

INSTRUCȚIUNI nr. 1 din 25 august 2015

emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din 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 concesiune de servicii

EMITENT

• **AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU REGLEMENTAREA ȘI MONITORIZAREA ACHIZIȚIILOR PUBLICE**

Publicat în **MONITORUL OFICIAL nr. 675 din 4 septembrie 2015**

Data intrării în vigoare 04-09-2015

Având în vedere:

- prevederile art. 186 și 190 din 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 concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin **Legea nr. 337/2006**, cu modificările și completările ulterioare;
- prevederile art. 11¹ și art. 95 alin. (1) din **Hotărârea Guvernului nr. 925/2006** pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din **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 concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare;
- jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (**Hotărârea din Cauza C-176/98 Holst Italia Spa - Comune Cagliari**, **Hotărârea Curții Europene de Justiție din Cauza C-94/12 - SWM Construzioni 2 Spa v. Provincia di Fermo**),

ținând cont de solicitări de emitere a unor îndrumări cu privire la modalitatea în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea susținerii acordate de către o altă persoană, precum și modul de interpretare și aplicare a legislației în materia achizițiilor publice privind obligația/obligațiile pe care le are un terț susținător,

în sensul unei abordări unitare în ceea ce privește situațiile în care devine incidentă aplicarea, în practică, a prevederilor legale menționate mai sus,

în temeiul art. 5 din **Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 74/2005** privind înființarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, aprobată cu modificări prin **Legea nr. 111/2006**, cu modificările ulterioare,

președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice emite următoarea instrucțiune:

Articolul 1

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada situației sale economice și financiare, precum și a capacității tehnice și/sau profesionale.

(2) În scopul demonstrării acestor capacități, ofertantul/candidatul poate fi susținut, în vederea îndeplinirii contractului, și de o altă persoană denumită terț susținător, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă.

(3) Într-o situație de fapt, capacitățile financiare/tehnice ale unui ofertant/candidat, așa cum sunt acestea prevăzute la art. 185 și 188 din **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 concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin **Legea nr. 337/2006**, cu modificările și completările ulterioare, presupun interacțiunea cu entități ce au calitatea de terță parte, deoarece asigură accesul respectivului ofertant/candidat la elemente cum ar fi resurse financiare/ tehnice, fără a fi în vreo relație cu autoritatea contractantă ce a impus cerințele de calificare în cauză, în cadrul procedurii de atribuire a unui contract de achiziție publică.

Exemplu:

Atunci când se impune o cerință de calificare referitoare la demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pe perioada de timp cuprinsă între începerea execuției și decontarea de către autoritatea contractantă a primelor activități realizate în cadrul respectivului contract, ofertantul/candidatul:

- poate avea lichidități pe care se angajează că le va utiliza pe parcursul implementării contractului; sau
- poate apela la o instituție de creditare în vederea obținerii unei facilități de finanțare (linie de credit sau alt instrument de finanțare); sau
- poate obține, în condițiile prevăzute de lege, un împrumut de la un alt operator economic (cu care poate avea sau nu vreo legătură prin participațiile la capitalul social).

Alte situații sunt posibile, cum ar fi acordurile pentru profit și transferurile de pierderi în cadrul grupurilor corporative.

În mod similar, atunci când se impun cerințe referitoare la accesul la echipamente, utilaje, instalații, laboratoare de analiză și încercări în construcții etc., acestea pot fi: fie în proprietatea ofertantului/candidatului, fie a altor firme

/entități care le pun la dispoziția acestuia în baza unor contracte de închiriere/leasing sau a altor forme de colaborare între ofertant/candidat și respectivele firme.

(4) Cazurile particulare sunt reprezentate de cele care privesc cerințele de calificare referitoare la elemente ce descriu situația de fapt a unui ofertant/candidat, respectiv cifra de afaceri și experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse/servicii/lucrări furnizate/prestate/executate într-o perioadă anterioară, fiind legate "intuitu personae" de acesta. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene recunoaște însă posibilitatea ca și pentru acestea să fie invocată susținerea acordată de unul sau mai mulți terți, atunci când se probează îndeplinirea unor cerințe de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă în relație cu aceste elemente.

Articolul 2

(1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și/sau profesională invocând suportul unui/unor terț/terți susținător(i), atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că aceasta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, cu condiția ca ofertantul/candidatul să poată demonstra că dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului.

Articolul 3

(1) În cazul în care susținerea terțului se referă la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului/candidatului, respectiv resurse financiare, materiale, umane, angajamentul ferm prezentat de ofertant /candidat trebuie să prevadă care sunt resursele respective și să specifice faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză.

Exemplu:

În cazul în care se susține îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pe perioada de timp cuprinsă între începerea execuției și decontarea de către autoritatea contractantă a primelor activități realizate în cadrul respectivului contract, iar ofertantul/candidatul invocă susținerea acordată de un alt operator economic, ce nu are în obiectul de activitate oferirea de servicii de creditare, trebuie să se arate, în primul rând, că terțul susținător dispune de respectivele resurse, prezentându-se dovezi concludente în acest sens, iar în al doilea rând că transferul acestora de la terț către respectivul ofertant/candidat se va face cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. În raport cu această ultimă cerință, o dovadă concludentă ar fi faptul că ofertantul/candidatul și terțul susținător sunt întreprinderi afiliate sau fac parte din același grup de firme.

NOTĂ:

În situația în care cerința de calificare menționată în exemplul din paragraful precedent este îndeplinită prin prezentarea dovezii privind accesul la o linie de credit, documentul emis de bancă în acest sens precizând că valoarea neconsumată din respectivul instrument de creditare este acoperitoare nu este necesar ca ofertantul /candidatul să nominalizeze banca în cauză ca terț susținător.

Această abordare se va urma și în alte situații ce pot fi considerate similare, cum ar fi cele în care, pentru îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la demonstrarea posibilității de acces la anumite echipamente specifice, se prezintă dovada achiziționării acestora în sistem de leasing, fiind suficient să fie prezentată această dovadă, fără a fi necesar ca ofertantul/candidatul să nominalizeze societatea de leasing în cauză ca terț susținător.

(2) În cazul în care susținerea terțului vizează experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse /servicii/lucrări furnizate/prestate/executate într-o perioadă anterioară sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să garanteze autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.

(3) Pentru aceasta, terțul care asigură susținerea va depune documente din care să rezulte propria experiență similară și/sau cifră de afaceri, corespunzător cerințelor de calificare formulate prin documentația de atribuire, iar în cazul experienței similare va trebui să arate într-un mod concludent că va putea să își mobilizeze resursele/utilajele /personalul astfel încât să intervină eficient, într-un timp rezonabil, în cazul în care situația necesită acest lucru, indiferent de locul lui de stabilire în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene sau o țară terță. În acest context, ofertantul/candidatul trebuie să prezinte concret care sunt resursele/utilajele/personalul, după caz, pe care le va/vor putea mobiliza terțul/terții susținător(i) și să arate modul în care acesta/aceștia și-a(u) asumat că va /vor interveni în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul îndeplinirii contractului.

Exemplu:

Ofertantul/Candidatul poate prezenta documente/dovezi prin care să demonstreze că terțul susținător mai are, de exemplu, contracte în derulare în regiunea în care se va derula contractul ce urmează a fi atribuit. În orice situație, ofertantul/candidatul va prezenta documente prin care să se arate intenția clară a terțului susținător de colaborare cu operatorul economic pe piața din România; elemente doveditoare în acest sens pot fi, de exemplu, deschiderea unui

/unor punct(e) de lucru, la o distanță potrivită de locul de executare a contractului, realizarea în comun a unor acțiuni precedente, existența unei strategii care să urmărească dezvoltarea afacerilor etc.

(4) În sensul prevederilor alin. (3), autoritatea contractantă precizează în documentația de atribuire și în anunțul /invitația de participare modalitatea în care terțul susținător demonstrează cum se va implica în derularea contractului, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea acestuia.

(5) Autoritatea contractantă poate solicita terțului susținător, oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente suplimentare care să susțină demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare prevăzute și asumate prin angajamentul ferm, în situația în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau posibilitatea de punere în practică a celor cuprinse în respectivul angajament ferm.

Articolul 4

(1) Terțul susținător este o persoană fizică/juridică ce nu figurează ca parte a contractului de achiziție publică, ci doar ca parte a unui angajament ferm intervenit între două entități, care poate avea însă drepturi sau obligații izvorâte din angajamentul respectiv, care reprezintă o înțelegere scrisă prin care se instituie obligații în sarcina părților semnatare.

(2) În cazul în care contractantul este în imposibilitatea derulării contractului pentru partea de contract pentru care a primit susținere din partea unui terț, susținere demonstrată printr-un angajament ferm, terțul este obligat prin actul juridic încheiat să substituie respectivul contractant pentru a duce la îndeplinire acea parte a contractului ce face obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale vor garanta autorității contractante posibilitatea aplicării acestei obligații.

(3) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contractul de achiziție publică clauze specifice care să permită acesteia să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului susținător pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm.

Exemplu: printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție.

Articolul 5

(1) Pentru evitarea apariției unei situații de conflict de interese, autoritatea contractantă va solicita terțului susținător completarea și prezentarea "Declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din O.U.G. nr. 34/2006".

(2) Autoritatea contractantă poate solicita terțului susținător și alte documente pe care le consideră edificatoare pentru a se asigura că acesta nu se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 69¹ din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Articolul 6

(1) Un ofertant/candidat poate utiliza în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică același operator economic, atât în vederea acordării susținerii necesare, cât și ca subcontractant, fiecare implicându-se în procedură în limitele permise de legislația în vigoare.

(2) Cazul în care mai mulți operatori economici care participă la aceeași procedură de atribuire beneficiază de susținere din partea aceluiași terț nu contravine dispozițiilor legale privind regulile de participare la procedura de atribuire, dar ofertanții/candidații trebuie să fie în măsură să demonstreze, într-o manieră rezonabilă, ca urmare a unei solicitări de clarificări adresate de comisia de evaluare, faptul că regăsirea într-o asemenea situație nu reprezintă un element de natură a distorsiona competiția.

Articolul 7

Atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legate de situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională, prin invocarea susținerii acordate de unul ori mai mulți terți, capacitatea acestuia/acestora va fi cumulată, după caz, cu cea a ofertantului/candidatului pentru îndeplinirea respectivei cerințe.

Articolul 8

Prezenta instrucțiune se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Președintele Autorității Naționale

pentru Reglementarea și

Monitorizarea Achizițiilor Publice,

Bogdan-Paul Dobrin

București, 25 august 2015.

Nr. 1.

C.T.C.E. Piatra Neamt