



MINISTERUL FONDURILOR EUROPENE
DIRECTIA GENERALA PROGRAME
EUROPENE INFRASTRUCTURA MARE

Nr. 60508/CB/ 07.08.2019

Către: Beneficiari ai proiectelor finanțate prin Programul Operațional
Infrastructură Mare

Referitor la: introducere condiție suspensivă în documentațiile de atribuire

Stimați colaboratori,

În contextul implementării POIM există, ca mijloc de a accelera implementarea proiectelor, posibilitatea pentru beneficiari de a lansa procedurile de achiziții publice prin folosirea unei "clauze suspensive".

În drept, supunem atenției prevederile art. 1399 și următoarele din Codul Civil, respectiv, "este afectată de condiție obligația a cărei eficacitate sau desființare depinde de un eveniment viitor și nesigur" și "condiția este suspensivă atunci când de îndeplinirea sa depinde eficacitatea obligației".

Clauza suspensivă este expres reglementată prin OUG nr. 40/2015, cu modificările și completările ulterioare, pentru beneficiari ordonatori de credite ai bugetului local și beneficiari instituții publice locale.

Pentru alte categorii de beneficiari, cum ar fi operatorii de apă, posibilitatea introducerii unei clauze suspensive nu este reglementată în mod specific în legislație, dar este permisă potrivit dreptului comun, iar formatul standard de fișă de date elaborat de ANAP menționează în mod explicit posibilitatea unor asemenea clauze.

Altfel, "Clauza suspensivă" se referă la o condiție din fișa de date. "Clauza suspensivă" specifică faptul că sursa de finanțare pentru contractul licitat nu este asigurată la momentul lansării licitației și că Autoritatea Contractantă ar putea fi în situația să anuleze procedura de atribuire, în cazul în care finanțarea nu se realizează.

Scopul acestei condiții este de a preveni posibilitii participanți la procedură că există un asemenea risc (inclusiv de a evita apariția unor contestații după anularea procedurii, în cazul aferent).

De regulă, condiția este completată cu o prevedere conform căreia ofertanții participă la procedură pe riscul lor, sens în care nu vor reclama o compensare pentru costurile lor de ofertare în cazul anulării procedurii.



MINISTERUL FONDURILOR EUROPENE
DIRECTIA GENERALA PROGRAME
EUROPENE INFRASTRUCTURA MARE

Efectul condiției suspensive este acela de a preveni piața (potențialii participanți la procedură) cu privire la un nivel de risc aferent sursei de finanțare. Ca urmare poate avea efectul de restrângere a competiției.

Condiția suspensivă ridică mai multe riscuri, prezentate în cele ce urmează.

Condiția suspensivă este introdusă în cadrul procedurii de atribuire. O eventuală clauză suspensivă ar fi o clauză introdusă ca parte a condițiilor contractuale.

Semnarea unui contract cu o clauză suspensivă referitoare la sursa de finanțare nu este recomandată având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu este îndreptățită să semneze un contract fără a avea fondurile necesare derulării lui.

Primul risc este cel menționat de către ANAP în notele aferente fișei de date, după cum urmează: "această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art.143 din HG nr.395/2016 stabilește obligația AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare."

Astfel, condiția suspensivă nu ar trebui să vizeze semnarea contractului de finanțare (pe care autoritatea contractantă ar putea să o refuze), ci mai degrabă aprobarea finanțării.

De asemenea, autoritatea contractantă trebuie să fie pregătită să arate că a depus diligențe în scopul obținerii finanțării (de exemplu dacă cererea de finanțare a fost transmisă la AM, etc).

În sfârșit, pentru a stabili și un orizont de timp rezonabil, este recomandat să fie stabilită o limită de timp, care să fie coerentă cu perioada de validitate a ofertelor.

Condiția suspensivă este eficientă pentru cazurile în care finanțarea nu este asigurată. Dar condiția suspensivă acționează în modul "totul sau nimic", adică:

- fie contractul este semnat ca urmare a licitației, cu condițiile contractuale și anexele (inclusiv tehnice) prevăzute,
- fie procedura de atribuire este anulată.

În cazul în care aprobarea proiectului la finanțare ar implica anumite modificări tehnice cum ar fi renunțarea la anumite obiective sau schimbarea unor soluții tehnice, contractul nu ar putea fi semnat decât în situația în care aceste modificări ale proiectului reprezintă modificări nesubstanțiale la nivelul contractului (ceea ce este puțin probabil).

Din cele expuse mai sus, reiese faptul că autoritatea contractantă poate folosi condiția suspensivă pentru a câștiga timp în implementarea proiectului, dar trebuie să aleagă atent momentul lansării licitației, respectiv atunci când riscurile privind aprobarea finanțării, posibilele modificări tehnice sau chiar durata procedurii de aprobare a finanțării sunt limitate.



MINISTERUL FONDURILOR EUROPENE
DIRECTIA GENERALA PROGRAME
EUROPENE INFRASTRUCTURA MARE

Astfel, în contextul POIM, acel moment rezonabil ar putea fi:

- atunci când este încheiat contractul de finanțare la nivel național iar cererea de finanțare pentru proiect major este transmisă la Comisia Europeană spre aprobare,
- atunci când proiectul nu este aprobat încă dar beneficiarul a tratat corespunzător comentariile AM sau Jaspers.

Pe de altă parte, nu este recomandat ca o licitație să fie lansată, chiar cu condiție suspensivă, în următoarele situații:

- nu este emis Acordul de mediu (sau alt act de reglementare în domeniul mediului) pentru proiect,
- este probabil ca proiectul, până la aprobare, să sufere modificări semnificative.

Nota bene

1. Condiția suspensivă se include, dacă autoritatea contractantă consideră oportun, în documentația de atribuire.
2. În cazul în care o autoritate contractantă dorește să introducă o astfel de condiție după publicarea anunțului de atribuire (și înainte de termenul limită de publicare a unor erate), autoritatea contractantă poate emite o erată și să prelungească corespunzător termenul limită de depunere a ofertelor.
3. După termenul de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă nu mai poate introduce vreo condiție suspensivă. Ofertele au fost depuse, astfel încât rolul condiției suspensive de avertizare a pieței nu mai are sens. În cazul în care finanțarea proiectului ar fi respinsă în timpul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a încheia contractul și anulează procedura de atribuire. Ofertantul câștigător (dacă este stabilit) ar putea solicita compensare pentru costurile sale de ofertare.
4. Contractul nu poate conține o clauză suspensivă cu privire la asigurarea finanțării având în vedere obligația de a încheia un contract doar cu sursa de finanțare asigurată. În cazul în care, pe parcursul implementării contractului, finanțarea ar fi retrasă, contractul poate fi denunțat unilateral de către autoritatea contractantă (care va trebui să despăgubească antreprenorul în conformitate cu prevederile contractului).

Exemplu de condiție

Condiția suspensivă se introduce în fișa de date, la secțiunea III.1.4) "Executarea contractului este supusa altor condiții speciale".

Un exemplu de clauză poate fi:

Finalizarea procedurii de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:



MINISTERUL FONDURILOR EUROPENE
DIRECTIA GENERALA PROGRAME
EUROPENE INFRASTRUCTURA MARE

Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la [bugetul de stat / local] și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la [bugetul de stat / local] și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează până la data de [xx zile după termenul limită de depunere a ofertelor], Autoritatea Contractantă va aplica prevederile [art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016 / art. 225 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 99/2016], fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condiției suspensive de mai sus, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele pierderi pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.

Cu stimă,

Cătălin BALAN

Director General

Direcția Generală Programe Europene Infrastructură Mare

