

Bariere pentru IMM-uri în licitațiile publice. Soluții – divizarea pe loturi, apelarea la subcontractanți și terți susținători



Filip & Company Business Law

În contextul PNRR, observăm o tendință accentuată de legiferare în zona achizițiilor publice, fie ca discutăm despre modificarea legislației principale¹, fie de elaborarea unor ghiduri particulare al caror scop este încurajarea concurenței și a operatorilor mici de a participa la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică².

Lotizarea contractelor

Deși lotizarea reprezintă o posibilitate pe care autoritățile/entitățile contractante o au la dispoziție pentru a sprijini întreprinderile mici și mijlocii (denumite în continuare „IMM-uri”) și care aduce o serie de avantaje (e.g. concurența sporită, reduce riscul creării unei poziții dominante pe piață), autoritățile/entitățile contractante nu sunt obligate să folosească lotizarea dacă justifică decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Impactul unei asemenea decizii se resfrânge atât asupra potențialilor operatori interesați (devenind dificilă participarea la proceduri pentru operatorii economici de mici dimensiuni sau pentru operatorii economici care sunt noi pe piață), cât și asupra produselor, serviciilor sau lucrărilor achiziționate de către autoritățile/entitățile contractante – acestea vor avea **acces limitat la soluțiile integrate inovative** pe care anumite IMM-uri le-ar putea oferi în cadrul licitațiilor publice.

Subcontractanții și terții susținători

Chiar și așa, legislația specifică în materie de achiziții publice oferă câteva instrumente separate prin care IMM-urile pot să-și crească șansele de a le fi atribuite contractele de achiziție publică, depășind astfel „bariera” contractelor complexe, neîmpărțite pe loturi.

Astfel, operatorii economici pot participa la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică în calitate de ofertant individual, ofertant asociat sau bazându-se pe susținerea subcontractanților și a terților susținători, atâta timp cât respecta condițiile prealabile impuse de art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016. Aceste limitări, justificate pe criterii de reciprocitate, vizează participarea unor operatori economici din state precum Rusia sau China. Restricția se aplică deopotrivă ofertanților individuali, asocierilor de ofertanți, dar și terților susținători și subcontractanților.

În rest, operatorii economici care participă la procedurile de atribuire se pot folosi cu succes de alte entități pentru executarea unor părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor solicitate – aceste societăți sunt cunoscute drept

subcontractanți.

Această variantă de participare prezintă o serie de avantaje atât pentru subcontractanți (care pot cere plata directă de la autoritatea/entitatea contractantă dacă și-au exprimat opțiunea în acest sens și pot folosi experiența relevantă în alte proceduri viitoare), cât și pentru operatorul economic principal, care nu ar fi putut executa în întregime contractul în lipsa sprijinului acordat de subcontractanți. Totodată, dat fiind că este posibilă înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți și după atribuirea contractului (dacă nominalizarea nu duce la o modificare substanțială), eventualele probleme cu subcontractanții inițiali pot fi depășite fără ca autoritatea/entitatea contractantă să reia procedura.

Separat de subcontractanți, operatorii economici se pot folosi și de sprijinul unor **terți susținători** în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională.

În aceste condiții, participarea unor operatori economici mici sau chiar noi pe piața la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică devine o realitate, beneficiile pentru autoritățile contractante și pentru destinatarul final al produselor/serviciilor/lucrarilor respective putând fi majore.

Deși noțiunile de subcontractant și terț susținător nu sunt noi, există o serie de dificultăți practice și confuzii care (încă) planează asupra lor și determină litigii multiple cu autoritățile contractante sau chiar alți operatori economici implicați în aceeași procedură.

Dificultăți practice

Principala problemă derivă din suprapunerea celor două noțiuni și necesitatea de a depune sau nu anumite documente obligatorii odată cu oferta. În acest sens, este esențial de reținut că atunci când autoritatea contractantă ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contract, subcontractantul **devine și terț susținător**.

Din perspectiva elementelor de diferențiere, trebuie reținut că ofertanții nu se pot baza pe terți susținători în ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale, ci doar pe subcontractanți (dar și în acest ultimul caz, nu pentru 100% din contract).

Consecințele ce decurg din suprapunerea celor două noțiuni sunt următoarele:

(i) Acordul de subcontractare devine și angajament ferm – așadar, **este greșită respingerea unei oferte pentru lipsa angajamentului ferm** dacă subcontractantul va fi și terț susținător. Soluția a fost confirmată de CNSC și instanțele naționale.

(ii) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educationale și profesionale sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura **efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări** (devine și subcontractant), *caz în care*

• operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare **pentru a avea acces în orice moment la resursele respective**, prezentând un angajament în acest sens (i.e., *angajamentul ferm privind susținerea terțului susținător*);

• comisiile de evaluare trebuie să analizeze realitatea și concluziile sprijinului dat de terț, iar dacă devine clar că experiența și cunoștințele terțului susținător nu pot fi puse la dispoziția ofertantului fără participarea

personală, efectivă, **oferta va fi respinsă.**

•€€€€€€€€€€ dacă odată cu DUAE³, terțul susținător nu depune separat și angajamentul de susținere (deși din DUAE rezultă angajamentul ferm), practica judiciară a stabilit că este excesivă respingerea ofertei ca inacceptabilă, fără să i se solicite ofertantului în mod expres depunerea angajamentului ferm. Așadar, o contestație în acest sens va duce la anularea procesului-verbal de evaluare a ofertelor de la etapa verificării formularelor DUAE.

O a doua problemă vizează distincția dintre experiența profesională relevantă și experiența similară. În prezent, există două opinii conturate la nivelul instanțelor de judecată: (1) există instanțe care pun semnul egalității între cele două noțiuni și (2) instanțe care consideră că experiența similară este o noțiune diferită de experiența profesională relevantă, cea din urmă vizând numai calitatea personalului și a experților implicați în proiect.

În prima opinie, instanțele consideră că *experiența similară* reprezintă o cerință care nu ar putea să fie „transmisă” de către ofertanți, astfel că ofertantul care apelează la un tert pentru a proba îndeplinirea cerinței experienței similare, nu s-ar putea prevala de respectivele capacități decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.

În a doua opinie, instanțele consideră că cele două noțiuni nu se confundă, *experiența similară* fiind asociată cu totalitatea cunoștințelor în implementarea/realizarea unui contract sau a unor activități similare, în timp ce *experiența profesională relevantă* are în vedere doar personalul și experții-cheie alocați executării contractului în cauză (e.g., în cazul acelor servicii de tipul celor intelectuale: consultanță, arhitectură, verificarea de proiecte, etc.). Instanțele care îmbrățișează această opinie consideră că exemplificarea acelor lucrări la care terțul a participat în mod efectiv și concret și garantarea accesului la acesta (prin angajamentul ferm) sunt suficiente, fiind demonstrate condițiile de participare ale terțului și scopul urmărit de legiuitor prin instituția terțului susținător. A doua opinie are efecte semnificative **în păstrarea unui număr ridicat de competitori.**

În contextul *Cauzei C-324/14 Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, Hotărârea din 7 aprilie 2016*, ne păstrăm rezervele față de cea de-a doua interpretare. Cu toate acestea, în lipsa unei hotărâri care să interpreteze unitar sensul noțiunii de la art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ne așteptăm ca instanțele judecătorești să soluționeze în continuare diferit astfel de dispute.

1. Cele mai recente modificări au fost aduse prin Ordonanța Guvernului nr. 3/2021 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice, fiind așteptate și alte modificări în perioada imediat următoare.

2. Proiectul de Ghid elaborat de Consiliul Concurenței prin lotizarea în cadrul procedurilor de achiziție publică este disponibil la adresa web: <http://www.consiliulconcurenței.ro/wp-content/uploads/2021/12/Ghid-Lotizare-dec-2021-1.pdf?fbclid=IwAR1poLQ5GyNn901fkXodJ3yKJazGAdIvBFwxJMkE6L.Svo5hm04VsdXT4jY>.

3. Document Unic de Achiziție European.

