

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 piața), 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 piața), 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.

Aceasta varianta de participare prezinta o serie de avantaje atât pentru subcontractanți (care pot cere plata directa de la autoritatea/entitatea contractanta daca și-au exprimat opțiunea în acest sens și pot folosi experiența relevanta 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. Totodata, dat fiind ca este posibila înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți și dupa atribuirea contractului (daca nominalizarea nu duce la o modificare substanțiala), eventualele probleme cu subcontractanții inițiali pot fi depășite fara ca autoritatea/entitatea contractanta sa reia procedura.

Separat de subcontractanți, operatorii economici se pot folosi și de sprijinul unor **terți susținatori** în ceea ce priveste îndeplinirea criteriilor referitoare la situatia economica si financiara si/sau a criteriilor privind capacitatea tehnica si profesionala.

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

Deși noțiunile de subcontractant și terț susținător nu sunt noi, exista o serie de dificultăți practice și confuzii care (încă) planeaza asupra lor și determina litigii multiple cu autoritațile contractante sau chiar alți operatori economici implicați în aceeași procedura.

Dificultăți practice

Principala problema deriva din suprapunerea celor doua noțiuni și necesitatea de a depune sau nu anumite documente obligatorii odata cu oferta. În acest sens, este esențial de reținut ca atunci când autoritatea contractanta ia în considerare capacitatea tehnica și profesionala a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contract, subcontractantul **devine și terț susținător**.

Din perspectiva elementelor de diferențiere, trebuie reținut ca ofertanții nu se pot baza pe terți susținatori 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 doua noțiuni sunt urmatoarele:

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

(ii) În ceea ce priveste îndeplinirea criteriilor referitoare la calificarile educationale si profesionale sau la experienta profesionala relevanta, operatorul economic poate sa se bazeze pe capacitatea tertului sustinator doar atunci când acesta va desfasura **efectiv lucrarile sau serviciile în legatura cu care sunt necesare respectivele calificari** (devine și subcontractant), *caz în care*

• operatorul economic are obligatia de a dovedi autoritatii contractante ca a luat toate masurile necesare **pentru a avea acces în orice moment la resursele respective**, prezentând un angajament în acest sens (i.e., *angajamentul ferm privind susținerea tertului susținător*);

• comisiile de evaluare trebuie sa analizeze realitatea și concludența sprijinului dat de terț, iar daca devine clar ca experiența și cunoștințele tertului susținător nu pot fi puse la dispoziția ofertantului fara 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 ca 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 cunostintelor 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=IwAR1poLQ5GyNn901fkfXodJ3yKJazGAdIvBFwxJMkE6L.Svo5hm04VsdXT4jY>.

3. Document Unic de Achiziție Europeană.

