicii (respectiv perioada de tragere) și faptul că o componentă majoră în stabilirea prețului este costul riscului, posibilitatea de a permite unei bănci să își diminueze riscurile prin elaborarea unei strategii de ieșire în viitor ar permite posibilitatea de stabilire a unui preț mai redus.

b. În cazul criteriului "Prețul cel mai scăzut" sau, dacă se folosește criteriul de atribuire "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", cel mai important aspect este ca factorii de evaluare să fie cuantificabili. În practică s-a ajuns la o spirală absurdă de numărare a riscurilor, acțiunilor de reducere a riscurilor, număr de activități pentru îndeplinirea obiectivelor contractului, număr de etape esențiale în realizarea proiectului, număr de activități desfășurate de team leader sau de către întreaga echipă de experți, etc. După publicarea noului HG 925 acest aspect va fi ameliorat pentru ca se va permite evaluarea CV-urilor experților, ca factori de evaluare.

c. Lipsa unei metodologii prin care autoritățile contractante să controleze o oferta cu pret neobișnuit de scăzut, de exemplu al cărei preț este de 30% sau 40% din bugetul estimat: în practică unii ofertanți răspund la clarificarea privind "prețul neobișnuit de scăzut" în sensul că experții sunt plătiți cu salariul minim pe economie și că lucrează doar 4 ore (part-time) putând să îndeplinească obiectivul contractului. Deci un expert câștigă $900/2 = 450$ lei pe luna și poate duce la bun sfârșit sarcinile din proiect. Acești prestatori licitează la 30% din bugetul estimat (sau chiar sub) și unele autorități nu-i pot elimina din licitații, iar mai apoi proiectele se blochează din cauza lor.

d. Alocarea în contracte sau în caietul de sarcini a unor riscuri care nu sunt sub controlul Prestatorului:

- termene nerealiste: e.g. finalizarea unui SF în 3 luni, deși de exemplu numai obținerea acordului de mediu durează 6 luni, chiar pe cea mai scurtă cale pentru tipul respectiv de proiect;
- apoi plățile sunt condiționate de aprobarea acestor SF-uri de către autorități care se întrunesc cu întârziere sau/si după ce se întâlnesc nu cad de acord; aceste întârzieri au impact major pe cash-flow-ul Prestatorului, pe disponibilitatea experților de a continua activitatea în proiect, etc.

e. Inflexibilitatea în modificarea documentației de atribuire în timpul clarificărilor, înainte de depunerea ofertei. Răspunsurile la clarificări sunt de regulă în sensul "*rămân nemodificate prevederile din documentul x*". După publicarea noului HG 925 acest aspect va fi ameliorat pentru că va fi lansată documentația de atribuire mai întâi spre consultare și apoi se va publica forma definitivă.

f. Autoritățile contractante nu acordă de obicei ofertanților acces la documentele dosarului de achiziție în termenul legal de depunere a contestațiilor la CNSC (5 zile, respectiv 10 zile de la data comunicării rezultatului licitației) chiar dacă documentele dosarului de achiziție sunt publice și autoritățile contractante au obligația să acorde accesul la acestea. Scopul acestei restricții este de a-i împiedica pe ofertanți să verifice legalitatea procedurii de atribuire și conținutul documentelor din dosarul achiziției publice și în ultimă instanță să își fundamenteze contestațiile depuse la CNSC. Principiul transparenței este prin urmare încălcat.

Soluție: Autoritățile Contracte trebuie să permită accesul la documentele dosarului de achiziție publică în termen de maxim 3 zile lucrătoare de la data cererii.

g. Potrivit Ordinului 509/2011 un terț susținător trebuie să dispună de toate calificările necesare (capacități tehnice necesare) pentru a îndeplini o cerință de eligibilitate privind experiența similară. Primul aspect care trebuie menționat în legătură cu Ordinul este că acesta modifică legea, ceea ce nu este permis potrivit regulilor tehnice legislative. În plus, Ordinul nu este foarte clar și este necesară interpretarea Notelor în care termenul "cerințe" ar trebui interpretat ca oferind posibilitatea de a exista mai multe părți susținătoare în situația în care documentația de achiziție include "mai multe cerințe". Interpretarea este oarecum dificilă și datorită multor autorități contractante care restricționează susținerea cumulativă a unui terț fără nicio diferență.

Mai mult, chiar și în cazul unei asemenea interpretări, restricția conform căreia un terț susținător trebuie să îndeplinească o cerință în totalitate, printre cerințele de eligibilitate privind experiența similară, este restrictivă.

Efectul unei asemenea restricții:

- Ofertantul nu se poate baza pe terțe părți care nu dispun de toate calificările cerute și în aceste situații terții sunt nevoiți să facă o ofertă comună (consorțiu) în care cumularea calificărilor este posibilă. Aceasta conduce la un risc crescut pentru terț și reduce numărul de potențiali ofertanți deoarece terții susținători sunt nevoiți să intre într-o cooperare exclusivă prin oferta comună (consorțiu).
- Riscuri disproporționat de mari pentru un asemenea terț în rolul de ofertant în cadrul unei oferte comune (consorțiu) comparativ cu rolul unui subcontractor (terța parte va avea responsabilitate solidară și indivizibilă pentru toate obligațiile ale tuturor ofertanți din cadrul ofertei comune/consorțiului)
- Reducerea numărului de ofertanți potențiali deoarece terții susținători sunt nevoiți să intre într-o cooperare exclusivă în cadrul unei oferte comune (consorțiu), nerespectarea scopului achizițiilor publice care este de a permite și promova concurența.

Soluție: Să se permită ofertanților o anumită libertate în obținerea susținerii din partea terților. Trebuie asigurat același sistem ca și în alte țări UE. Aceasta va stimula investițiile pe piața achizițiilor publice din România a unor importanți actori din domeniul economic.

h. În anumite proceduri de atribuire ofertanții sunt descalificați deoarece menționează în ofertă că o anumită soluție tehnică poate fi realizată folosind oricare dintre două materiale sau dintre doi furnizori etc. Cadrul legal ar trebui să indice cu claritate că o asemenea mențiune în cadrul unei oferte ar trebui privită drept un semn de flexibilitate și ar putea cel mult să fie clarificată de autoritatea contractantă dar nu ar trebui să reprezinte un motiv de descalificare imediată. În acest context, ar fi indicat să se definească cu claritate noțiunea de oferta fermă și oferta alternativă și să se prevadă că exemplul de mai sus nu poate fi considerat nici ca o ofertă dublă nici ca o ofertă alternativă ținând cont că s-a depus o singură ofertă și un singur preț.

2.2. Aspecte de ordin financiar/bancar

a. Creditorii sunt ținuți responsabili solidar și indivizibil în cadrul unui credit sindicalizat

Deși nu există o prevedere clară în legislație, autoritățile publice obișnuiesc să ceară băncilor participante la un credit sindicalizat și care depun împreună o ofertă, să fie ținute în mod solidar și indivizibil răspunzătoare pentru respectarea obligațiilor prevăzute în contractul de credit.

Aceasta înseamnă că băncile trebuie să aprobe întreaga sumă a împrumutului, chiar dacă ele își împart expunerea față de împrumutat.

În acest sens, la nivelul FCC/BNR vor exista informații inexacte deoarece fiecare bancă participantă va raporta suma agregată a expunerii.

b. Garanția de participare

Participanții la procedurile de atribuire sunt obligați prin lege ca la depunerea oricărei oferte să constituie o Garanție de participare. În plus, câștigătorul licitației este obligat să constituie o Garanție de Bună Execuție care, potrivit prevederilor legale, va fi eliberată la 14 zile după finalizarea serviciilor furnizate.

Există cazuri în care autoritatea publică cere menținerea Garanției de Bună Execuție pe întreaga durată a creditului (cu o scadență de 5-7-10- 20 de ani) chiar dacă serviciul furnizat a fost finalizat odată cu încheierea perioadei de tragere.

În timp ce se poate înțelege semnificația și scopul Garanției de participare la licitație, trebuie acordată atenție scopului și rezultatului real al Garanției de Bună Execuție.

- Garanția de Bună Execuție nu oferă o asigurare suplimentară Împrumutatului, deoarece ea este menită să garanteze îndeplinirea obligațiilor Băncii, având în vedere că Băncile se angajează să finanțeze proiectul prin semnarea contractului de credit;
- Valoarea unei asemenea Garanții de Bună Execuție poate avea, potrivit legii, o valoare de până la 10% din valoarea contractuală – o valoare atât de ridicată a garanției generează costuri pentru bănci;
- În cazul sindicalizării, în unele situații Împrumutatul solicită uneia dintre bănci să se angajeze și să emită întreaga valoare a garanției, cauzând costuri suplimentare și cereri de capital.

c. Cheltuieli aferente asistenței juridice. Elaborarea documentației juridice poate constitui un generator important de costuri pentru bănci. O posibilă opțiune ar fi ca băncile să includă o asemenea cheltuială în documentația de atribuire. Practica pe piață este ca Împrumutatul să fie partea care acoperă cheltuielile de consiliere juridică.

d. Se impune revizuirea dispoziției care face referire la garanția necesară pentru depunerea contestațiilor la CNSC. Sumele sunt excesiv de mari iar cerința interzice accesul la justiție. Mai mult, situația nu este clară în cazul unei cereri de intervenție. De asemenea, situația nu este clară în cazul respingerii parțiale a contestației.

e. Contractul de Credit. Documentația de atribuire a Contractului de Achiziții Publice prevede un set minim de dispoziții contractuale ce trebuie asumate de către ofertanți. În plus, băncile sunt obligate să prezinte un proiect preliminar al documentației de creditare ce urmează a fi supusă unor negocieri suplimentare.

Au existat situații în care Municipality-urile au cerut/impus băncilor interesate să participe la procesul de atribuire să agreeze și să semneze un "Contract de prestări servicii" și nu un "Contract de Credit" cum ar fi normal. Ar trebui ca legislația specifică procedurilor de atribuire a achizițiilor publice să prevadă care sunt produsele de finanțare.

Băncile care acționează în cadrul unui sindicat folosesc în mod obișnuit standardele LMA în documentația de creditare, însă elaborarea unor asemenea documente reprezintă o sursă de costuri considerabile generate de consilierea juridică externă.

În avantajul și interesul băncilor ar fi ca acestea să poată prezenta contractele de creditare după ce licitația de atribuire a fost câștigată.

2.3 Aspecte contractuale/de implementare

- a. Definirea actuală din punct de vedere juridic a contractului de achiziție publică (atribuit în baza regulilor de achiziție publică) drept un **act administrativ** conduce la competența instanțelor de contencios administrativ / regulilor de contencios administrativ (Legea nr. 554/2006 – formalități preliminare), etc.
- b. Obligația entităților private de a selecta subcontractori care nu sunt nominalizați în ofertă să fie inclusă în legislația privind achizițiile publice (condiții contractuale speciale FIDIC– OMT 1317/2014).
- c. Necesitatea implementării unor standarde ocupaționale specifice, de o complexitate și rigoare profesională crescută, mai aplicate, care să asigure o pregătire temeinică în domeniul achizițiilor publice (în special personalului autorităților contractante), precum și stagii de training și evaluări periodice.
- d. Lipsa unei limite de răspundere definite în contract, "in the aggregate", îndepărtează firmele serioase; prevederile documentațiilor de atribuire, în majoritatea cazurilor, pun toată răspunderea în dreptul Prestatorului, deci contractele sunt foarte dezechilibrate din cauza unor modele publicate pe site-ul ANRMAP pe care Autoritățile Contractante se tem să le modifice de frica Curții de Conturi care îi poate acuza că au vrut să favorizeze operatorul economic. În spatele cortinei, însă, mulți operatori economici sunt favorizați, cu complicitatea tuturor structurilor, dar suferă numai firmele etice și autoritățile contractante care respectă regulile.

e. Interpretarea abuziva a clauzelor contractuale de către unele autorități contractante. Unele autorități contractante semnează contractul, iar apoi nu țin cont de prevederile contractuale abuzând de faptul că dețin controlul plăților.

f. Modele inechitabile de contracte propuse în cadrul procedurii de atribuire care conțin clauze abuzive ce impun contractorilor să își asume riscuri (răspundere nelimitată și penalități de întârziere, absența clauzei de acceptare implicită, dreptul de a suspenda lucrările fără posibilitatea contractorului de a cere rambursarea costurilor, dreptul beneficiarului de a denunța unilateral contractul, asumarea tuturor riscurilor aferente proiectului de către contractor, inclusiv a evenimentelor imprevizibile). Modelul de contract nu ar trebui să impună termeni contractuali inechitabili sau foarte greu de respectat pentru ofertanți).

Rezultatul practic al unor asemenea contracte inechitabile este de obicei creșterea prețului de către companiile mai credibile sau diminuarea concurenței prin descurajarea companiilor serioase de a participa la procesul de atribuire. Având în vedere că majoritatea contractelor de achiziție sunt atribuite pe baza criteriului prețului cel mai scăzut, aceasta conduce la cheltuirea fondurilor publice aparent fără riscuri, având în vedere că toate riscurile sunt formal transferate contractorului, dar prin asumarea unui risc real mult mai ridicat, respectiv riscul imposibilității de executare reală a contractului sau de îndeplinire a obligațiilor asumate de către contractor (garanții, evenimente imprevizibile, insolvența contractorului etc.).

Soluție: Contracte echitabile/ flexibilitate crescută în formularea clauzelor neobligatorii. *Legea ar trebui să includă în mod expres o prevedere conform căreia ofertantul nu ar trebui descalificat pentru abateri de la contractele publicate în documentația de atribuire, ci doar de la clauzele obligatorii. Ordinele ministeriale nu ar trebui să impună noi condiții contractuale inechitabile, ci să ofere autorităților contractante posibilitatea de a decide – a se vedea Ordinul 774/2013 al Ministerului Transporturilor.*

g. Contractul cadru nu ar trebui folosit în procedura de atribuire exceptând situația unui serviciu furnizat sau executat în mod repetat care se atribuie prin contracte ulterioare.

Soluție: contractul cadru ar trebui folosit numai pentru consumabile în cazul contractelor de furnizare a produselor și pentru servicii repetitive sau servicii/lucrări care presupun realizări succesive în cazul contractelor de servicii și lucrări.

2.4 Aspecte administrative/de reglementare

a. Documentația de atribuire și formulare. Documentația de atribuire presupune completarea unui număr de formulare și declarații de către băncile participante. Având în vedere că pregătirea documentației este un proces important dar care necesită mult timp, este nevoie de o standardizare completă a acestor formulare.

b. Termen limită. Procedurile de atribuire organizate pentru obținerea unor facilități de credit ar trebui să țină cont de timpul necesar băncilor pentru a prezenta o ofertă fermă.

În acest sens, băncile ar trebui să aibă suficient timp pentru a obține orice aprobare preliminară și internă. În general, pentru credite sindicalizate este nevoie de un termen limită de minimum 2 luni, în funcție de suma și complexitatea creditului.

c. Informații Publice. Conform legislației în materia achizițiilor publice, orice informație referitoare la procesul de atribuire este publică. În acest sens, orice informații financiare, orice strategie de afaceri a Autorității devine publică în interesul general. O asemenea obligație poate afecta grav interesele Autorității având în vedere că în acest fel concurenților li se oferă acces la informații societare confidențiale.

În condițiile în care și contractele de credit semnate pot fi considerate de interes public, interesele băncilor ale căror contracte de credit devin publice pot fi grav afectate. În acest sens, cadrul legal și cerințele referitoare la documentația de atribuire ar trebui armonizate într-o mai mare măsură cu practica de pe piața bancară.

d. Necorelarea (datorită diverselor modificări) dintre principalele reglementări (OUG 34/2006) și normele de aplicare (HG nr.925/2006).

e. Definirea neclară a autorităților contractante și absența unei liste centralizate (actualizată) cu toate autoritățile contractante (există o astfel de listă preliminară și depășită trimisă Uniunii Europene în 2007).

f. Lista excepțiilor de la regulile de achiziții publice trebuie unitar interpretată prin norme de aplicare, pentru a se evita extinderile abuzive.

g. Lipsa oricăror îndrumări din partea ANRMAP (care nu are niciun fel de atribuții obligatorii de a oferi răspuns în cazul unor întrebări).

h. Absența unor reguli clare aplicabile în cazul unor incidente în implementarea contractelor publice.

i. Achizițiile publice trebuie să devină sustenabile și responsabile din punct de vedere social, conform Directivelor UE – *achiziții publice verzi*.

j. Având în vedere intenția declarată a Ministerului Fondurilor Europene de a implementa managementul portofoliului de proiecte (la nivelul ministerului probabil), devine obligatorie includerea aspectelor legate de achiziții încă din faza de planificare a investițiilor. Astfel, achizițiile "Best value" și "Lyfe cycle cost analysis" vor fi completate cu elementele "Timp/termen" și "Costul oportunității". În acest fel Managementul de portofoliu are sens și șanse de reușită din punct de vedere al sincronizării priorităților reale sub toate aspectele dorite.

k. Declarațiile impuse drept model în termenii de referință, care urmează a fi emise de către ofertanți, îi obligă pe aceștia să autorizeze autoritățile contractante să obțină orice date/informații tehnice și comerciale nelimitate cu privire la ofertanți, ceea ce este în contradicție cu legea în vigoare care cere autorizarea numai a informațiilor care asigură o bună evaluare a documentelor depuse de ofertanți în cadrul procedurii de atribuire. Acordarea unei asemenea autorizări conduce la încălcarea politicii referitoare la know-how și păstrarea confidențialității companiilor multinaționale.

Soluție: Asemenea declarații emise de ofertanți ar trebui să autorizeze autoritatea contractantă să obțină numai informații tehnice și comerciale necesare evaluării documentelor depuse de către ofertanți în cadrul procedurii de atribuire.

l. Terțul susținător trebuie să își asume răspundere directă față de autoritatea contractantă. Mai mult, potrivit declarațiilor standard pe care terțul susținător trebuie să le semneze – să le pună la dispoziția autorităților contractante – terțul trebuie să renunțe la toate excepțiile legale pe care ar avea dreptul legal să le folosească (chiar și excepția neplății de către autoritatea contractantă) și să execute el însuși obligațiile contractuale deși nu este parte contractantă.

Aceste dispoziții și formularele standard de declarație îl pun pe terțul susținător într-o poziție extrem de dificilă, mai dificilă decât poziția contractorului însuși. O declarație conform căreia în cazul unor dificultăți în executarea contractului, terțul susținător se angajează să acorde sprijin ofertantului ar fi suficientă și ar reprezenta o soluție echitabilă pentru toate părțile. Nu au existat în practică situații în care partea susținătoare a fost rugată să preia îndeplinirea anumitor obligații contractuale.

Cadrul legal nu limitează în mod expres răspunderea părții susținătoare numai la partea sa de susținere. Această rigiditate scade interesul companiilor serioase în piața achizițiilor publice și restricționează în acest fel concurența.

Soluție: Legea ar trebui să permită: i) ca un terț susținător să își asume responsabilitatea numai pentru partea pe care efectiv o susține; ii) ca declarația standard să nu ceară renunțarea la orice drepturi procedurale posibile și să nu îl pună pe terțul susținător într-o poziție mai grea decât a ofertantului; iii) ca terțul să asigure suport ofertantului și nu implicarea directă în îndeplinirea obligațiilor contractuale.

m. În unele cazuri autoritățile contractante cer plata prețului indicat pentru subcontractorii ofertantului, și nu prețul indicat în ofertă pentru părțile respective. Această cerință ar trebui clar interzisă prin lege, având în vedere că este împotriva principiului economiei de piață.

n. Criteriul „cea mai avantajoasă ofertă” ar trebui să fie reglementat drept regulă, iar criteriul “prețului cel mai scăzut” drept excepție. Ar fi în beneficiul autorităților contractante dacă unul sau mai mulți experți în domeniu ar fi solicitați să își aducă contribuția la documentația de atribuire înainte de publicare și dacă în acest sens s-ar efectua o analiză beneficiu - cost.

o. Legea ar trebui să prevadă mai clar faptul că specificațiile tehnice ar trebui să nu restricționeze concurența, în sensul ca numai un ofertant de pe piață respectă toate specificațiile și restul sunt excluși. În practică există multe cazuri în care hotărâri ale instanțelor judecătorești au impus autorităților contractante să modifice documentația de atribuire pentru a nu restricționa concurența.

Soluție: Nevoile beneficiarului ar trebui evaluate cu mai mare atenție și numai cerințele esențiale pentru necesitățile autorității contractante ar trebui menținute ca cerințe tehnice / de eligibilitate minime. Pentru fiecare astfel de cerință minimă ar trebui întocmite note justificative care ar trebui transmise ofertanților la cererea acestora.

p. Certificatul pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale decurgând din contracte de achiziții publice ar trebui emis numai în cazul în care autoritatea contractantă a suferit și daune în urma neîndeplinirii respective.