



Deutsch-Rumänische
Industrie- und Handelskammer
Camera de Comerț și Industrie
Româno-Germană

Str. Clucerului 35, Etaj 2 | RO-011363 | București, Romania

Telefon: + 40 21 2231531
Fax: + 40 21 2231538
E-mail: drahk@ahkrumaenien.ro
Internet: www.ahkrumaenien.ro

Domnului Prim-Ministru

Victor Ponta

Guvernul României

București

În copie:

Domnului Președinte Klaus Iohannis, Președinția României

Domnului Ministru Marius Nica, Ministerul Fondurilor Europene

Domnului Ministru Eugen-Orlando Teodorovici, Ministerul Finanțelor Publice

Ambasada Republicii Federale Germania la București

București 31.08.2015

Ref.: **Document de poziție privind *Legea achizițiilor publice și Legea privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea CNSC*, în forma propusă, urmare a perioade de consultări publice din cursul lunii august 2015** ale grupului de lucru „Practica în achizițiile publice” din cadrul Camerei de Comerț și Industrie Româno-Germane

Stimate domnule Prim-Ministru,

Camera de Comerț și Industrie Româno-Germană (AHK România), înființată în septembrie 2002, numără în prezent peste 500 de firme membre și este cea mai mare cameră de comerț bilaterală din România. Fiind reprezentanța oficială a economiei germane în România are ca principal scop susținerea și dezvoltarea relațiilor economice între cele două țări.

Prin grupul de lucru „Practica în achizițiile publice” al Camerei de Comerț Româno-Germane se intenționează o analiză a situației actuale într-un mod deschis și în același timp critic pentru a asigura transparență, eficiență și condiții concurențiale corecte în sistemul de achiziții publice din România.

Grupul de lucru „Practica în achizițiile publice” a analizat, în scurta perioadă avută la dispoziție pentru consultări publice, forma propusă și transmisă de către Cancelaria Primului Ministru în data de 29.07.2015 privind *Legea achizițiilor publice, Legea privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică* precum și anexele aferente.

Deutsch-Rumänische Industrie- und Handelskammer | Camera de Comerț și Industrie Româno-Germană

Präsident / Președinte: Dr. Radu Merica

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied / Director General, Membru în Consiliul Director: Sebastian Metz

USt-IdNr. / Cod de TVA: RO 14870017

Banca: UniCredit Bank | BIC: BACXROBU | Cont EUR: RO96BACX0000000070265001

Banca: UniCredit Bank | BIC: BACXROBU | Cont RON: RO26BACX0000000070265000

Considerăm termenul avut la dispoziție pentru a analiza volumul considerabil de documente și informații avute în vedere foarte scurt, dacă ne raportăm la efortul depus de către cei care au contribuit la elaborarea formei lor actuale și vis-a-vis de importanța reglementării domeniului achizițiilor publice, care a atras nenumărate probleme în ultimii ani și a căror rezolvare ar aduce un potențial uriaș privind bunăstarea și dezvoltarea economică a României printr-o eficiență mai bună în cheltuirea banilor publici, creșterea transparenței din cadrul procedurilor de achiziții publice, absorbția fondurilor europene, creșterea investițiilor și nu numai.

Considerăm de asemenea dificilă formularea unei opinii definitiv fundamentate privind Legile supuse dezabterii, în lipsa normelor de aplicare al acestora. Considerăm că ar fi utilă dezbaterea tuturor documentelor care vor reglementa domeniul achizițiilor publice la pachet.

Astfel ne-am concentrat pe aspectele cele mai importante tratate de noi și care considerăm că sunt aspecte care au un rol determinant în succesul reformei intenționate în domeniul achizițiilor publice și prezentăm poziția grupului de lucru astfel:

- (a) În ceea ce privește **criteriul de atribuire** folosit în cadrul procedurilor de achiziții publice, recomandăm păstrarea criteriului „*prețul cel mai scăzut*” cel puțin pentru licitațiile ce privesc lucrările de construcție pentru următoarea perioadă. Adoptarea, fără criterii obiective de evaluare – de altfel greu de definit în cadrul proiectelor de construcții, a criteriului „*oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*”, poate avea ca efect scăderea și mai mare a transparenței activității comisiilor de evaluare și creșterea numărului de contracte acordate abuziv. Pe deoparte constatăm și Beneficiarii admit o lipsă acută de personal de specialitate cu experiență tehnică și economică din cadrul comisiilor de licitație, pe de altă parte, prin criteriul „*oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*” ar crește complexitatea în procesul de evaluare. Acest fapt ar fi o neconcordanță între resursele existente și obiectiv.
- (b) Recomandăm parcurgerea critică pas cu pas a tuturor articolelor și paragrafelor din Lege care conțin **cuvintele sau derivate** ale acestora precum „Beneficiarul **poate** solicita”, „Autoritatea **de regulă..**”, „Autoritatea contractantă **are dreptul..**” și înlocuirea acestor formulări vagi acolo unde este posibil, cu modalități sau alternative clar definite prin textul legii. (ex. art. 33, art. 204, Art. 176)
- (c) **Considerăm imperativ necesară revizuirea Art. 176 privind „susținerea unui terț”**. Paragraful (2) este lipsit de sens, în condițiile în care prin această prevedere nu vedem care ar mai fi diferența dintre un „terț susținător” și „Asociat”/”Subcontractor nominalizat”. De asemenea folosirea vag definită a instrumentului de susținere pentru suport economic, tehnic dar și experiență similară nu duce decât la denaturarea concurenței și facilitarea accesului la lucrări și achiziții publice a unor companii fără experiență și fără capacitate reală de ducere la îndeplinire a obligațiilor contractuale cu consecințe economice subsecvente. Considerăm necesară limitarea folosirii instrumentului „terț susținător” numai pentru garantarea unui eventual transfer de suport tehnic și limitat, suport financiar. Nu vedem deloc oportunitatea și nici nu vedem cum ar putea un terț susținător să își transfere „*cifra de afaceri din anii anteriori*” sau „*experiența similară dobândită în ultimii ani*” unui alt operator economic.

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

- (d) Trebuie acordată mai multă atenție și tratată cu prioritate **uniformizarea contractelor de achiziție publică prin adoptarea unor modele de contract standard** precum cele de tip **FIDIC** roșu sau galben pentru lucrările de construcții, într-o formă cât mai puțin modificată sau alterată față de prevederile inițiale. Cunoaștem intenția încă din primăvara anului 2014 a Ministerului Fondurilor Europene cu privire la implementarea contractelor FIDIC într-o formă unitară pentru lucrările de infrastructură, pe care o salutăm și recomandăm ducerea la îndeplinirea acestor intenții cât mai urgent. Atragem atenția că Autoritățile Contractante, centrale și decentrale din România folosesc modele de contract FIDIC în forme mai mult sau mai puțin modificate prin prevederi diferite din Condițiile Speciale de contract, în care regăsim deseori situații de dezechilibru dintre drepturile și obligațiile părților care se materializează în dispute contractuale/litigii sau în alte cazuri la lipsa interesului acordat de unele companii în participarea la proceduri și implicit afectarea concurenței din cauza refuzului de preluare a unor riscuri neevaluabile în faza de licitație.
- (e) Înțelegem intenția autorităților privind modificările propuse în ce privește **drepturile și obligațiile subantreprenorilor**, în special art. 214 ca o reglementare a unor iregularități survenite în plata și tratamentul acestora din urmă în cadrul unor contracte publice din trecut. Totuși supunem atenției faptul că, așa cum sunt propuse spre reglementare aspectele spre exemplu privind plata directă, ele pot leza drepturile intrinseci și modalitatea de îndeplinire a rolului Contractorului privind coordonarea, controlul, preluarea riscului asumat.
- (f) Era de așteptat ca noua lege să reglementeze și următorul aspect: **de câte ori și în ce fază a procedurii are posibilitatea Autoritatea Contractantă să reevalueze o ofertă**. Nu puține au fost cazurile în care, deși CNSC sau Curțile de apel competente să soluționeze plângerile împotriva Deciziilor CNSC au dispus reevaluare doar a unei singure oferte, Autoritatea Contractantă a decis ca pe lângă reevaluarea ofertei respective să mai reevalueze și oferta contestatoarei pentru faptul că în prima evaluare nu s-a concentrat suficient de mult asupra ofertei de pe locul al doilea. Această reevaluare din oficiu are un singur scop, și anume pedepsirea ofertantului care a contestat decizia Autorității Contractante de a atribui contractul unui alt ofertant. În lipsa unei reglementări clare și precise cu privire la limitele reevaluării ofertelor, rămâne la latitudinea Autorității contractante când și în ce mod poate să decidă și reevaluarea altor oferte decât cele menționate în mod expres în Deciziile CNSC și/ sau ale Curților de Apel.
- (g) Pe parcursul ultimului an am observat o nouă practică a unor Autorități Contractante, care consideră că dacă un antreprenor general a folosit subantreprenori în cadrul unui contract, atunci **părțile din lucrare executate de aceștia se vor „șterge” din experiența totală dobândită de antreprenor în cadrul proiectului respectiv și se**

transferă subantreprenorilor. Deoarece legislația actuală nu conține o reglementare a acestei situații, interpretarea rămâne în sarcina CNSC / Curților de Apel care, la rândul lor, interpretează după propria înțelegere diverse alte acte legislative, încercând să ajungă la o soluție care în majoritatea cazurilor nu are o susținere bazată pe constrângerile contractuale pentru care un antreprenor general este responsabil pe parcursul desfășurării unui contract.

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

Dat fiind faptul că subantrepriza nu e interzisă nici de legislația din România, nu înțelegem care este motivul pentru care antreprenorii generali sunt practic sancționați pentru folosirea subantreprenorilor. Practica (licitații organizate de BERD, Banca Mondială, KFW, ADB, UE prin fonduri IPA, etc.) din altă țări arată că, în toate situațiile experiența dobândită în cadrul unui contract aparține în totalitate antreprenorului general indiferent de numărul de subantreprenori folosiți pe parcursul desfășurării lucrărilor.

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

Aceste aspecte trebuie reglementate în mod coerent în noua legislație pentru a se evita din start declanșarea unor corecții / proceduri de infringement, ceea ce va însemna, din nou, pierderea unor sume importante de bani pentru România. În lipsa unei reglementări clare, antreprenorii generali vor încerca să găsească diverse tertipuri pentru remedierea situației, astfel unele vor fi:

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

Propunerea noastră este introducerea în mod clar și „neinterpretabil” a unor prevederi care să exprime faptul că întreaga experiență dobândită prin executarea unui contract aparține operatorului economic căruia i-a fost atribuit acel contract, irelevant de modalitatea de derulare a lucrărilor (cu sau fără subantreprenori). Autoritatea contractantă poate confirma faptul că acesta a folosit subantreprenori și dacă este cazul îi poate numi și poate detalia care părți din lucrare au fost executate de aceștia, subantreprenorii urmând să beneficieze la rândul lor de

referințe pentru lucrările efectiv executate, dar fără a impieta asupra referinței antreprenorului general care a dus la bun sfârșit lucrările contractate, spre satisfacția autorității contractante.

Ca o concluzie, salutăm cu cea mai mare deschidere inițiativa actuală privind modificarea Legii Achizițiilor Publice, a Legii privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea CNSC precum și alinierea legislației românești la Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice. Apreciem și salutăm efortul mare depus în formularea documentelor transmise spre analiză. Este un pas important spre reglementarea acestui domeniu vital economiei românești. Totodată însă recomandăm parcurgerea cu atenție nu numai a poziției formulate de către entitatea noastră, ci și a tuturor celor care și-au exprimat sau își vor exprima părerea, mai ales a celor care reprezintă părți direct implicate în domeniul achizițiilor publice fie ca și Contractant sau Autoritate contractantă, aceștia având cea mai mare experiență, raportată la cele ce se intenționează a se reglementa. Fondul trebuie să prevaleze formei și birocrăției și nu invers.

În speranța luării în considerare a celor expuse de noi mai sus, prezentăm de asemenea tabelar obiecții de o importanță secundară de fond și de formă, privind Legea Achizițiilor Publice (Tabel 1) și Legea privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea CNSC (Tabel 2).

Grupul de lucru, prin reprezentanții și membrii săi, vă mulțumește pentru timpul acordat și este bineînțeles deschis oricăror forme de colaborare pe care le considerați benefice în vederea îmbunătățirii legislației achizițiilor publice din România. Vă stăm oricând la dispoziție pentru o consultare sau discuție directă vis-a-vis de opinia formulată, așa cum am mai arătat și cu alte ocazii.

Cu deosebită considerație,

Camera de Comerț și Industrie Româno – Germană

Grupul de lucru „Practica în achizițiile publice”



Sebastian Metz

Director General, Membru în Consiliul Director
Camera de Comerț și Industrie Româno-Germană



Lorand Fabian

Coordonator
Grup de lucru