

Modificările aduse legii achizițiilor sectoriale prin OUG nr. 114/2020

In Monitorul Oficial nr 614 din data de 13 iulie 2020 a fost publicata Ordonanta de urgenta a Guvernului nr 114/2020 pentru modificarea si completarea unor acte normative cu impact in domeniul achizitiilor publice (OUG nr 114/2020).

Modificările vizează o serie de acte normative primare din domeniul achizițiilor publice și sectoriale, precum și al concesiunilor, inclusiv Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (Legea nr. 99/2016).

OUG nr. 114/2020 reia într-o formă identică sau similară o parte din modificările introduse prin OUG nr. 23/2020, declarată neconstituțională, pe care de altfel o și abroga.

Elementele de noutate din Legea nr. 99/2016 vizează aspecte precum:

- mecanismul informatic pentru proceduri simplificate;
- confidentialitatea informațiilor din oferte;
- procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și a altor servicii specifice;
- procedura simplificată;
- motivele de excludere a candidaților/ofertanților;
- evaluarea ofertelor și întocmirea raportului procedurii;
- modificarea contractelor de achiziție sectorială;
- angajarea de experți.

MECANISMUL INFORMATIC PENTRU PROCEDURI SIMPLIFICATE

OUG nr. 114/2020 introduce definiția mecanismului informatic pentru proceduri simplificate. Acesta reprezintă facilitatea tehnică implementată în SEAP pentru derularea procedurilor simplificate și constă în acordarea accesului entitatilor contractante concomitent la toate documentele depuse de ofertanți în SEAP.

Entitățile contractante trebuie să aplice mecanismul informatic pentru proceduri simplificate cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții sectoriale.

Autoritatea pentru Digitalizarea României avea obligația de a asigura operationalizarea și utilizarea acestui mecanism în termen de 120 de zile de la intrarea în vigoare a OUG nr. 114/2020 (însă mecanismul nu a devenit încă operational).

CONFIDENTIALITATEA INFORMAȚIILOR DIN OFERTE

Similar OUG nr. 23/2020, noile dispoziții prevăd expres ca informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentările/justificările de pret/cost transmise de operatorii economici trebuie să fie nu doar indicate, ci și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale.

Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau ca fiind protejate de un drept de proprietate intelectuală. Dovada care le conferă caracterul de confidențialitate devine anexă la oferta. În caz contrar, entitatea contractantă nu are obligația de a nu dezvălui informațiile indicate de operatori ca fiind confidențiale.

Legiuitorul clarifică astfel importanța justificării și dovedirii caracterului confidențial al ofertelor sau al elementelor componente ale acestora, deoarece în practica operatorii economici nu justifică în mod corespunzător

caracterul confidential al informatiilor.

PROCEDURA DE ATRIBUIRE APLICABILA IN CAZUL SERVICIILOR SOCIALE SI A ALTOR SERVICII SPECIFICE

Spre deosebire de vechea reglementare, OUG nr. 114/2020 prevede ca procedura de atribuire aplicabila in cazul serviciilor sociale si a altor servicii specifice prevazute in Anexa nr. 2, indiferent de valoarea acestora, este o procedura proprie, entitatea contractanta avand obligatia respectarii principiilor aplicabile in materia achizitiilor sectoriale.

Anterior modificarii, procedura de atribuire aplicata in cazul serviciilor sociale si al altor servicii specifice era (i) fie una din procedurile de atribuire prevazute in lege (pentru valori estimate egale sau mai mari decat pragul valoric legal), (ii) fie procedura proprie (pentru valori estimate sub pragul legal). Se mentin obligatiile suplimentare privind publicarea anuntului de orientativ/anuntului privind existenta unui sistem de calificare care se publica in mod continuu si a anuntului de atribuire a contractului pentru achizitiile a caror valoare estimata este egala sau mai mare decat pragul valoric legal.

Criteriul de atribuire utilizat pentru atribuirea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru avand ca obiect servicii sociale si alte servicii specifice, cu o valoare estimata egala sau mai mare decat pragul valoric este cel mai bun raport calitate-pret sau cel mai bun raport calitate-cost.

Prin exceptie, entitatea contractanta are dreptul de a aplica procedura de negociere fara publicare prealabila pentru achizitia serviciilor sociale si a altor servicii specifice a caror valoare estimata este egala sau mai mare decat pragul valoric legal, in cazurile si conditiile expres prevazute de lege pentru aceasta procedura.

PROCEDURA SIMPLIFICATA

OUG nr. 114/2020 modifica vechea reglementare, stabilind obligatia, iar nu dreptul entitatilor contractante de a aplica procedura de atribuire simplificata pentru achizitiile sectoriale a caror valoare estimata este mai mica decat pragurile legale pentru publicarea unui anunt de participare/atribuire in JOUE.

Entitatile contractante vor aplica mecanismul informatic pentru proceduri simplificate, cu respectarea principiilor in materia achizitiilor sectoriale.

Se introduc totodata cu titlu de noutate doua reguli speciale aplicabile acestui tip de proceduri, cu privire la:

- documentele justificative DUAE – entitatea contractanta solicita ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informatiile cuprinse in DUAE numai dupa intocmirea clasamentului, stabilind un termen de 5 zile lucratoare pentru prezentarea acestor documente, cu posibilitatea de prelungire cu maximum 5 zile lucratoare, la solicitarea motivata a ofertantului respectiv;
- solicitarile de clarificari – in cazul procedurilor simplificate organizate pentru atribuirea contractelor din cadrul proiectelor de infrastructura finantate din fonduri europene, in situatia in care informatiile sau documentele prezentate de catre operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau in situatia in care lipsesc anumite documente, entitatea contractanta are dreptul de a solicita ofertantilor/candidatilor, de regula, cel mult de doua ori in cursul procesului de evaluare, clarificari/completari ale documentelor prezentate de acestia in cadrul ofertelor sau solicitarilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal si al transparentei; se instituie astfel o limitare de principiu a dreptului de a solicita clarificari ofertantilor/candidatilor.

EXCLUDEREA DIN PROCEDURA PENTRU NEPLATA TAXELOR SI IMPOZITELOR

OUG nr. 114/2020 reia dispozitiile introduse prin OUG nr. 23/2020, clarificand caracterul alternativ al celor doua cazuri de excludere prevazute de lege pentru incalcarea obligatiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat: (i) fie entitatile contractante au cunoscuta de incalcarea obligatiilor de plata, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotarare judecatoreasca/decizie administrativa cu caracter definitiv si obligatoriu, (ii) fie entitatile contractante pot demonstra prin orice mijloace adecvate incalcarea obligatiilor de plata de catre operatorul economic.

Totodata, este completat si primul caz de excludere in sensul in care un operator economic este exclus din procedura de atribuire si atunci cand hotararea judecatoreasca sau decizia administrativa prin care s-a stabilit incalcarea obligatiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat are caracter definitiv si obligatoriu si in conformitate cu legea statului membru al entitatii contractante, nu doar cu cea a statului in care respectivul operator economic este infiintat.

Ambele modificari par a fi operate pentru transpunerea corecta a prevederilor relevante din Directiva privind achizitiile sectoriale 2014/25/UE.

EXCLUDEREA OPERATORILOR CARE AU PARTICIPAT LA PREGATIREA PROCEDURII

Pentru a elimina situatiile artificiale de excludere de la o procedura de atribuire, se introduce obligatia imperativa pentru entitatile contractante de a oferi posibilitatea candidatilor/ofertantilor care au participat la pregatirea procedurii de atribuire de a demonstra ca implicarea lor in pregatirea acesteia nu poate denatura concurenta, inainte de a fi exclusi din procedura de atribuire.

Totodata, pentru a asigura mai multa transparenta, noile prevederi impun expres si obligatia entitatilor contractante de a justifica in raportul procedurii masurile adoptate pentru a preveni denaturarea concurentei in cadrul procedurii atunci cand la aceasta participa si candidati/ofertanti care au participat in orice mod la pregatirea procedurii de atribuire, inclusiv in cadrul procesului de consultare a pietei.

Prin aceste completari, sunt transpuse in mod complet in legislatia nationala prevederile relevante din Directiva privind achizitiile sectoriale 2014/25/UE.

MASURILE DE AUTOCORECTARE ADOPTATE DE OPERATORII ECONOMICI

OUG nr. 114/2020 introduce completari si in ceea ce priveste masurile adoptate pentru a-si demonstra credibilitatea de catre operatorii economici care se afla intr-una dintre situatiile de excludere stipulate la art. 177, 178 si 180 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, masurile prezentate de operatorii economici pentru demonstrarea credibilitatii vor fi evaluate de entitatea contractanta tinandu-se seama de gravitatea si circumstantele particulare ale infractiunii sau abaterii, iar daca masurile prezentate sunt considerate insuficiente de catre entitatea contractanta, aceasta are obligatia de a transmite operatorului economic o expunere a motivelor deciziei de excludere.

Si aceste completari urmaresc transpunerea in mod complet in legislatia nationala a prevederilor relevante din Directiva privind achizitiile sectoriale 2014/25/UE.

ATRIBUIREA CONTRACTELOR/ACORDURILOR-CADRU

Spre deosebire de vechea reglementare, ce prevedea dreptul entitatii contractante de a declara castigatoare oferta clasata pe locul urmator daca nu putea fi incheiat contractul cu ofertantul a carui oferta a fost stabilita castigatoare, din cauza faptului ca ofertantul in cauza se afla intr-o situatie de forta majora sau in imposibilitatea fortuita de a

executa contractul, sub noua reglementare, entitatea contractanta are o obligatie in acest sens.

EVALUAREA OFERTELOR SI INTOCMIREA RAPORTULUI PROCEDURII

Pentru a urgenta procesul de achizitie sectoriala si pentru eliminarea blocajelor cu caracter subiectiv, OUG nr. 114/2020 impune din nou termene fixe de evaluare a ofertelor, detaliate pe tipuri de proceduri. Daca, intr-o prima etapa, Legea nr. 99/2016 prevedea un termen de evaluare de maxim 25 de zile de la data limita de depunere a ofertelor, incepand cu luna decembrie 2017 singurul termen prevazut pentru evaluarea ofertelor a ramas perioada de valabilitate a ofertelor stabilita prin documentele achizitiei (ambele termene putand fi prelungite in cazuri temeinic justificate).

Astfel, entitatea contractanta trebuie sa intocmeasca raportul procedurii intr-un termen care sa nu depaseasca:

- 60 de zile lucratoare, pentru procedurile de licitatie deschisa, licitatie restransa, parteneriat pentru inovare si concurs de solutii;
- 20 de zile lucratoare pentru procedura de negociere fara publicare prealabila si procedura simplificata, de la data-limita de depunere a ofertelor;
- 100 de zile lucratoare pentru procedurile de negociere competitiva si dialog competitiv, de la data-limita de depunere a ofertelor.

Prin exceptie, in cazuri temeinic justificate si cu aprobarea conducatorului entitatii contractante, termenul de intocmire a raportului procedurii se poate prelungi o singura data, cu un termen ce nu poate depasi 80 de zile lucratoare, aducandu-se la cunostinta operatorilor economici implicati in procedura in termen de cel mult 2 zile lucratoare de la expirarea termenului initial de evaluare.

Raportul intermediar aferent procedurilor de licitatie restransa, negociere competitiva, dialog competitiv si parteneriat pentru inovare trebuie intocmit intr-un termen care sa nu depaseasca 20 de zile lucratoare de la data-limita de depunere a solicitarilor de participare.

In cazul in care ca urmare a unei solutii emise de CNSC/instanta de judecata, entitatea contractanta este obligata sa anuleze un act/sa emita un act/sa adopte masurile necesare restabilirii legalitatii, termenul in care entitatea contractanta duce la indeplinire decizia nu poate depasi 20 de zile lucratoare de la data comunicarii acesteia.

In plus, noile prevederi stipuleaza ca incalcarea de catre entitatile contractante a termenelor pentru intocmirea/refacerea raportului procedurii de atribuire constituie contraventie (sanctionabila cu amenda intre 5.000 lei si 30.000 lei).

OUG nr. 114/2020 prevede obligatia entitatilor contractante de a publica raportul intermediar si raportul procedurii in SEAP, semnate cu semnatura electronica calificata, in aceeasi zi cu transmiterea comunicarii privind rezultatul procedurii, fara referire la informatiile pe care operatorul economic le precizeaza si probeaza ca fiind confidentiale sau protejate de un drept de proprietate intelectuala.

ACCESUL LA DOSARUL ACHIZITIEI SECTORIALE

OUG nr. 114/2020 completeaza prevederile referitoare la accesul la dosarul achizitiei sectoriale, corelativ cu modificarile introduse privind obligativitatea demonstrarii caracterului confidential al informatiilor din oferte astfel declarate.

Se mentioneaza expres faptul ca autoritatea contractanta este obligata sa permita accesul neingradit al oricarui ofertant/candidat si la informatiile din cadrul propunerilor tehnice si/sau la fundamentarile/justificarile de pret/cost

care nu au fost declarate si probate de catre ofertanti ca fiind confidentiale.

MODIFICAREA CONTRACTELOR DE ACHIZITIE SECTORIALA

OUG nr. 114/2020 aduce clarificari cazurilor de modificare a contractelor de achizitie sectoriala de la art. 240 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Similar OUG nr. 23/2020, noua reglementare defineste notiunea de modificare substantiala a unui contract de achizitie publica/acord-cadru in sensul art. 240 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, drept modificarea prin care contractul/acordul-cadru prezinta caracteristici ce difera in mod substantial fata de cele cuprinse in documentul initial. Raman, totodata, aplicabile pentru verificarea caracterului substantial al unei modificari cele patru conditii reglementate de la bun inceput de Legea nr. 99/2016, astfel cum au fost acestea consacrate prin cauza Pressetext. Se completeaza astfel definitia notiunii de modificare substantiala a unui contract de achizitie sectoriala/acord-cadru, prin transpunerea completa a definitiei din Directiva privind achizitiile sectoriale 2014/25/UE.

OUG nr. 114/2020 clarifica faptul ca nu este necesara verificarea indeplinirii conditiilor prevazute pentru modificarea substantiala in cazul de modificare a contractului de la art. 240 alin. (3) lit. a)-d), respectiv atunci cand valoarea modificarii este mai mica de 10% sau 15% din pretul contractului initial. Cazul de modificare este astfel pus in concordanta cu prevederile Directivei 25/2014.

Noua reglementare prevede totodata obligatia entitatilor contractante de a publica in sectiunea dedicata din SEAP toate modificarile aduse contractelor de achizitie sectoriala/acordurilor-cadru, astfel incat sa rezulte durata si pretul final la finalizarea sau incetarea acestora. Se precizeaza ca prin normele metodologice de aplicare a legii vor fi stabilite conditiile de publicare a modificarilor contractuale.

ANGAJAREA DE EXPERTI

Cu titlu de noutate se prevede ca in perioada derularii proceselor de achizitii ale contractelor din cadrul proiectelor de infrastructura finantate din fonduri europene, entitatile contractante pot angaja experti, pe perioada determinata, cu contract individual de munca, in afara organigramei aprobate potrivit legii, pana la cel mult 30% din numarul membrilor comisiei de evaluare, pentru a asigura buna desfasurare a acestora. Expertii angajati trebuie sa detina calificare de experti in achizitii publice sau pot fi persoane cu calificare si experienta relevante in domeniul obiectului achizitiei.

DISPOZITII TRANZITORII

Procedurile de atribuire in curs de desfasurare la data intrarii in vigoare a OUG nr. 114/2020 raman supuse legislatiei in vigoare la data initierii acestora.

Prin procedura de atribuire in curs de desfasurare se intelege orice procedura pentru care s-a transmis un anunt de participare, un anunt de participare simplificat, sau, dupa caz, o invitatie de participare pana la data intrarii in vigoare a OUG nr. 114/2020.

Varianta actualizata a Legii nr. 99/2016 poate fi consultata aici:

<https://www.avocat-achizitii-publice.ro/legislatie-achizitii-publice/legea-nr-992016/>