

CE SE SCHIMBĂ ODATĂ CU NOUA LEGE A ACHIZIȚIILOR PUBLICE

de Nicolae Ursu și Cristiana Dițoiu

Proiectul de lege privind achizițiile publice este unul dintre cele patru acte normative care compun noua lege a achizițiilor publice ce urmează să intre în vigoare de la 1 ianuarie 2016. Proiectul de lege aduce îmbunătățiri semnificative legislației actuale, promovând creșterea calității proiectelor de achiziție publică prin modificarea criteriilor de atribuire, limitarea creșterii necontrolate a bugetelor implicate, reducerea birocrăției, dar și susținerea inovației în dezvoltarea proiectelor publice. Însă, așa cum vom arăta în continuare, dacă normele de aplicare nu vor clarifica anumite aspecte insuficient definite, ne vom afla în situația inutilității practice a acestor îmbunătățiri.

Criterii de atribuire a contractului de achiziție publică

În legislația actuală poate fi ales un singur criteriu de atribuire a contractelor de achiziție publică dintre două variante prestabilite: fie *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*, fie, în mod exclusiv, *prețul cel mai scăzut*. Ca urmare, prețul cel mai scăzut este folosit în proporție covârșitoare ca principal criteriu de atribuire, ceea ce de multe ori a dus la prestarea de servicii și lucrări de calitate slabă.

Pentru a încuraja creșterea calității în proiectele de achiziție publică, noua reglementare adoptă un principiu unic de atribuire: *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*. Îndeplinirea acestui principiu se va stabili pe baza a 3 criterii de atribuire: *prețul cel mai scăzut*, *cel mai bun raport calitate-preț*, *costul de mai scăzut*. Dacă prețul cel mai scăzut poate fi determinat ușor prin compararea prețurilor ofertelor, celelalte 2 criterii de atribuire vor fi analizate prin stabilirea unor factori de evaluare.

De exemplu, pentru criteriul *cel mai bun raport calitate-preț*, factorii de evaluare care pot fi analizați includ: serviciile post-vânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, precum și caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia. O modificare oportună a legislației actuale presupune includerea unor factori de evaluare până acum inutilizabili: atunci când nivelul de performanță depinde în mod semnificativ de calitatea personalului implicat în executarea contractului de achiziție publică, autoritatea poate lua în calcul organizarea, experiența și calificările personalului propus. În prezent, utilizarea factorilor de calificare și selecție în evaluarea ofertelor este interzisă în mod expres. Noul proiect de lege prevede și o excepție, prin care autoritatea contractantă este obligată să utilizeze criteriul *cel mai bun raport calitate-preț* (nu poate folosi prețul sau costul cel mai scăzut) în cazul anumitor categorii de contracte care au ca obiect servicii intelectuale sau care presupun activități cu nivel de complexitate ridicat.

Cât privește cel de-al treilea criteriu, legea nu detaliază foarte mult cum va fi stabilit *costul cel mai scăzut*, rezumându-se la exemplul costului per ciclu de viață. De aceea, normele de aplicare trebuie să clarifice acest lucru. Criteriile în funcție de care va fi aleasă oferta câștigătoare și ponderea acestora în metoda de calcul rămân la latitudinea autorității contractante, însă, modul de utilizare a factorilor de evaluare nu trebuie să ofere autorității contractante libertate de selecție nelimitată și trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici.

Modificarea contractului de achiziție publică

În prezent, nu există reglementări exprese cu privire la modificarea contractelor de achiziție publică, doar unele puncte de vedere ale Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice

(ANRMAP) cu privire la limitele unor astfel de modificări și deciziile Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE). Noua lege preia reglementarea din Directiva nr. 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice, prin care se stipulează cazurile în care modificarea contractului de achiziție publică nu impune organizarea unei noi proceduri de atribuire. Această nouă prevedere va fi foarte utilă în limitarea semnificativă a practicii destul de larg întâlnite prin care valoarea inițială a contractului este substanțial majorată prin acte adiționale, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire. Totuși, delimitarea situațiilor în care se impune o nouă procedură de atribuire de cele în care aceasta nu este necesară rămâne, în continuare, foarte fină. Aceasta ce va genera, probabil, situații litigioase până când se vor impune o practică și o interpretare unitare ale legii. Situația este similară și în alte jurisdicții, așa cum arată multe din spețele care ajung în fața CJUE.

Documentul unic de achiziție european (DUAE)

Potrivit noului proiect, ofertanții vor putea depune o declarație pe proprie răspundere, numită DUAE, prin care atestă că îndeplinesc criteriile de participare și selecție pentru procedura de achiziție publică, fără a mai fi necesară depunerea certificatelor care să dovedească acest lucru. Proiectul de lege oferă, așadar, o facilitate binevenită în ceea ce privește îmblânzirea unui proces și așa foarte birocratizat. Totuși, art. 190 din aceeași lege oferă autorității contractante dreptul de a solicita candidaților, în orice moment al procedurii de atribuire, depunerea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE. Mai mult de atât, situațiile în care autoritatea contractantă poate exercita acest drept nu sunt prezentate. În aceste condiții, dacă normele de aplicare ale noii legi nu vor clarifica situațiile în care autoritățile vor putea uza de acest drept, această facilitate poate ajunge să fie lipsită de utilitate în plan practic.

Subcontractarea

Candidatul va fi obligat să menționeze în ofertă părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze. În cazul în care se permite expres prin documentele de achiziție, candidatul va putea subcontracta 5% din valoarea contractului, fără să fie nevoit să informeze autoritatea contractantă. În cazul în care pragul de 5% este depășit, trebuie să se precizeze partea din contract care va fi subcontractată. Probabil că această prevedere are legătură cu posibilitatea autorităților de a efectua plăți direct subcontractanților, dacă aceștia „și-au exprimat opțiunea în acest sens”. Având în vedere că această posibilitate nu este în avantajul ofertantului, este puțin probabil ca ea să fie introdusă în ofertă în momentul nominalizării subcontractanților. În absența normelor de aplicare a legii, rămâne neclar cum vor putea subcontractanții să își manifeste această opțiune.

Pe de altă parte, faptul că nu se precizează un număr maxim de subcontractanți determină o lipsă de control asupra numărului acestora, ceea ce ar putea duce la fragmentarea artificială a serviciilor către mai mulți subcontractori care nu depășesc pragul de 5% și, în consecință, la îngreunarea gestionării relațiilor cu aceștia de către autoritatea contractantă.

Cu acordul autorității, contractantul va avea dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului, cu condiția ca nominalizarea lor să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică. Noțiunea de „modificare substanțială” nu este, însă, clar definită.

Parteneriat pentru inovare

Parteneriatul pentru inovare se aplică atunci când autoritatea identifică necesitatea dezvoltării unui serviciu care nu se poate realiza prin soluțiile disponibile pe piață la un anumit moment. În această categorie pot intra, de exemplu, soluțiile de software dezvoltate personalizat pe baza necesităților concrete ale autorității contractante. Parteneriatul pentru inovare are ca scop dezvoltarea unui produs, a

unui serviciu inovator sau a unor lucrări inovatoare și achiziția ulterioară a acestora, cu condiția ca acestea să corespundă nivelurilor de performanță și costurilor maxime convenite între autoritate și participanți.

Sanctiuni

Este inoportună „uitarea” unora dintre sancțiunile prevăzute în prezent. Tot inoportună este și introducerea noii sancțiuni prin care, pe lângă sancțiunile contravenționale, se poate aplica o sancțiune complementară autorității contractante prin care i se suspendă dreptul de a organiza proceduri de atribuire pe o durată între 2 și 5 ani. Este greu de imaginat cum s-ar putea aplica în practică o astfel de sancțiune unei instituții publice, fără să fie afectate funcționarea acesteia și, în mod indirect, chiar cetățenii cărora li se adresează serviciile achiziționate. Din această perspectivă, sancțiunea afectează mai mult cetățenii decât angajații autorității contractante care s-ar face vinovați de încălcarea unor proceduri.

Pentru mai multe informații:

Nicolae Ursu

Avocat senior coordonator

nicolae.ursu@bpv-grigorescu.com