

Achiziția directă

Achiziția directă sau cumpărarea directă nu reprezintă o procedură de achiziție publică, ci o modalitate de a cumpăra produse, servicii sau lucrări a căror valoare, fără TVA, pentru fiecare produs, serviciu sau lucrare în parte nu depășește un anumit prag valoric (echivalentul în lei a 15.000 euro, așa cum este prevăzut în legislația română în vigoare sau mult mai mare potrivit legislației comunitare).

Mai înainte de a detalia și de analiza cumpărarea directă pe toate fațetele ei, vom face o scurtă incursiune în reglementările europene (directive, regulamente, comunicări oficiale), precum și în cele ale altor state membre, referitoare la achizițiile directe.

Trebuie știut că, potrivit directivelor europene privind achizițiile publice, procedurile, regulile și formele care reglementează acest domeniu nu sunt aplicabile decât pentru valori estimate ale contractelor peste anumite praguri valorice.

Aceste praguri valorice au fost calculate inițial în DST (drepturi speciale de tragere), iar, ulterior, sunt transformate periodic din DST în euro, Comisia Europeană fiind abilitată să le actualizeze prin regulamentele sale (ultimul dintre acestea fiind Regulamentul (CE) nr. 1422/2007 al Comisiei din 4 decembrie 2007).

Astfel, potrivit art. 7 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, pragurile valorice (exprimate în euro), așa cum au fost modificate prin Regulamentul (CE) nr. 1422/2007 al Comisiei din 4 decembrie 2007, sunt:

Nr. Crt.	Tipuri de contracte	Tipuri de autorități contractante	
		Autorități guvernamentale centrale	Alte autorități (regionale, locale, etc.)

1.	Lucrări	5.150.000	5.150.000
2.	Servicii	133.000	206.000
3.	Produce	133.000	206.000

De asemenea, potrivit art. 16 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, pragurile valorice (exprimate în euro), așa cum au fost modificate prin Regulamentul (CE) nr. 1422/2007 al Comisiei din 4 decembrie 2007, sunt:

Nr. Crt.	Tipuri de contracte	Entități contractante
1.	Lucrări	5.150.000
2.	Servicii	412.000
3.	Produce	412.000

Spuneam că procedurile, regulile și formele care reglementează acest domeniu nu sunt aplicabile decât peste aceste praguri valorice (pe care le vom denumi în continuare praguri europene).

Ce se întâmplă însă sub pragurile europene ?

Comisia Europeană a emis o Comunicare interpretativă (2006/C 179/02) asupra legii comunitare aplicabile procedurilor de atribuire a contractelor care nu sunt supuse integral sau parțial prevederilor directivelor pe achiziții publice.

Această comunicare este valabilă pentru contractele a căror valoare estimată se află sub pragurile europene, precum și pentru contractele de servicii cuprinse în anexa 2B la Directiva 2004/18/CE sau anexa XVII B la Directiva 2004/17/CE (în legislația română sunt cuprinse în anexa 2B la O.U.G. nr. 34/2006) ale căror valori estimate sunt sub pragurilor europene.

Comisia consideră că aceste contracte prezintă oportunități importante pentru afacerile din cadrul Pieței Comune, în special pentru IMM-uri sau companii nou înființate.

Dar, având în vedere că:

- procedurile de atribuire deschise și competitive ajută administrațiile publice să atragă mai mulți ofertanți și să câștige din oferte financiare mai bune;
- asigurarea unei cât mai eficiente utilizări a banului public este de o importanță deosebită, având în vedere problemele bugetare cu care se confruntă multe state membre;
- transparența procedurilor de atribuire a contractelor reprezintă un instrument de luptă împotriva corupției și a favoritismului;
- aceste tipuri de contracte sunt, în multe cazuri, atribuite direct unor furnizori locali fără nici un fel de competiție;
- prin multe decizii ale sale, Curtea Europeană de Justiție a confirmat că regulile Pieței Interne stipulate de Tratatul CE, sunt aplicabile și contractelor care nu sunt supuse prevederilor directivelor pe achiziții publice,

Comisia Europeană a emis această comunicare care se dorește a fi un ghid pentru încheierea achizițiilor directe, pornind de la următoarele argumente:

1. Au fost avute în vedere regulile și principiile rezultate din Tratatul CE, cum ar fi libera mișcare a bunurilor, dreptul la ședere, libertatea de a presta servicii, nediscriminarea și tratamentul egal, transparența, proporționalitatea și recunoașterea reciprocă.

2. Curtea Europeană de Justiție a statuat un set de reguli standard pentru atribuirea acestor tipuri de contracte publice, reguli care derivă direct regulile și principiile Tratatului CE.

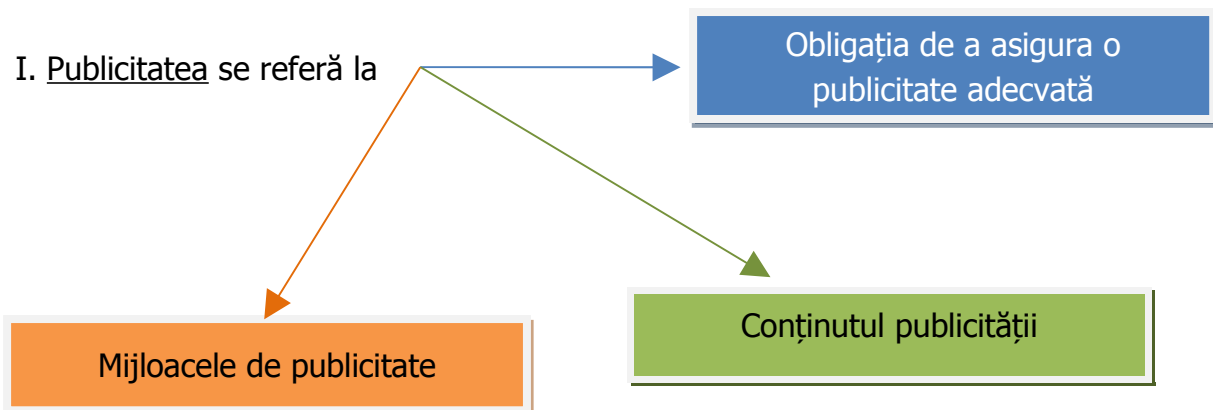
Astfel, principiile tratamentului egal și nediscriminării pe motive de naționalitate impun o obligație de transparență, în beneficiul oricărui potențial ofertant, constând

În asigurarea unui grad de publicitate suficient pentru a permite deschiderea piețelor către competiție și imparțialitatea procedurilor de soluționarea a contestațiilor (a se vedea cazurile C-324/98-Telaustria, C-231/03-Coname, C-458/03-Parking Brixen, C-59/00-Bent Mousten Vestergaard, C-264/03-Comisia împotriva Franței și C-234/03-Contse).

Curtea Europeană de Justiție a statuat explicit că "deși anumite contracte sunt excluse de la aplicarea directivelor comunitare în domeniul achizițiilor publice, autoritățile contractante care încheie aceste contracte nu sunt mai puțin obligate să respecte regulile fundamentale ale Tratatului".

Având în vedere aceste argumente, Comisia a stabilit următoarele reguli aplicabile achizițiilor directe:

- I. Publicitatea
- II. Atribuirea contractului
- III. Protecția judiciară



1. Obligația de a asigura o publicitate adecvată

Obligația de transparență impune ca un operator economic cu sediul într-un alt stat membru decât autoritatea contractantă să aibă acces la informațiile necesare

referitoare la contract mai înainte de atribuirea sa, astfel încât, dacă acesta dorește, să poată fi în măsură de a-și exprima interesul de a obține acel contract.

Comisia consideră că practica autorităților contractante de a contacta un număr de potențiali ofertanți nu este suficientă în a respecta această obligație, chiar dacă ofertanții ar aparține altor state membre. Această abordare selectivă nu exclude discriminarea unor altor potențiali ofertanți din alte state membre, în special companiile noi înființate.

De asemenea, obligația de a asigura o publicitate adecvată nu este îndeplinită nici în situația așa numitei "publicități pasive". Publicitatea pasivă este atunci când, în absența unui anunț (publicitate activă), autoritatea contractantă răspunde solicitărilor de informare sau clarificare venite din partea unor operatori economici care au aflat, prin propriile mijloace, de existența unei intenții de achiziție directă.

Nicio simplele referințe la știrile media, dezbaterile politice sau parlamentare, inclusiv evenimentele publice (cum ar fi de exemplu congresele, întrunirile, etc.) nu constituie o publicitate adecvată.

2. Mijloacele de publicitate

Autoritățile contractante sunt responsabile pentru a decide cel mai adecvat mediu pentru publicitatea unor astfel de contracte. Această alegere trebuie să fie făcută în funcție de relevanța contractului pe Piața Internă, având în vedere, în mod special, obiectul și valoarea contractului, precum și practicile comerciale în materie.

Cu cât interesul potențialilor ofertanți din alte state membre este mai mare, cu atât raza de acoperire a publicității trebuie să fie mai mare.

Astfel, pentru contractele cu valoare sau potențial interes mai mare, sunt recomandate ca medii de publicitate:

- Internetul
 - prin site-urile autorităților contractante
 - portalele web specializate

- Jurnalul Oficial al Uniunii Europene sau portalul TED (Tenders Electronic Daily)
 - <http://ted.europa.eu/> sau direct <http://simap.europa.eu/>

Pentru contractele de interes mediu și cu valoare mai redusă:

- Jurnale naționale
 - o Jurnale specializate în anunțuri de achiziții publice
 - o Ziare cu răspândire regională sau națională
 - o Publicații de specialitate

Pentru contractele cu valoare mică, pentru care nu există decât piețe locale:

- Mijloace de publicitate locale
- Ziare locale
- Anunțuri municipale

3. Conținutul publicității

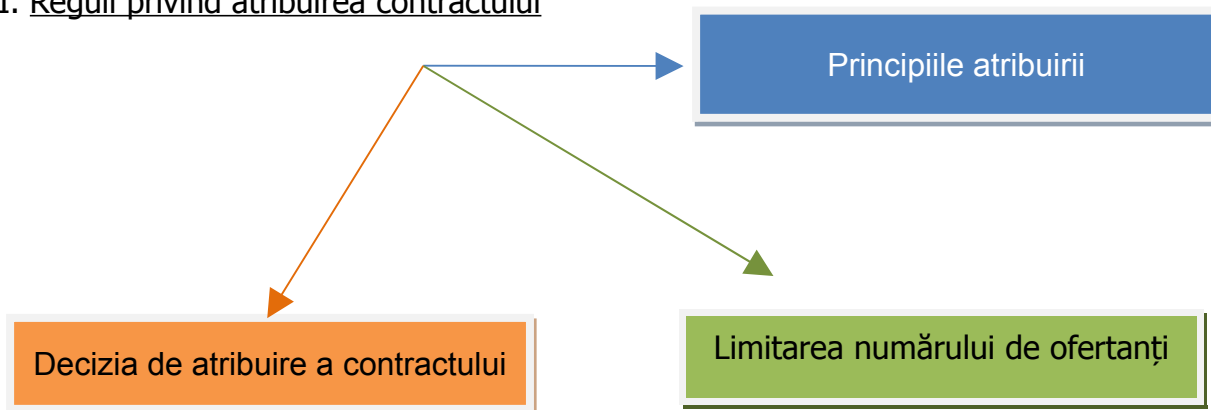
Publicitatea nu presupune neapărat o anumită formă de invitare la ofertare. Anunțul ar trebui să se limiteze la o scurtă descriere a detaliilor esențiale ale viitorului contract, metoda de atribuire, precum și o invitație adresată posibililor ofertanți de a contacta autoritatea contractantă.

Anunțul poate fi însoțit de informații suplimentare (disponibile pe internet sau la sediul autorității contractante) sau de documentație tehnică.

Conținutul anunțului, informațiile suplimentare și documentațiile trebuie să fie suficiente pentru ca un operator economic dintr-un alt stat membru să poată lua, în mod rezonabil, decizia de a participa la respectiva achiziție.

Autoritățile contractante au în continuare posibilitate de a limita numărul ofertanților, dar numai în condițiile în care face publice criteriile de limitare.

II. Reguli privind atribuirea contractului



1. Principiile atribuirii contractului

Atribuirea contractului trebuie să respecte principiile din Tratatul CE, așa cum au fost ele statuate de Curtea Europeană de Justiție prin numeroasele decizii pronunțate, devenind astfel puternice garanții pentru asigurarea unei competiții reale, într-un mediu concurențial natural, transparent și nediscriminatoriu.

a) Nediscriminarea

Obiectul contractului trebuie să fie descris nediscriminatoriu.

Descrierea caracteristicilor tehnice ale unui produs sau serviciu trebuie să nu se refere la un producător sau sursă specifică, un anumit proces tehnologic, mărci de comerț, patente, proveniențe de origine sau producție.

Aceste descrieri trebuie să fie generale și să vizeze doar performanțele sau funcționalitățile unor astfel de produse sau servicii și numai în situația extremă în care ar fi necesare anumite referințe specifice, acestea trebuie însoțite de mențiunea "sau echivalent".

b) Accesul egal pentru toți operatorii economici din statele membre

Autoritățile contractante nu au voie să impună condiții potențialilor operatori economici interesați, care să conducă la discriminări directe sau indirecte, cum ar fi de exemplu, cerința ca ofertanții să fie stabiliți într-un anumit stat membru sau în aceeași regiune cu autoritatea contractantă.

c) Recunoașterea reciprocă

Dacă autoritățile contractante solicită posibililor ofertanți să facă dovada unor calificări prin prezentarea unor diplome, certificate sau alte forme de evidență/înregistrare, atunci acestea trebuie să accepte, în baza principiului recunoașterii reciproce, orice documente din statele membre care să ofere un nivel de garanție echivalentă pentru aceste calificări.

d) Termene limită

Termenele limită pentru depunerea ofertelor trebuie să fie suficiente pentru ca operatorii economici interesați să aibă timpul necesar pentru pregătirea unor oferte reale și serioase.

e) Reguli sau proceduri transparente

Toți participanții trebuie să cunoască în prealabil regulile aplicabile atribuirii și trebuie să aibă certitudinea că aceste reguli sunt aplicabile tuturor, în aceleași condiții.

2. Limitarea numărului de ofertanți

Autoritățile contractante pot limita numărul ofertanților numai în condițiile în care realizează acest lucru într-o manieră transparentă și nediscriminatorie.

Ele pot solicita ofertanților îndeplinirea unor criterii cum ar fi experiența similară, mărimea și logistica operatorilor economici, abilitățile tehnice sau profesionale.

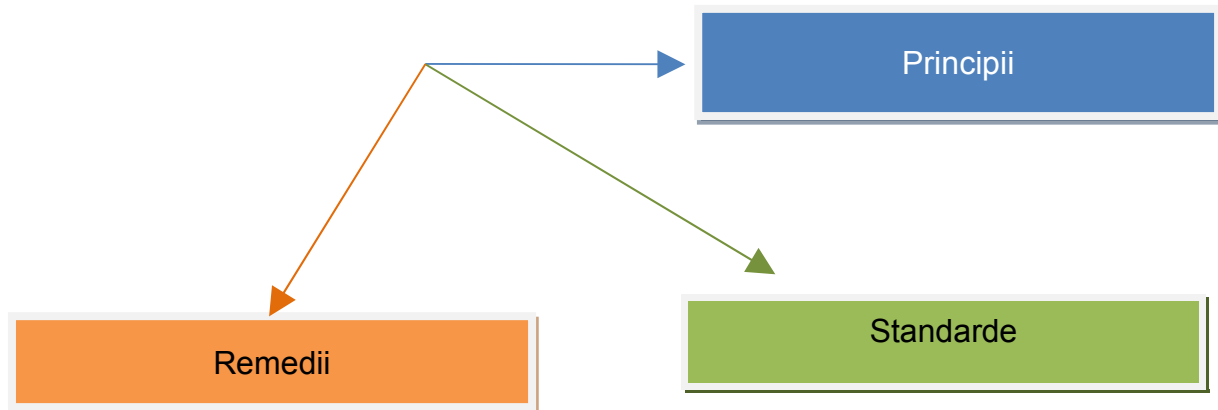
În toate cazurile, limitarea trebuie să asigure o competiție adecvată.

Similar limitării, autoritățile contractante pot apela la liste de operatori economici calificați, selectând viitorii contractanți într-o manieră nediscriminatorie (de exemplu prin tragere la sorți).

3. Decizia de atribuire a contractului

Atribuirea contractului trebuie, de asemenea, să respecte principiile nediscriminării și tratamentului egal, precum și excluderea oricăror avantaje injuste conferite unor anumiți participanți.

III. Protecția judiciară



1. Principii

Curtea Europeană de Justiție a subliniat (vezi cazul C-324/98-Telaustria) importanța posibilității remedierii (revizuirii) unei proceduri de atribuirii a unui contract de achiziție publică, precizând că "fără un mecanism adecvat de revizuire (judiciar sau non-judiciar), conformitatea cu standardele de bază de corectitudine și transparență nu poate fi efectiv garantată".

2. Remedii

Directivile de remedii (reglementează procedurile și mecanismele de remediere – revizuire a procedurilor de achiziții publice – contestații) 89/665/CEE, 92/13/CEE, în prezent amendate de Directiva 2007/66/CE acoperă doar acele contracte de achiziție care, așa cum am precizat mai sus, a căror valori estimate sunt peste anumite praguri valorice (a se vedea art. 72 din Directiva 2004/17/CE, respectiv art. 81 din Directiva 2004/18/CE).

Cu toate acestea, Comisia, având în vedere practica Curții Europene de Justiție, consideră că persoanele fizice/juridice sunt îndreptățite la o protecție judiciară efectivă a drepturilor lor care derivă din ordinea legală comunitară.

3. Standarde

O protecție judiciară efectivă, chiar în absența unor prevederi legale comunitare relevante în domeniu, trebuie statuată de statele membre, prin impunerea unor reguli și proceduri care să garanteze o astfel de protecție judiciară.

În acest sens, în privința contractelor de achiziție directă, o protecție judiciară efectivă presupune cel puțin posibilitatea operatorilor economici de a ataca o decizie de atribuire a unui astfel de contract care este susceptibilă de încălcarea standardelor de bază derivate din legea comunitară primară (comentate anterior).

Pentru a permite exercitarea efectivă a unei acțiuni judiciare, autoritățile contractante trebuie să prevadă posibilitatea ca deciziile să poată fi atacate și revizuite, prin proceduri administrative, interne, sau judiciare.

Aceste acțiuni judiciare trebuie să fie similare celor de drept comun (principiul echivalenței) și nu trebuie restricționate în nici un fel (taxe de timbru excesive, proceduri anevoioase), astfel încât protecția judiciară să fie efectivă (principiul efectivității).

Ce se întâmplă în alte state membre sub pragurile europene ?

Reglementările din statele membre referitoare la achizițiile directe sunt diferite, mergând de la nereglementare (ex: Marea Britanie, Franța, Olanda, Spania, Italia, Germania), la reglementări parțiale (ex: Austria, Cehia, Polonia, Slovenia, Ungaria) sau la reglementări excesive (ex: România).

Toate statele membre și autoritățile contractante lor rezidente trebuie însă să respecte prevederile comunitare (Tratate, directive, regulamente, decizii, etc.).

Ce se întâmplă în România sub pragurile europene ?

România a implementat directivele europene referitoare la achizițiile publice prin O.U.G. nr. 34/2006.

În privința achizițiilor sub pragurile europene, care, așa cum am arătat mai sus, sunt considerate achiziții directe de legislația europeană, legislația română este mult mai reglementară.

Astfel:

1. Pragurile europene, denumite praguri de publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (J.O.U.E.), au fost coborâte și uniformizate.

Nr. Crt.	Tipuri de contracte	Tipuri de autorități contractante				
		Autorități gov. centrale	Alte autorități (regionale, locale, etc.)	Autorități contractante	Entități contractante	Autorități contractante (art. 8 lit.d și e)
1.	Lucrări	5.150.000	5.150.000	5.000.000	5.150.000	5.000.000
2.	Servicii	133.000	206.000	125.000	412.000	400.000
3.	Produse	133.000	206.000	125.000	412.000	400.000

UE	RO
----	----

2. Sub pragurile de publicare în J.O.U.E. legislația română obligă autoritățile contractante să aplice proceduri de achiziție publică

Vom vedea, așa cum am specificat și anterior, că:

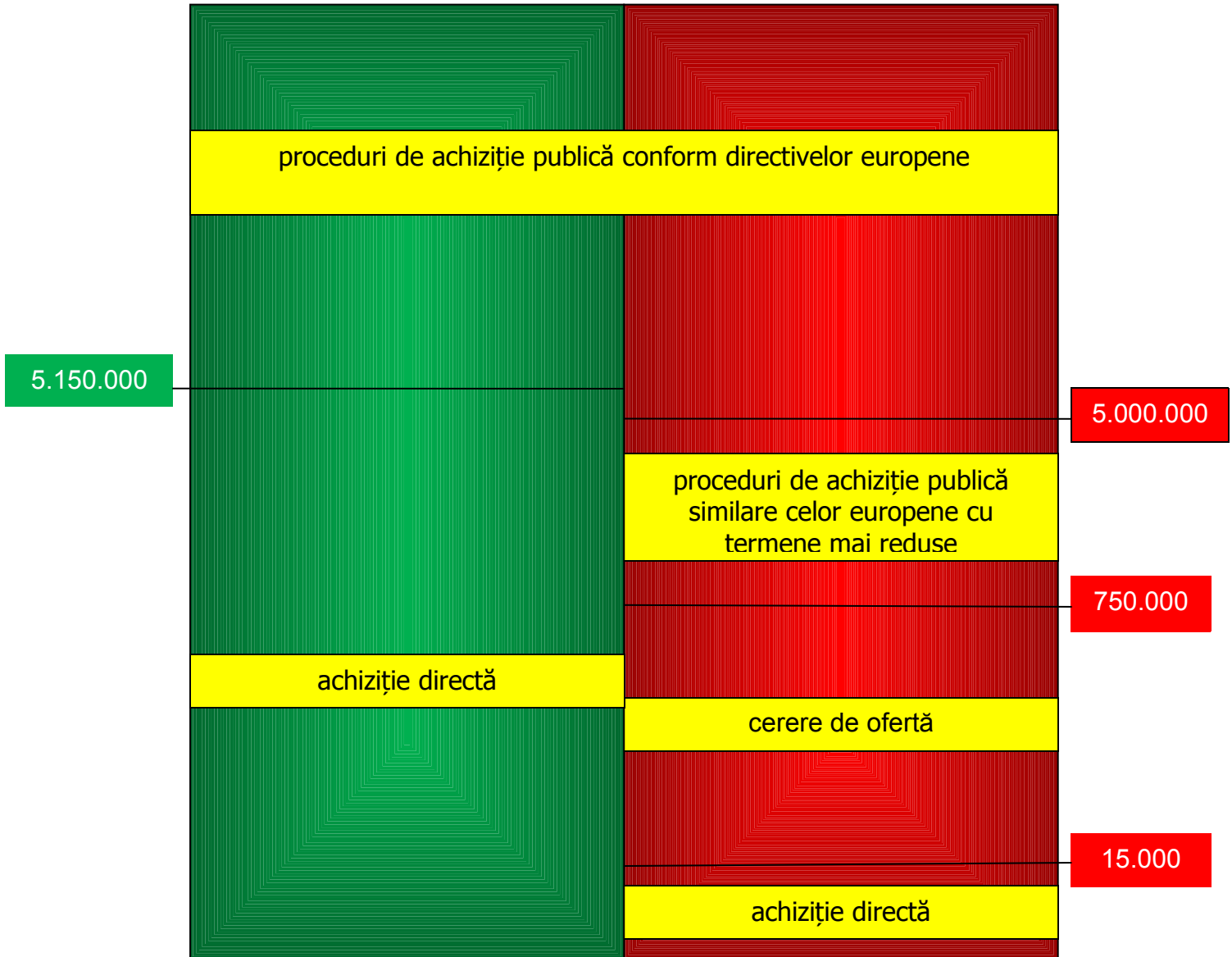
- peste pragurile europene, directivele prevăd desfășurarea unor proceduri de achiziție (licitația deschisă, restrânsă, dialogul competitiv, negocierile cu și fără publicare, concursul de soluții);
- sub pragurile europene, directivele europene nu prevăd nicio reglementare (achiziție directă);
- peste pragurile de publicare în J.O.U.E., legislația română prevede desfășurarea unor proceduri de achiziție identice celor prevăzute în directive;
- sub pragurile de publicare în J.O.U.E., legislația română prevede desfășurarea unor proceduri de achiziție similare celor prevăzute în directive, cu termene de așteptare mai reduse (ex. pentru licitația deschisă 20 de zile în loc de 52 de zile) sau alte proceduri (cererea de ofertă);
- în legislația română, achiziția directă este permisă sub 15.000 euro.

Vom compara, de exemplu, pentru autoritățile guvernamentale centrale, procedurile de achiziție publică ce trebuie aplicate conform directivelor europene și legislației române, pentru contractele de lucrări (fig.1), respectiv pentru contractele de servicii și furnizare de produse (fig.2) (cifrele sunt exprimate în euro).

fig.1

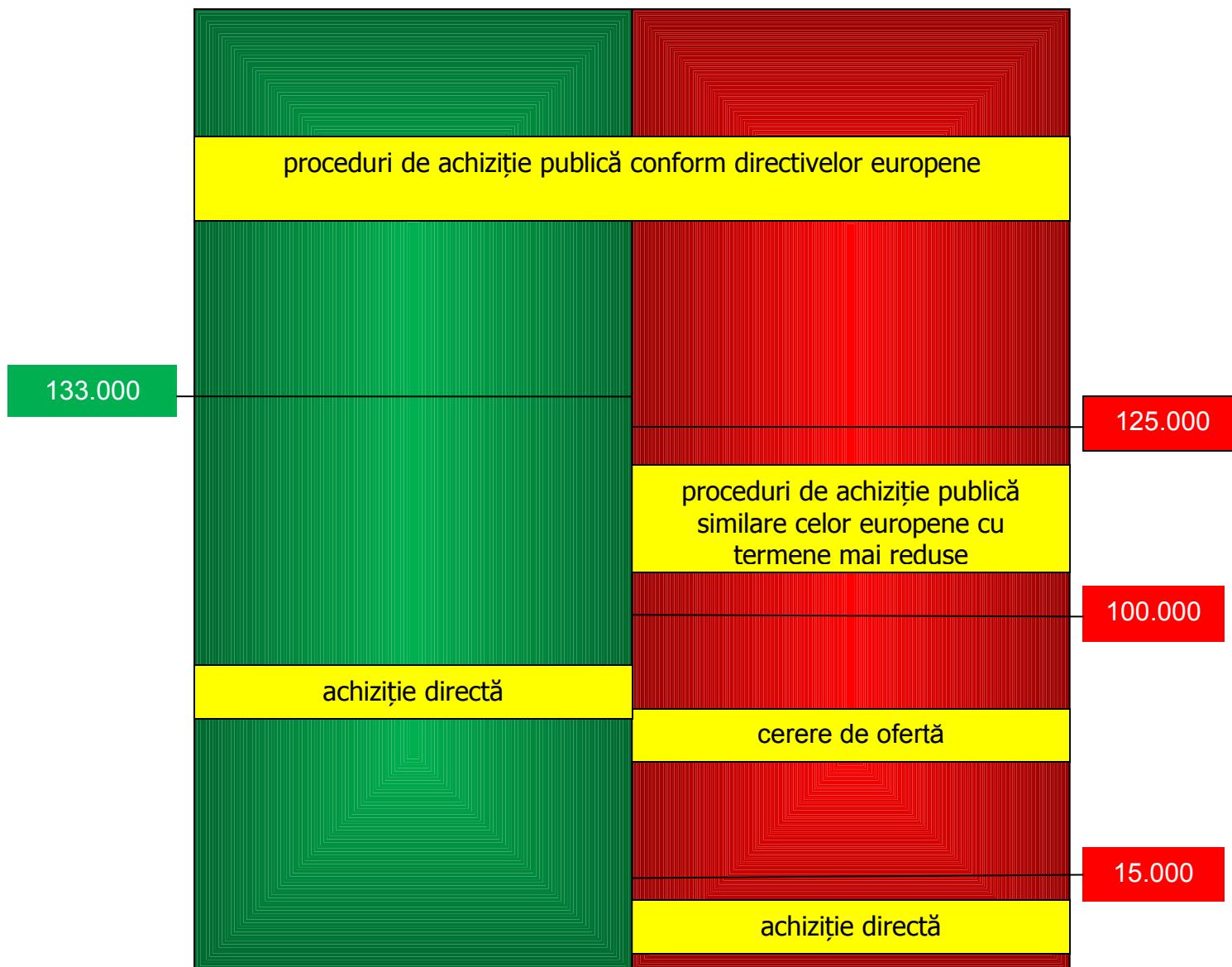
UE

RO



UE

RO



Discuții referitoare la achiziția directă în România

Autoritățile contractante din România au dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări.

Această modalitate de cumpărare are la bază, potrivit legii, un "document justificativ" (prin document justificativ se poate înțelege o factură fiscală sau un contract, așa cum este de preferat în cazul unui contract de lucrări sau de servicii) care trebuie păstrat de către autoritatea contractantă.

Ce se întâmplă dacă o autoritate contractantă desfășoară mai multe achiziții directe a căror valoare cumulată depășește un alt prag valoric impus de legislația română ?

De exemplu, o autoritate contractantă cumpără calculatoare în valoare de 14.800 euro prin achiziție directă, ulterior fiind nevoită să achiziționeze un alt calculator în valoare de 500 euro, depășind astfel pragul de 15.000 euro. Ar trebui pentru acest calculator să desfășoare o cerere de oferte, care, în mod sigur ar fi sortită eșecului. Nici un operator economic nu ar fi interesat să participe la o astfel de procedură pentru a livra, după atribuire, un singur calculator de 500 euro.

Pentru a răspunde la întrebarea pusă mai sus trebuie să avem în vedere atât formularea art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006 (*...15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări*), cât și prevederea din art. 23: *"Autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice."*

Interpretarea acestor texte ne conduce la două concluzii:

1. Dacă o autoritate contractantă știe, potrivit bugetului propriu, că trebuie să achiziționeze produse, servicii sau lucrări, iar fiecare din aceste achiziții este de o valoare mai mare de 15.000 euro, atunci va trebui, în funcție de pragul valoric pe care îl atinge să aplice o anumită procedură (vezi fig. 1 și 2);
2. Dacă autoritatea contractantă achiziționează produse, servicii sau lucrări, de o valoare mai mică de 15.000 euro și, ulterior, bugetul său propriu se modifică

fiind necesare și alte achiziții, fiecare mai mică de 15.000 euro, atunci, opinăm că prevederile art. 19 (achiziția directă) sunt perfect aplicabile. Ceea ce este important de reținut este faptul că trebuie să lipsească "intenția" de a diviza contractul de achiziție de o valoare mai mare în mai multe contracte de valori mai mici astfel încât să fie eludate prevederile legale.

De *lege ferenda* considerăm că sub pragurile europene, legislația română ar trebui să prevadă o singură procedură (de exemplu cererea de oferte) care să respecte integral atât prevederile directivelor, cât și comunicarea interpretativă a Comisiei Europene (2006/C 179/02).