

NOTĂ CU PROPUNERI

la proiectul de lege pentru modificarea Legii nr. 74/2020 privind achizițiile în sectoarele energeticii, apei, transporturilor și serviciilor poștale

Documentul cu propuneri a fost elaborat în comun de către IDIS „Viitorul” și AGER

În primul rând, apreciem pozitiv faptul că unele recomandări, anterior prezentate de către societatea civilă, au fost luate în considerare și incluse în proiect. În acest sens, menționăm reglementarea atribuțiilor Agenției Achiziții Publice referitoare la sectorul achizițiilor de utilități, inclusiv stabilirea competențelor de monitorizare a procedurilor de achiziții sectoriale, instruirea și acordarea suportului metodologi, analiza statistică a achizițiilor sectoriale, elaborarea și publicarea rapoartelor privind achizițiile sectoriale.

În al doilea rând, analizând proiectul propus pentru consultări publice, tabelul de concordanță și tabelul comparativ (prevederile Legii 74/2020 și cele ale Directivei 25/2014), am formulat recomandări de îmbunătățire sau de clarificare ale normelor vagi, incomplete și care, prin urmare, pot genera discreție, transparență redusă și riscuri de fraudă și corupție.

Prevedere proiect	Comentariu / Propunere
Art. 1 (5) Guvernul, o dată la doi ani, evaluează necesitatea ajustării pragurilor prevăzute la alin. (1) și, după caz, propune parlamentului revizuirea lor.	Această prevedere are caracter exclusiv de recomandare, nu de normă. Eficacitatea acesteia este nulă.
Art. 6. Achiziții mixte care cuprind aceeași activitate	Există neconcordanțe și contradicții între prevederile alin. (3), (4) și (5), care se referă la situația în care se atribuie un singur contract mixt cu elemente de achiziție conform Legii 74, cât și altor legi. La alin. (3) se spune că în cazul în care se atribuie un singur contract, care conține atât elemente de achiziție conform legii 74, cât și elemente de achiziție conform

altor legi, se aplică legea 74, indiferent de valoarea părților care ar fi în mod normal supuse unui alt act normativ. La alin. (4) se spune că în cazul în care contractul conține atât elemente din legea 74, cât și elemente de concesiuni, se aplică legea 74 numai în cazul în care valoarea părții din contract care reprezintă achiziția sectorială este egală sau depășește pragurile prevăzute la art. 1.

Abordarea de la alin. (4). Legea cu privire la concesiuni prevede necesitatea elaborării unui studiu de fezabilitate pentru propunerile de concesiune, din care să reiasă inclusiv că nu este mai rațional să se aplice o procedură de achiziție. Deci prioritar ar fi aplicarea unei proceduri de achiziție față de procedura de concesiune, pentru a nu denatura concurența. Din alin. (4) pare să se dea prioritate unei proceduri de concesiune, deși în alin. (3) se acordă prioritate legii 74. Nu este oportun să fie prevăzut expres faptul că se aplică Legea 74 exclusiv în cazul în care valoarea depășește pragurile de la art. 1. De fapt, ar trebui să se încurajeze aplicarea legii 74 chiar și atunci când pragurile sunt mai mici.

La alin. (5) se face, la fel, referire la achiziții cu elemente din legea 74, cât și la achiziții conform altor acte normative și se prevede că se aplică actul normativ pentru obiectul principal de activitate.

Astfel, e dificil să se facă distincție între actele normative care ar putea fi aplicabile unei situații concrete.

Art. 6/1. Achiziții mixte care cuprind mai multe activități

Acest articol aduce mai multă confuzie decât claritate. În primul rând, nu este clar cum facem distincția dintre „aceeași activitate” și „mai multe activități”, ca să știm ce articol va fi aplicabil. În al doilea rând, ar putea cauza abuzuri atunci când o EC va include la pachet mai multe activități, pentru a face aplicabilă o anumită lege, care ar oferi mai puțină transparență eventual, în mod artificial.

7. La articolul 9 la alineatul (1) litera b), după cuvintele „gazelor naturale” se completează cu cuvintele „în contextul obligației de serviciu public”.

Nu e clar ce înseamnă „în contextul obligației de serviciu public”. Norma trebuie să fie clară și expusă conform cerințelor de tehnică legislativă (art.54 din Legea nr.100/2017). Directiva 2014/25/UE utilizează expresii precum ”furnizează un serviciu public”. În cazul în care autorul dorește să preia sensul acestor prevederi din Directiva UE, urmează să ajusteze textul corespunzător (în mod special cu revizuirea ”în contextul obligației”).

8. Articolul 18 se modifică după cum urmează:

articolul se completează cu alineatele (2), (3) și (4) cu următorul cuprins:

„(2) Prezenta lege nu se aplică contractelor și concursurilor de soluții atribuite sau organizate conform procedurilor specifice a unei instituții financiare internaționale, în cazul în care contractele sau concursurile de soluție în cauză sunt finanțate integral de instituția respectivă.

(3) În cazul contractelor și concursurilor de soluții cofinanțate în cea mai mare parte de o instituție

Este majorată semnificativ marja achizițiilor pentru care nu se aplică Legea 74, în timp ce nu sunt incluse deloc prevederi pentru sporirea transparenței. Una dintre rațiunile aplicării Legii 74/2020 este încurajarea concurenței pentru obținerea unor prețuri mai mici pentru consumatorii finali, care sunt cetățenii.

Suplimentar, notăm că textul unei norme trebuie să fie clar și să nu permită interpretări diferite la aplicarea în practică. Este necesar de specificat procentul exact de cofinanțare și de evitat utilizarea expresiilor de tipul ”în cea mai mare parte”.

financiară internațională, părțile convin asupra procedurilor de atribuire aplicabile.	
Art. 23, 23/1, 23/2	În planul de acțiuni al Guvernului era indicat că urmează a fi adoptat un act normativ ce vizează achizițiile pentru apărare. Nu e clară distincția între contractele de achiziții cu aspecte de apărare și securitate prevăzute de prezenta lege și cele care vor fi reglementate de viitorul act normativ. Se prezumă că Legea 74 reglementează acele aspecte de apărare și securitate care au legătură cu domeniile reglementate de această lege, dar acest lucru nu este clar și va genera interpretări diferite și chiar abuzive.
Art. 23/2 (3) În cazul contractelor și concursurilor de soluții cofinanțate în cea mai mare parte de o instituție financiară internațională, părțile convin asupra procedurilor de atribuire aplicabile.	Textul unei norme trebuie să fie clar și să nu permită interpretări diferite la aplicarea în practică. Este necesar de specificat procentul exact de cofinanțare și de evitat utilizarea expresiilor de tipul ”în cea mai mare parte”.
Art. 23/3. Contracte încheiate între entități contractante	Pentru că acest articol vine în continuarea altor articole referitor la achizițiile cu aspecte de apărare și securitate, s-ar părea că și acesta se referă la aceste aspect. Totuși nu e așa, pentru că nu se face deloc referire la aspecte de securitate și apărare. Considerăm că ar trebui să fie mai multă claritate. Acest articol riscă să ducă la denaturarea concurenței. Deși probabil e justificat în multe situații ca o EC să încheie contracte cu alte EC, sau chiar alte persoane juridice, asta poate duce la favorizarea unor persoane juridice în detrimentul altora, deci ar putea exista un risc sporit de fraudă.

<p>Articolul 33 se completează cu alineatul (3) cu următorul cuprins:</p> <p>„(3) Guvernul are obligația să prezinte Parlamentului propuneri pentru a adapta codurile CPV menționate în prezenta lege, ori de câte ori modificările nomenclaturii CPV trebuie să se reflecte în prezenta lege și nu implică o modificare a domeniului de aplicare al prezentei legi.”</p>	Prevedere inutilă
<p>Articolul 49 se modifică după cum urmează:</p> <p>dispozițiile de la articolul 49 „Entitatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției sectoriale și de a-l păstra în decurs de 5 ani de la inițierea procedurii de achiziție sectorială.”, devin alineatul (1) al articolului menționat;</p>	Termenul de 5 ani este în mod insuficient, având în vedere că acordul cadru poate fi încheiat pe un termen de până la 8 ani, sau chiar și mai mult în cazuri excepționale. Considerăm că ar fi corect să fie stabilit un termen de 5 ani de la executarea contractului sau expirarea termenului de valabilitate a contractului. Termenul de 5 ani de la inițierea procedurii de achiziție nu asigură îndeplinirea scopului normei.
<p>Articolul 64 se completează cu alineatul (4¹) cu următorul cuprins:</p> <p>”(4¹) În cazul în care comunicarea unor informații prevăzute la alin. (1) și (4) privind atribuirea contractului de achiziții, încheierea acordului-cadru</p>	Această prevedere este una discreționară și poate genera interpretări abuzive și netransparență. Există riscul ca unele EC să utilizeze această norma formulată evaziv pentru a evita obligația de a comunica despre rezultatele unei proceduri de achiziție sectorială și, deci, de a asigura transparența procesului.

sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții se referă la secretul comercial sau secretul de stat, conform prevederilor Codului civil sau Legii nr. 245/2008 cu privire la secretul de stat ori ar putea aduce atingere concurenței loiale dintre operatorii economici conform prevederilor Legii concurenței nr. 183/2012, comunicarea acestor informații nu este obligatorie.”

Articolul 86 se completează cu alineatul (22) cu următorul cuprins:

”(22) În cazul în care comunicarea unor informații prevăzute la alin. (21) privind finalizarea concursului de soluții se referă la secretul comercial sau secretul de stat conform prevederilor Codului civil sau Legii nr. 245/2008 cu privire la secretul de stat ori ar putea aduce atingere concurenței loiale dintre operatorii economici conform prevederilor Legii concurenței nr. 183/2012, comunicarea acestor informații nu este obligatorie.”

Articolul 87¹. Agenția Achiziții Publice

Risc de abuz și de evitare a transparenței.

Considerăm că raportarea anuală privind achizițiile sectoriale este insuficientă, prin urmare se propune completarea acestei prevederi după cum urmează:

k) emite rapoarte anuale privind sistemul de achiziții sectoriale, în baza monitorizării și analizei statistice;	k) emite rapoarte semestriale și anuale privind sistemul de achiziții sectoriale, în baza monitorizării și analizei statistice;
Articolul 87 ¹ . Agenția Achiziții Publice	Se propune de completat cu următorul text: ”m) elaborează și actualizează anual lista entităților contractante, care reprezintă subiectul acestei legi”
Art. 67 Criteriile de selecție calitativă	Considerăm oportun de inclus următorului alineat: ”(5) Entitatea contractantă are obligația de a exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziții sectoriale orice ofertant sau candidat care este inclus în Lista de interdicție a operatorilor economic”

Suplimentar la propunerile de mai sus, considerăm că sunt și alte aspecte importante care nu au fost incluse în proiectul hotărârii Guvernului și necesită a fi reglementate:

Propuneri suplimentare	Comentariu
Instituirea obligației de desfășurare a achizițiilor sectoriale prin SIA RSAP	Sistemul MTender dezvoltat pentru achizițiile publice guvernate de Legea nr. 131/2015 oferă un nivel înalt de transparență și eficiență în desfășurarea achizițiilor. Deși acesta are mai multe lacune, actualmente, este unul dintre cele mai transparente sisteme de achiziții electronice, ce a contribuit în mod esențial la eficientizarea achizițiilor publice. Pledăm pentru faptul ca acest sistem să fie utilizat și pentru desfășurarea achizițiilor sectoriale guvernate de Legea nr. 74/2020. Aceasta în condițiile în care, sistemul poate fi utilizat și pentru achiziții sectoriale fără eforturi suplimentare, inclusiv financiare, ci doar anumite ajustări. Considerăm oportun doar de a obliga prin lege ca

	entitățile contractante să desfășoare achizițiile prin intermediul SIA RSAP (MTender) similar autorităților contractante.
<p>Aplicarea listei de interdicție în cadrul achizițiilor reglementate de Legea nr. 74/2020. Se propune includerea următorului articol:</p> <p>”Art. 74¹ Lista de interdicție a operatorilor economici</p> <p>(1) Lista de interdicție a operatorilor economici reprezintă un înscris oficial și este întocmită de către Agenția Achiziții Publice cu scopul de a limita, pe o perioadă de 3 ani, participarea operatorilor economici la procedurile de achiziție publică prevăzute de prezenta lege.</p> <p>(2) Lista de interdicție a operatorilor economici este întocmită, actualizată și întreținută în formă electronică de către Agenția Achiziții Publice conform regulamentului aprobat de Guvern.”</p>	<p>În acest moment, nu este clar dacă un operator economic din lista de interdicție poate participa la achizițiile sectoriale și nici dacă, pentru încălcări în cadrul achizițiilor sectoriale, operatorul economic este pasibil de a fi inclus în lista de interdicție. Dacă un operator economic a comis o încălcare legată de o achiziție guvernată de Legea nr. 131/2015, spre exemplu a prezentat un act fals, este clar că necesitatea de sancționare nu trebuie să fie limitată doar la achizițiile reglementate de Legea nr. 131/2015.</p>
Reglementarea modului de planificare a achizițiilor sectoriale	Din informațiile comunicate de către unele entități contractante, adoptarea Legii 74/2020 a provocat confuzie referitor la faptul dacă, în virtutea noilor reglementări, entitățile contractante ar fi obligate să organizeze planificarea achizițiilor anual, similar Legii 131/2015. Deși acest lucru nu a fost expres prevăzut în lege, este necesară clarificarea acestui aspect.
Temeiurile exprese pentru anularea procedurilor de achiziție sectorială	Lipsa acestei reglementări la moment oferă entităților contractante o discreție nelimitată în anularea achizițiilor sectoriale. Este riscul ca entitățile

	<p>contractante să anuleze achizițiile ori de cît ori nu doresc să atribuie contractul operatorului economic clasat pe primul loc.</p> <p>Similar Legii nr. 131/2015 (art. 71), este necesară o listă exhaustivă cu temeiuri pentru anularea achiziției, astfel încât entitatea contractantă să poată anula achiziția doar la incidența respectivelor temeiuri.</p>
Amendarea/modificarea contractelor	<p>În versiunea actuală a Legii nr. 74/2020 lipsesc reglementări cu privire la ajustarea sau modificarea contractelor. Acestea sunt necesare pentru a impune reguli clare și uniforme în această privință. În caz contrar, entitățile contractante au discreția nelimitată în modificarea contractelor.</p> <p>Ajustarea/modificarea contractelor este un mecanism absolut necesar în special la achizițiile de lucrări, unde la etapa de executare de multe ori pot apărea noi circumstanțe ce impun necesitate de ajustare a devizului. O altă situație este în cazul contractelor multianuale, atunci cînd este necesară ajustarea valorii contractelor din cauza inflației sau schimbarea prețurilor la componentele prețului de cost.</p>
Necesitatea DUAЕ-ului	<p>DUAЕ-ul în cadrul achizițiilor publice reglementate de Legea nr. 131/2015 permite admiterea ofertelor atunci cînd nu a fost prezentate unele documente justificative (cum ar fi situațiile financiare, extrasul din registrul de stat al persoanelor juridice și altele). În locul acestor documente se solicită DUAЕ-ul și chiar dacă se solicită separat și documentele justificative, lipsa lor nu permite descalificarea unei oferte, iar autoritatea contractantă este obligată să solicite clarificări la acest aspect. Acest mecanism nu permite descalificarea ofertelor din</p>

	<p> motive formale cum ar fi lipsa situațiilor financiare, care nu afectează oferta depusă.</p> <p>În lipsa DUAE-ului, în cadrul achizițiilor sectoriale guvernate de Legea nr. 74/2020, cerințele de calificare devin mult mai rigide și un operator economic este pasibil de a fi descalificat chiar și în lipsa unui document justificativ, precum situația financiară.</p> <p>Includerea prevederilor care ar impune utilizarea DUAE-ului ar simplifica procedura de pregătire a documentelor pentru ofertanți, care în loc de zeci de documente justificative ar pune doar DUAE-ul. Or, după cum indică și ANSC, DUAE-ul este “un instrument pentru facilitarea participării operatorilor economici la procedurile de achiziții publice”</p>
Reducerea termenelor de desfășurare a achizițiilor sectoriale	Legea nr. 74/2020 urmează să ofere o mai mare flexibilitate în stabilirea termenelor de desfășurare a achizițiilor sectoriale. Dacă achizițiile sectoriale vor fi efectuate prin SIA RSAP (MTender), care permite notificarea în timp real a operatorilor economici despre procedurile de achiziție lansate pe domeniul lor de activitate, nu va mai fi necesar un termen lung pentru pregătirea și depunerea ofertelor. Procesul de pregătire a ofertelor, în special în cazul achizițiilor de o simplitate redusă nu consumă mult timp, iar dacă entitatea contractantă publică și modele de formulare este nevoie de și mai puțin timp.