

ULTIMELE MODIFICĂRI DIN LEGISLAȚIA ACHIZIȚIILOR PUBLICE: CARE SUNT ACESTEA ȘI LA CE NE PUTEM AȘTEPTA ÎN CONTINUARE

OUG 34/2006¹ a fost modificată recent prin Legea nr. 279/07.12.2011, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 872 din 09.12.2011, modificările intrând astfel în vigoare în termen de 3 zile de la data publicării, în 12.12.2011.

Modificările și completările efectuate sunt menite să faciliteze nu numai interpretarea anumitor dispoziții din legislație, dar și desfășurarea propriu-zisă a procedurilor de atribuire, și așa împovărate de multitudinea de contestații formulate de ofertanții nemulțumiți. Cu toate acestea, după cum vom arăta în continuare, sunt anumite modificări care pot complica și mai rău procedurile de atribuire prin pronunțarea de către instanțele judecătorești competente a unor decizii contradictorii.

ACHIZIȚII DIRECTE VS. CERERE DE OFERTĂ VS. LICITAȚIE PUBLICĂ DESCHISĂ SAU RESTRÂNSĂ

Până la recenta modificare, autoritățile contractante aveau dreptul să achiziționeze direct produse/servicii/lucrări atunci când valoarea acestora nu depășea echivalentul în Lei a 15.000 Euro. Pentru tot ce depășea 15.000 Euro, autoritățile contractante puteau alege aplicarea uneia din procedurile de atribuire prevăzute de OUG 34/2006 (licitație deschisă, licitație restrânsă, cerere de ofertă, negociere cu/fără publicarea unui anunț prealabil de participare, dialog competitiv), desigur cu respectarea cerințelor exprese ale legii pentru fiecare din aceste proceduri. Regula era oricum folosirea licitației deschise sau restrânse.

În prezent, autoritățile contractante vor fi obligate să achiziționeze direct produse/servicii/lucrări atunci când valoarea acestora este sub 15.000 Euro, documentul justificativ pentru astfel de achiziții directe putând fi chiar factura fiscală (nu se mai solicită încheierea în mod obligatoriu a unui contract, așa cum era în reglementarea anterioară!).

În cazul în care valoarea produselor/serviciilor/lucrărilor ce trebuie achiziționate depășește 15.000 Euro dar este sub pragul de 125.000 Euro la produse și servicii și sub pragul de 4.845.000 Euro la lucrări, autoritățile contractante vor fi obligate să aplice procedura cererii de oferte. Singurele excepții sunt cazurile negocierii cu/fără publicarea unui anunț de participare și dialogului competitiv, evident când cerințele legii permit aplicarea unor astfel de proceduri de atribuire.

Atunci când valoarea estimată a produselor/serviciilor depășește pragul de 125.000 Euro, iar cea a lucrărilor pragul de 4.845.000 Euro, autoritățile contractante vor fi obligate să aplice procedurile de licitație deschisă sau restrânsă.

INTERVENȚIA ANRMAP² ÎN ANALIZA CONFORMITĂȚII DOCUMENTAȚIEI DE ATRIBUIRE CU PREVEDERILE LEGISLAȚIEI

¹ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de servicii

² Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice

Începând cu 23.09.2011 urmare a intrării în vigoare a Hotărârii de Guvern nr. 801/2011³, rolul ANRMAP a crescut foarte mult, aceasta având obligația verificării, înainte de publicarea pe SEAP⁴ a anunțurilor/invitațiilor de participare, a documentațiilor de atribuire, pentru a se asigura conformitatea acestora cu cerințele legale.

Prin Legea 279/2011 această obligație a ANRMAP de verificare a documentațiilor de atribuire în termen de maximum 14 zile a fost inclusă și în OUG 34/2006.

Ceea ce este foarte important de menționat în legătură cu această modificare este că, intervenția ANRMAP în verificarea conformității documentațiilor de atribuire cu legislația achizițiilor publice nu înlătură dreptul persoanelor ce se consideră vătămate în drepturile lor de anumite cerințe ale documentației de atribuire de a formula contestații în fața CNSC⁵ și de a solicita obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere.

OBLIGATIVITATEA SOLICITĂRII CONSTITUIRII UNEI GARANȚII DE PARTICIPARE

Dacă până acum autoritățile contractante erau obligate să solicite ofertanților constituirea unei garanții de participare în cadrul tuturor procedurilor de atribuire, în prezent, urmare a ultimelor modificări, apare obligația pentru autoritățile contractante de a solicita ofertanților constituirea unei garanții de participare doar în cazul acelor proceduri de atribuire când este obligatorie publicarea prealabilă a unui anunț/a unei invitații de participare.

UN OFERTANT ÎNTR-O PROCEDURĂ DE ATRIBUIRE NU POATE FI TERȚ SUSȚINĂTOR PENTRU ALT OFERTANT DIN ACEEAȘI PROCEDURĂ DE ATRIBUIRE

Unui ofertant într-o procedură de atribuire îi era interzis până acum să participe la aceeași procedură cu două oferte (concurente), dar și să fie subcontractant pentru un alt ofertant în cadrul aceleiași proceduri, sancțiunea fiind excluderea ambelor oferte în primul caz și excluderea uneia din participări, în cel de-al doilea.

Legea 279/2011 adaugă un al treilea caz: ofertantul participant la o procedură de atribuire nu poate fi terț susținător pentru un alt ofertant participant la aceeași procedură de atribuire. Sancțiunea este excluderea fie a ofertei individuale, fie a ofertei în care este terț susținător.

NEGOCIEREA FĂRĂ PUBLICAREA PREALABILĂ DE ANUNȚ DE PARTICIPARE – VALOAREA SERVICIILOR/LUCRĂRILOR ADIȚIONALE ACHIZIȚIONATE NU POATE DEPĂȘI MAXIM 20% DIN VALOAREA CONTRACTULUI ÎNȚIAL

În reglementarea anterioară, în cazul achiziționării de servicii/lucrări adiționale de către autoritatea contractantă, pentru ca aceasta să poată aplica procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, pe lângă alte condiții, era necesar ca valoarea acestor servicii/lucrări adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial. În cazuri temeinic motivate, se putea aproba

³ HG 801/2011 privind modificarea și completarea HG nr. 525/2007 privind organizarea și funcționarea ANRMAP

⁴ Sistemul Electronic de Achiziții Publice

⁵ Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor – organismul administrativ-jurisdicțional investit cu soluționarea contestațiilor în cadrul procedurilor de atribuire

majorarea procentului până la limita maximă de 50% din valoarea contractului inițial, pe baza unei note justificative în care să fie precizate motivele care au condus la depășirea pragului de 20%.

În prezent, pragul maxim de 20% nu mai poate fi depășit nici măcar în cazuri temeinic motivate.

MODIFICAREA CRITERIILOR DE CALIFICARE ȘI SELECȚIE ȘI FACTORILOR DE EVALUARE

Dacă până acum se accepta ideea admisibilității modificării de către autoritatea contractantă a criteriilor de calificare și selecție pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire (până la momentul depunerii ofertelor) prin adoptarea unor măsuri de remediere (chiar dacă nu erau impuse de CNSC sau de instanța de judecată), în prezent orice modificare a criteriilor minime de calificare și selecție sau a factorilor de evaluare a ofertelor precizați în anunțul/invitația de participare sau în documentația de atribuire, dacă nu e dispusă de CNSC sau de instanța de judecată, conduce la anularea procedurii de atribuire.

CESIUNEA ÎN PROCEDURILE DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ

Dacă în reglementarea anterioară nu era prevăzută posibilitatea cesiunii drepturilor și obligațiilor din contractele de achiziție publică, doctrina și practica în domeniu au statuat în sensul admisibilității cesiunii de creanțe constând în sume de bani în astfel de contracte, cesiunea de obligații fiind interzisă.

Legea 279/2011 reglementează în mod expres că este permisă doar cesiunea creanțelor născute din contractele de achiziție publică, obligațiile născute rămânând în sarcina părților contractante, astfel cum au fost stipulate și asumate inițial.

ANULAREA PROCEDURILOR DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ

Art. 209 din OUG 34/2006 prevedea înainte dreptul unei autorități contractante de a anula o procedură de achiziție publică în anumite cazuri, însă modificările aduse prin Legea 279/2011 reglementează obligația unei autorități contractante de a anula procedura de atribuire în următoarele trei situații: (i) dacă au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme; (ii) dacă nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse oferte care nu pot fi comparate datorită modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/sau financiare; și (iii) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului.

Prin abateri grave se înțelege modificarea criteriilor de calificare și selecție, a criteriului de atribuire sau factorilor de evaluare prevăzuți în cadrul invitației/anunțului de participare, dar și constatarea de erori sau omisiuni pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire, fiind imposibilă adoptarea de măsuri corective care să nu conducă la încălcarea principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice.

Obligația de a anula procedura de achiziție publică există și în cazul în care o asemenea măsură este impusă de CNSC sau de către instanța de judecată.

OFERTAREA UNOR PRODUSE DIN ȚĂRI TERȚE UNIUNII EUROPENE

O altă noutate adusă de Legea 279/2011 este posibilitatea acordată autorităților contractante de a respinge din procedurile de achiziție publică având ca obiect contract de furnizare de produse acele

oferte în care proporția produselor originare din țări terțe Uniunii Europene depășește 50% din valoarea totală a produselor care constituie oferta, în condițiile în care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord cadru multilateral sau bilateral care să asigure accesul entităților comunitare la piețele țărilor terțe respective.

CNSC NU MAI POATE SUSPENDA SOLUȚIONAREA CONTESTAȚIILOR PRIVIND PROCEDURILE DE ATRIBUIRE

Conform ultimelor modificări ale OUG 34/2006, CNSC este obligat să soluționeze pe fond contestațiile, indiferent dacă există alte cauze pe rolul instanțelor de judecată referitoare la aceeași procedură de atribuire.

Anterior nu exista nicio reglementare în OUG 34/2006 care să permită sau nu suspendarea soluționării unei contestații de către CNSC în cazul în care pe rolul unei instanțe de judecată exista o cauză care influența semnificativ rezultatul în fața CNSC, evident legată de aceeași procedură de atribuire. Cu toate acestea, ținând cont de faptul că prevederile OUG 34/2006 se completează cu cele ale Codului de procedură civilă, la cererea contestatorului, CNSC a dispus în numeroase cazuri suspendarea soluționării contestațiilor până la pronunțarea unei decizii definitive și irevocabile de către instanțele de judecată investite cu soluționarea unor cauze privind aceeași procedură de atribuire.

Rațiunea suspendării s-a bazat pe evitarea situației când se ajunge la pronunțarea unor decizii contradictorii de către instanța de judecată, respectiv CNSC, și chiar evitarea situației când aceleași persoane (judecători/consilieri în soluționarea contestațiilor) se pronunță de două ori cu privire la aceleași situații deduse judecării, fapt strict interzis de dispozițiile Codului de procedură civilă.

Recenta modificare adusă OUG 34/2006 care obligă Consiliul să soluționeze contestațiile cu care este investit fără să mai țină cont de dosarele privind aceeași procedură pe rolul instanțelor de judecată, va crea cu siguranță situații în care Consiliul se va pronunța de două ori asupra legalității și temeiniciei unor acte administrative atacate și deciziile sale vor fi contradictorii cu cele ale instanțelor de judecată, situație care va conduce la conflicte și erori de interpretare suplimentare ce vor fi deduse judecării și pot întârzia finalizarea procedurilor de atribuire și încheierea contractelor.

ALTE MODIFICĂRI

Autoritățile contractante vor putea reține o anumită sumă din garanția de participare depusă de ofertanți (calculată conform prevederilor OUG 34/2006) numai în cazul în care contestația acestora este respinsă ca nefondată de CNSC.

Legea 279/2011 include și o nouă contravenție care poate fi constatată ca fiind săvârșită de autoritățile contractante, și anume nesolicitarea de către acestea a informațiilor necesare pentru evaluarea ofertelor cu preț neobișnuit de scăzut.

De o mare importanță este și modificarea termenului în care ANRMAP va putea aplica amenzi contravenționale autorităților contractante: 36 luni de la data săvârșirii faptei (în loc de 24 luni cât era anterior).