

II

(Comunicări)

COMUNICĂRI PROVENIND DE LA INSTITUȚIILE, ORGANELE ȘI
ORGANISMELE UNIUNII EUROPENE

COMISIA EUROPEANĂ

COMUNICAREA COMISIEI

**Orientări pentru statele membre privind selectarea organismelor de implementare a instrumentelor
financiare**

(2016/C 276/01)

CUPRINS

1.	Text și referințe de reglementare	2
2.	Context	2
3.	Selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare	4
3.1.	Selectarea în conformitate cu normele și principiile privind achizițiile publice	4
3.1.1.	Selectarea în conformitate cu dispozițiile Directivei 2004/18/CE sau ale Directivei 2014/24/UE	4
3.1.2.	Se situează sub pragurile stabilite prin directivă: selectarea în conformitate cu principiile tratatului	7
3.2.	Desemnarea BEI	7
3.3.	Desemnarea FEI	8
3.4.	Desemnarea unei instituții financiare internaționale	8
3.5.	Atribuirea internă	9
3.5.1.	Condiții de atribuire către entități interne până la transpunerea Directivei 2014/24/UE sau până la 18 aprilie 2016, în funcție de care dintre aceste date survine prima	9
3.5.2.	Condiții de atribuire către entități interne după transpunerea Directivei 2014/24/UE (articolul 12 din Directiva 2014/24/UE) sau după 18 aprilie 2016	11
3.6.	Cooperare interadministrativă	14
3.6.1.	Condiții pentru cooperarea interadministrativă până la transpunerea Directivei 2014/24/UE sau până la 18 aprilie 2016, în funcție de care dintre aceste date este prima	15
3.6.2.	Condiții pentru cooperarea interadministrativă după transpunerea Directivei 2014/24/UE sau după 18 aprilie 2016	16
3.7.	Cerințele prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei	17
3.7.1.	Criterii de selecție	17
3.7.2.	Criterii de atribuire	18
3.7.3.	Elemente pentru caietul de sarcini	19
4.	Referință, link-uri	19

1. Text și referințe de reglementare

Referințe de reglementare	Articolele
Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 ⁽¹⁾	Articolul 37 alineatul (1) – Instrumente financiare
Regulamentul privind dispozițiile comune (denumit în continuare RDC)	Articolul 38 alineatele (4) și (5) – Implementarea instrumentelor financiare
Regulamentul (UE) nr. 480/2014 ⁽²⁾	Articolul 7 – Criterii pentru selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare
Regulamentul delegat al Comisiei (denumit în continuare CDR)	
Regulamentul (UE) nr. 1305/2013	
Directiva 2004/18/CE	
Directiva 2014/24/UE	

(¹) Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 decembrie 2013 de stabilire a unor dispoziții comune privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală și Fondul european pentru pescuit și afaceri maritime, precum și de stabilire a unor dispoziții generale privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune și Fondul european pentru pescuit și afaceri maritime și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului (JO L 347, 20.12.2013, p. 320).

(²) Regulamentul delegat (UE) nr. 480/2014 al Comisiei din 3 martie 2014 de completare a Regulamentului (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European și al Consiliului de stabilire a unor dispoziții comune privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală și Fondul european pentru pescuit și afaceri maritime, precum și de stabilire a unor dispoziții generale privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune și Fondul european pentru pescuit și afaceri maritime (JO L 138, 13.5.2014, p. 5).

2. Context

Autoritățile de management care doresc să utilizeze instrumentele financiare ca instrument pentru îndeplinirea obiectivelor programului fie pot îndeplini sarcini de implementare în mod direct, investind în capitalul unor entități juridice existente sau nou create, fie pot încredința sarcinile de implementare altor organisme (¹). În acest ultim caz, articolul 38 alineatul (4) litera (b) din RDC prevede diferite posibilități pentru încredințarea sarcinilor de implementare a instrumentelor financiare. Prezenta notă urmărește să ofere clarificări cu privire la posibilitățile unei astfel de încredințări (²).

Instrumentele financiare pot fi implementate printr-o structură cu sau fără un fond de fonduri. În cazul în care instrumentele financiare sunt implementate printr-o structură care include un fond de fonduri, de regulă, vor fi selectate două niveluri de organisme: organismul de implementare a unui fond de fonduri și organismele de implementare a produsului specific/produselor specifice al/ale instrumentelor financiare, și anume intermediarii financiari (ambele fiind denumite în continuare organisme de implementare a instrumentelor financiare). Autoritatea de management decide cu privire la cea mai adecvată structură de implementare luând în considerare constatările evaluării ex ante prevăzute la articolul 37 alineatul (2) din RDC.

Regulamentul privind dispozițiile comune identifică mai multe tipuri de entități cărora autoritățile de management le pot încredința sarcinile de implementare a instrumentelor financiare, fără a specifica procedurile care trebuie urmate pentru o astfel de încredințare.

Cu toate acestea, articolul 37 alineatul (1) din RDC reamintește principiile generale pe care autoritățile de management trebuie să le respecte, inclusiv la selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare: acestea trebuie să respecte legislația în vigoare, în special cu privire la ajutoarele de stat și la achizițiile publice, prin urmare, acestea au responsabilitatea de a asigura, dacă este necesar după consultarea autorităților naționale responsabile de controlul concurenței, că toate normele aplicabile privind selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare sunt respectate. În conformitate cu articolul 38 alineatul (4) din RDC, organismele de implementare a instrumentelor

(¹) A se vedea articolul 38 alineatul (4) literele (a), (b) și (c) din RDC.

(²) În temeiul articolului 38 alineatul (4) litera (a) din RDC, în măsura în care este necesară încheierea unui contract de achiziții publice de servicii pentru selectarea unui organism de implementare a instrumentelor financiare, se aplică normele privind selectarea acestor entități, astfel cum se clarifică în prezenta notă.

financiare trebuie să asigure conformitatea cu legislația aplicabilă (inter alia, legislația privind achizițiile publice). Articolul 38 alineatul (5) din RDC, care reflectă principiile Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), prevede, de asemenea, că selectarea intermediarilor financiari trebuie realizată pe baza unor proceduri deschise, transparente, proporționale și nediscriminatorii, evitându-se conflictele de interese ⁽³⁾.

De asemenea, articolul 7 alineatele (1) și (2) din Regulamentul delegat al Comisiei prevede cerințe specifice aplicabile selecției organismelor de implementare a instrumentelor financiare [cu excepția Băncii Europene de Investiții (BEI) și a Fondului european de investiții (FEI)], iar articolul 7 alineatul (3) prevede cerințe specifice aplicabile procedurii de selecție a intermediarilor financiari de către organismele de implementare a fondurilor de fonduri (inclusiv BEI și FEI).

Selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare nu coincide neapărat cu selectarea operațiunii bazate pe instrumentul financiar ⁽⁴⁾.

Selectarea operațiunii este realizată de autoritatea de management ⁽⁵⁾. Spre deosebire de selectarea organismului de implementare a instrumentului financiar, selectarea operațiunii nu face obiectul normelor și principiilor privind achizițiile publice și nici al condiției de respectare a articolului 7 din Regulamentul delegat al Comisiei.

Excepând o serie de situații care nu fac obiectul normelor privind achizițiile publice și care sunt explicate mai jos, serviciile efectuate de organismele de implementare a instrumentelor financiare instituite în temeiul cadrului de reglementare a fondurilor ESI fac obiectul normelor și principiilor privind achizițiile publice. Prin urmare, selectarea acestor entități (fie organisme de implementare a fondurilor de fonduri, fie intermediari financiari) trebuie să respecte legislația în vigoare.

Identificarea directivei privind achizițiile publice aplicabile (Directiva 2004/18/CE sau Directiva 2014/24/UE) depinde de data la care este lansată procedura de selecție de către autoritatea contractantă ⁽⁶⁾ (și anume, autoritatea de management a programului care achiziționează serviciile unei entități pentru implementarea unui instrument financiar) sau de data deciziei de a utiliza o procedură de negociere fără o convocare prealabilă la licitație pentru atribuirea contractului, precum și de data transpunerii Directivei 2014/24/UE. În cazurile de cooperare internă și interadministrativă, data la care autoritatea contractantă a decis definitiv că nu va fi emisă nicio convocare prealabilă la licitație pentru atribuirea contractului de achiziții publice ⁽⁷⁾ este data relevantă pentru a stabili dacă se aplică condițiile stabilite de jurisprudență sau dispozițiile Directivei 2014/24/UE (a se vedea mai jos secțiunile 3.5 și 3.6) ⁽⁸⁾.

Termenul-limită pentru transpunerea în legislația națională a Directivei 2014/24/UE a fost 18 aprilie 2016. Măsurile de transpunere adoptate înainte de această dată trebuie să fie aplicate de către autoritățile contractante. După data respectivă, chiar și în absența transpunerii de către statele membre, autoritățile contractante trebuie să aplice dispozițiile Directivei 2014/24/UE. Începând cu 18 aprilie 2016, toate dispozițiile directivei, inclusiv cele privind cooperarea internă și interadministrativă, trebuie să fie respectate pe deplin.

⁽³⁾ Obligația de a urma o procedură de selecție deschisă, transparentă, proporțională, nediscriminatorie și de a evita conflictele de interese este respectată atunci când intermediarii financiari sunt selectați în conformitate cu normele și principiile privind achizițiile publice. Atunci când este posibilă încheierea unui contract direct cu un intermediar financiar, autoritățile contractante trebuie să verifice dacă mai mult de o entitate cu care este posibilă încheierea unui contract direct ar putea furniza serviciul financiar în cauză. În acest caz, autoritățile contractante trebuie să desfășoare o procedură de selecție deschisă, transparentă, proporțională, nediscriminatorie, evitând conflictele de interese între entitățile în cauză, în conformitate cu articolul 38 alineatul (5) din RDC. În afara cerințelor procedurale ale directivei, o modalitate de a asigura respectarea acestor cerințe este informarea tuturor entităților în cauză cu privire la contractul de servicii financiare preconizat și invitarea acestora să prezinte o ofertă pe care autoritatea contractantă o va evalua.

⁽⁴⁾ Selectarea operațiunii trebuie să fie înțeleasă ca decizia de a contribui financiar prin program la instrumentul financiar și nu ca investițiile ulterioare din instrumentul financiar în favoarea destinatarilor finali.

⁽⁵⁾ Selectarea operațiunii legate de instrumentul financiar pentru FEDR/FC/FSE trebuie efectuată de autoritatea de management în conformitate cu articolul 125 alineatul (3) litera (a) din RDC. Pentru FEADR, selectarea operațiunii legate de instrumentul financiar trebuie efectuată în conformitate cu articolul 65 alineatul (4), articolul 66 și articolul 49 din Regulamentul (UE) nr. 1305/2013.

⁽⁶⁾ O autoritate contractantă este definită la articolul 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18/CE („autorități contractante” înseamnă statul, autoritățile regionale sau locale, organismele de drept public sau asociațiile formate din una sau mai multe astfel de autorități sau din unul sau mai multe astfel de organisme de drept public), precum și la articolul 2 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE („autorități contractante” înseamnă statul, autoritățile regionale sau locale, organismele de drept public sau asociațiile formate din una sau mai multe astfel de autorități sau din unul sau mai multe astfel de organisme de drept public).

⁽⁷⁾ Data relevantă pentru a stabili care directivă este aplicabilă este data la care autoritatea contractantă alege tipul de procedură de urmat și decide definitiv dacă este necesară emiterea convocării prealabile la licitație pentru atribuirea unui contract de achiziții publice (a se vedea cauza C-576/10 Comisia/Țările de Jos punctul 52).

⁽⁸⁾ Decizia de atribuire trebuie justificată, dar nu există nicio cerință legală în ceea ce privește forma exactă pe care ar trebui o să ia o astfel de decizie. Evaluarea criteriilor prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei nu constituie în sine o decizie de atribuire, dar decizia autorității contractante luată pe baza evaluării poate fi considerată data la care autoritatea contractantă a decis definitiv că nicio convocare prealabilă la licitație nu va fi emisă pentru atribuirea contractului de achiziții publice.

Bazându-se pe jurisprudența Curții de Justiție, Directiva 2014/24/UE abordează în mod specific încredințarea sarcinilor entităților publice deținute și controlate de o autoritate contractantă (cooperare verticală sau „internă”), precum și cooperarea interadministrativă (cooperare orizontală). Până la transpunerea Directivei 2014/24/UE, atribuirea contractelor în cadrul ambelor tipuri de cooperare trebuie să respecte condițiile stabilite de jurisprudență (a se vedea secțiunile 3.5.1 și 3.6.1 de mai jos).

Trebuie remarcat faptul că eventuala identificare în cadrul programelor finanțate din fondurile structurale și de investiții europene (programe ESIF) a organismelor de implementare a instrumentelor financiare nu scutește autoritățile contractante de la aplicarea normelor și principiilor privind achizițiile publice la selectarea unor astfel de organisme.

3. **Selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare**

3.1. **Selectarea în conformitate cu normele și principiile privind achizițiile publice**

În afara situațiilor descrise mai jos și în afara cazului în care autoritățile de management decid să implementeze în mod direct un instrument financiar în conformitate cu articolul 38 alineatul (4) litera (c) din RDC, acestea trebuie să selecteze organismele de implementare a instrumentelor financiare în conformitate cu normele și principiile privind achizițiile publice. Aceste norme trebuie să fie respectate, de asemenea, de organismele intermediare ⁽⁹⁾ și de organismele de implementare a unui fond de fonduri care sunt autorități contractante.

Atribuirea contractelor de achiziții publice de către autoritățile statelor membre sau în numele acestora trebuie să respecte principiile TFUE, în special libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii, precum și alte principii fundamentale conexe precum egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența. Pentru contractele de achiziții publice care depășesc o anumită valoare, procedurile de achiziții publice naționale sunt coordonate pentru a se asigura faptul că principiile respective sunt transpuse în practică și achizițiile publice sunt deschise concurenței. Pentru astfel de contracte publice, se aplică directivele privind achizițiile publice (Directiva 2004/18/CE sau Directiva 2014/24/UE).

3.1.1. *Selectarea în conformitate cu dispozițiile Directivei 2004/18/CE sau ale Directivei 2014/24/UE*

3.1.1.1. Prag

Pentru contractele de servicii, articolul 7 din Directiva 2004/18/CE și articolul 4 din Directiva 2014/24/UE fac referire la două praguri peste care se aplică directiva relevantă ⁽¹⁰⁾:

- 135 000 EUR pentru contractele de servicii publice atribuite de autoritățile contractante enumerate în anexa IV la Directiva 2004/18/CE și în anexa I la Directiva 2014/24/UE ca autorități publice centrale;
- 209 000 EUR pentru contractele de achiziții publice de bunuri și de servicii atribuite de alte tipuri de autorități contractante.

În conformitate cu articolul 7 din Directiva 2004/18/CE și cu articolul 4 din Directiva 2014/24/UE, pragul se aplică la valoarea estimată fără taxa pe valoarea adăugată (TVA) a serviciilor care urmează să fie furnizate de către organismul de implementare a instrumentului financiar.

Baza de calcul a valorii estimate a contractului este, pentru servicii bancare și alte servicii financiare: onorarii, comisioane plătibile, dobânzi și alte forme de remunerare [articolul 9 alineatul (8) din Directiva 2004/18/UE, articolul 5 alineatul (13) din Directiva 2014/24/UE].

3.1.1.2. Orientări cu privire la procedurile de achiziții publice

Ar putea fi util ca autoritățile să facă trimitere la orientările pentru cei care lucrează în domeniu privind evitarea erorilor celor mai comune în achizițiile publice ⁽¹¹⁾, chiar dacă acestea vizează achizițiile publice efectuate în temeiul Directivei 2004/18/CE. Acestea conțin mementouri cu privire la anumite puncte care necesită o atenție deosebită, cum ar fi definirea domeniului de aplicare a licitației, alegerea procedurii de selecție corespunzătoare, definirea criteriilor de excludere, de selecție și de atribuire corespunzătoare (evitarea confuziei între acestea), necesitatea de a respecta termenele pentru a acorda ofertanților suficient timp pentru pregătirea și depunerea unei oferte, precum și necesitatea de a documenta în mod corespunzător evaluarea ofertelor pe baza criteriilor anunțate.

⁽⁹⁾ Un organism intermediar este definit la articolul 2 alineatul (18) din RDC ca „orice organism public sau privat care acționează sub responsabilitatea unei autorități de management sau de certificare sau care îndeplinește sarcini în numele unei astfel de autorități în raport cu operațiunile implementate de beneficiari”. Organismele intermediare ar trebui să fie selectate în conformitate cu normele aplicabile, inclusiv cele privind achizițiile publice și, după caz, excepțiile lor. Articolul 123 alineatul (6) din RDC le permite statelor membre „să desemneze unul sau mai multe organisme intermediare pentru a desfășura anumite sarcini ale autorității de management sau ale autorității de certificare, sub răspunderea autorității respective”. Această dispoziție se aplică Fondului european de dezvoltare regională (FEDER), Fondului social european (FSE), Fondului de coeziune și Fondului European pentru pescuit și afaceri maritime (FEPAM). Articolul 66 alineatul (2) din Regulamentul (UE) nr. 1305/2013 prevede aceeași posibilitate pentru FEADR, stabilind că autoritatea de management păstrează întreaga responsabilitate în ceea ce privește eficiența și corectitudinea gestionării și realizării sarcinilor delegate unui alt organism și se asigură că toate datele și informațiile necesare sunt oferite organismului intermediar pentru îndeplinirea acestor sarcini.

⁽¹⁰⁾ Aceste praguri fac obiectul unei revizuirii la fiecare doi ani, în conformitate cu articolul 6 din Directiva 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Oficiul pentru Publicații – ISBN 978-92-79-50323-8 – nu au fost comunicate încă statelor membre în versiunea finală.

3.1.1.3. Alegerea procedurii

Autoritățile contractante trebuie să decidă cu privire la cea mai adecvată procedură de achiziții publice pentru selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare.

Pentru achizițiile deosebit de complexe, sunt prevăzute proceduri specifice în directivele privind achizițiile publice, cum ar fi procedura competitivă cu negociere sau dialogul competitiv (a se vedea articolele 28-31 din Directiva 2004/18/CE și articolul 26 din Directiva 2014/24/UE), care permit, în anumite condiții, adaptarea la nevoile specifice ale autorității contractante.

În conformitate cu articolul 26 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24/UE, una dintre cele două proceduri poate fi utilizată, *inter alia*, în cazul în care nu se poate răspunde nevoilor autorității contractante fără adaptarea unor soluții ușor disponibile și în cazul în care contractul nu poate fi atribuit fără negocieri prealabile din cauza unor circumstanțe specifice legate de natura, complexitatea sau structura sa juridică și financiară sau din cauza riscurilor asociate acestuia. Rămâne la latitudinea autorității contractante să evalueze dacă există astfel de circumstanțe specifice.

De asemenea, directiva prevede posibilitatea de a utiliza aceleași proceduri în cazul în care o procedură de achiziții publice nu a reușit. În conformitate cu articolul 26 alineatul (4) litera (b) din Directiva 2014/24/UE, o procedură competitivă cu negociere sau un dialog competitiv pot fi utilizate, de asemenea, în cazul în care, în urma unei proceduri deschise sau a unei proceduri restrânse, sunt depuse numai oferte neconforme sau inacceptabile. Într-o astfel de situație, atunci când procedura este utilizată în legătură cu toți ofertanții care îndeplinesc criteriile prevăzute la articolele 57-64 din Directiva 2014/24/UE și care, cu ocazia procedurii deschise sau restrânse anterioare, au depus oferte în conformitate cu cerințele oficiale ale procedurii de achiziții publice, nu este necesară publicarea unui anunț de participare.

3.1.1.4. Utilizarea acordurilor-cadru

Pentru a se evita necesitatea unor modificări contractuale și pentru a gestiona modificările în domeniul de aplicare a sarcinilor care urmează să fie încredințate, în viitor, autoritățile contractante pot lua în considerare utilizarea unui acord-cadru ⁽¹²⁾.

Acordurile-cadru oferă un anumit grad de flexibilitate în gestionarea contractelor de servicii financiare, întrucât acestea permit ajustarea volumului de servicii la nevoile autorităților contractante și/sau la beneficiari. Din moment ce nu este întotdeauna ușor de prevăzut volumul cererilor de instrumentele financiare care vin din partea beneficiarilor, utilizarea unui acord-cadru poate oferi flexibilitatea necesară pentru a acoperi volume mai mici sau mai mari.

Trebuie reamintit faptul că autoritățile contractante nu sunt obligate să atribuie contracte specifice în temeiul acordurilor-cadru pentru întreaga sumă prognozată. Prin urmare, în cazul în care un acord-cadru vizează mai multe tipuri de instrumente financiare și se constată că un instrument financiar specific nu este bine conceput sau bine adaptat la nevoile destinatarilor finali, nu există nicio obligație de a semna un contract specific pentru implementarea unui astfel de instrument.

Utilizarea acelorași condiții pentru diferite servicii financiare implică riscul afectării condițiilor de preț sau de calitate aferente unui serviciu financiar specific (sau instrument) de cele aferente altor servicii financiare, chiar dacă nu există nicio legătură efectivă între cele două servicii (sau instrumente). Din acest motiv, în cazul în care se utilizează acorduri-cadru, se recomandă să se utilizeze loturi. Acest lucru permite evaluarea prețului și a calității separat pentru fiecare lot și în funcție de particularitățile sale. Ofertanții își pot ajusta ofertele prin compensarea condițiilor economice sau de calitate între loturi în scopul de a prezenta oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pentru mai multe dintre loturi sau pot face un efort pentru un anumit lot care este mai bine adaptat la capacitățile lor specifice.

Înainte de lansarea procedurii de licitație, autorităților contractante li se recomandă să analizeze obiectivele specifice ale fiecărui serviciu (sau instrument) financiar în ceea ce privește sfera destinatarilor finali vizați de instrument, pentru a defini obiectul fiecărui contract. Flexibilitatea acordurilor-cadru permite contractarea în cazul în care instrumentul financiar are succes în ceea ce privește cererea, precum și testarea în cazul în care un anumit tip de instrument financiar se potrivește nevoilor destinatarilor finali într-un anumit sector economic.

Valoarea estimată a acordurilor-cadru (care trebuie indicată în anunțul de participare), calculată ca valoarea maximă estimată fără TVA a tuturor contractelor preconizate pentru întreaga perioadă de aplicare a acordului-cadru, ar trebui evaluată având în vedere posibilitatea de a acoperi creșteri ale sumei acordate spre gestionare organismului de implementare a instrumentului financiar.

⁽¹²⁾ A se vedea articolul 1 alineatul (5) din Directiva 2004/18/CE și articolul 33 din Directiva 2014/24/UE.

În ceea ce privește durata acordului-cadru, în conformitate cu articolul 33 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE, durata unui acord-cadru nu trebuie să fie mai mare de patru ani, cu excepția cazurilor excepționale bine justificate, în special prin obiectul acordului-cadru. Cu toate acestea, astfel cum se clarifică în considerentul 62 din directivă, „în timp ce contractele bazate pe un acord-cadru urmează să fie atribuite înainte de expirarea acordului-cadru, nu este necesar ca durata contractelor individuale bazate pe un acord-cadru să coincidă cu durata respectivului acord-cadru, ci ar putea fi, după caz, mai lungă sau mai scurtă”.

3.1.1.5. Modificări ale contractelor

În conformitate cu Directiva 2004/18/CE, modificările contractului în temeiul jurisprudenței aplicabile sunt posibile numai în cazul în care informațiile au fost puse la dispoziția tuturor ofertanților potențiali în anunțul de participare și în cazul în care modificările, indiferent de valoarea lor monetară, au fost prevăzute în documentele inițiale de achiziție sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc. În acest caz, autoritatea contractantă va avea posibilitatea să se prevaleze de același organism de implementare a instrumentului financiar pentru modificările ulterioare ale contribuției inițiale până la suma orientativă obținută. În cazul în care aceste condiții nu sunt îndeplinite, iar autoritatea contractantă modifică în mod substanțial un contract fără a realiza din nou achiziții, o astfel de modificare ar implica o modificare a condițiilor inițiale de licitație contrară principiului transparenței și egalității de tratament, constituind astfel o neregulă.

În temeiul Directivei 2014/24/UE, modificările contractelor sunt posibile fără o nouă procedură de achiziții publice, în special în următoarele situații și cu condiția ca acestea să respecte condițiile specifice prevăzute la articolul 72 din directivă:

- în cazul în care au fost prevăzute modificări în documentele inițiale de achiziție sub forma clauzelor clare și fără echivoc care prevăd domeniul de aplicare și caracterul posibilelor modificări sau opțiuni, precum și condițiile în care acestea pot fi utilizate. Clauzele nu trebuie să prevadă modificări sau opțiuni care ar schimba caracterul general al contractului sau al acordului-cadru. Pentru a acoperi o eventuală creștere ulterioară a contribuției programului la instrumentul financiar, la achiziționarea serviciilor financiare relevante autoritatea contractantă ar trebui să estimeze ex ante posibilele contribuții suplimentare ale programului și impactul acestora asupra valorii estimate a contractului;
- pentru serviciile suplimentare ale contractantului inițial, care au devenit necesare și care nu au fost incluse în achiziția inițială, în cazul în care schimbarea contractantului nu este posibilă din motive economice și în cazul în care aceasta ar provoca inconveniente semnificative sau duplicarea semnificativă a costurilor pentru autoritatea contractantă. În conformitate cu articolul 72, orice creștere a prețului nu trebuie să depășească 50 % din valoarea contractului inițial. În cazul în care sunt efectuate mai multe modificări succesive, această limitare se aplică la valoarea fiecărei modificări. Astfel de modificări succesive nu se efectuează în scopul eludării aplicării directivei;
- în cazul în care necesitatea modificării a survenit în urma unor circumstanțe pe care o entitate contractantă care acționează cu diligență nu ar fi putut să le prevadă, modificarea nu aduce atingere caracterului general al contractului și creșterea prețului nu este mai mare de 50 % din valoarea contractului sau a acordului-cadru inițial (în cazul mai multor modificări succesive, se aplică condițiile indicate mai sus);
- în cazul în care un nou contractant îl înlocuiește pe cel căruia autoritatea contractantă i-a atribuit inițial contractul, drept consecință: (i) a unei clauze sau opțiuni de revizuire fără echivoc, în conformitate cu primul punct; (ii) a preluării poziției contractantului inițial prin succesiune universală sau parțială, ca urmare a unor operațiuni de restructurare a societății comerciale, inclusiv preluare, fuziune, achiziție sau insolvență, de către un alt operator economic care îndeplinește criteriile de selecție calitativă stabilite inițial, cu condiția ca aceasta să nu implice alte modificări substanțiale ale contractului și să nu se facă în scopul de a eluda aplicarea directivei; sau (iii) a asumării de către entitatea contractantă însăși a obligațiilor contractantului principal față de subcontractanții săi, în cazul în care această posibilitate este prevăzută în legislația națională în temeiul articolului 71 din directivă;
- atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanțiale ⁽¹³⁾;

⁽¹³⁾ Conform articolului 72 alineatul (4), „modificarea unui contract sau a unui acord-cadru în cursul perioadei sale de valabilitate este considerată a fi substanțială (...) atunci când, prin această modificare, contractul sau acordul-cadru prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului inițial. În orice caz, fără a aduce atingere alineatelor (1) și (2), o modificare este considerată a fi substanțială atunci când este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele condiții:

- (a) modificarea introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura inițială de achiziții, ar fi permis admiterea altor candidați decât cei selectați inițial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată inițial sau ar fi atras alți participanți la procedura de achiziții;
- (b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului sau al acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul sau acordul-cadru inițial;
- (c) modificarea extinde domeniul de aplicare al contractului sau al acordului-cadru în mod considerabil;
- (d) un nou contractant îl înlocuiește pe cel căruia autoritatea contractantă i-a atribuit inițial contractul, în alte cazuri decât cele prevăzute la alineatul (1) litera (d)”.

- în cazul în care valoarea modificării este sub pragurile de aplicare a Directivei cu 2014/24/UE și sub 10 % din valoarea inițială a contractului pentru contractele de servicii. De asemenea, modificarea nu poate aduce atingere caracterului general al contractului sau al acordului-cadru. În cazul în care se efectuează mai multe modificări succesive, evaluarea se face pe baza valorii nete cumulate a acestora (diferit față de mai sus).

Concluzie:

Autoritățile contractante care doresc să crească valoarea contribuțiilor programului la instrumentele financiare implementate de organisme deja selectate (de exemplu, în cadrul perioadei de programare 2007-2013) trebuie să verifice cu atenție dacă sunt îndeplinite condițiile pentru o astfel de modificare a contractului.

De asemenea, pentru a anticipa pe viitor posibile creșteri ulterioare ale contribuțiilor programului, se recomandă ca autoritățile contractante să aibă în vedere mai degrabă încheierea de acorduri-cadru decât procedura bazată pe modificări contractuale.

3.1.2. Se situează sub pragurile stabilite prin directivă: selectarea în conformitate cu principiile tratatului

Sub pragurile stabilite prin directivele privind achizițiile publice, selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare trebuie să respecte principiile tratatului în cazul în care contractul este de interes transfrontalier.

Principiile tratatului care trebuie respectate sunt libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii, precum și egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, transparența și proporționalitatea.

Bazându-se pe jurisprudența Curții de Justiție, Comisia a emis o comunicare interpretativă intitulată „Dreptul comunitar aplicabil în cazul atribuirii contractelor publice care nu sunt reglementate sau sunt reglementate parțial de directivele privind contractele de achiziții publice” din 23 iunie 2006 ⁽¹⁴⁾, în care sunt explicate pe larg cerințele care decurg din principiile respective.

În conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție, principiile egalității de tratament și nediscriminării implică o obligație de transparență care constă în garantarea, în beneficiul oricărui ofertant potențial, a unui nivel de publicitate suficient, care să permită asigurarea unui mediu concurențial pe piață. Obligația de transparență impune ca operatorii economici situați într-un alt stat membru să aibă acces la informațiile potrivite referitoare la contractul respectiv înainte ca acesta să fie atribuit, astfel încât aceștia să fie în măsură, dacă doresc, să își exprime interesul pentru obținerea contractului în cauză.

Acest lucru necesită difuzarea unei publicități suficient de accesibile înainte de atribuirea contractului. Această publicitate ar trebui publicată de către entitatea contractantă pentru a deschide concurenței atribuirea contractului. Entitățile contractante sunt responsabile de alegerea celui mai adecvat mediu pentru publicitatea contractelor lor.

Obligațiile care decurg din principiile tratatului se aplică în cazul contractelor care se situează sub pragurile prevăzute de directive și care prezintă un interes transfrontalier. Existența unui eventual interes transfrontalier cert trebuie evaluată de entități contractante individuale, pe baza unei evaluări a circumstanțelor individuale ale cazului, precum obiectul contractului, importanța valorii estimate, coroborat cu locul în care activitatea trebuie efectuată sau caracteristicile tehnice ale contractului ⁽¹⁵⁾, specificul sectorului în cauză (dimensiunea și structura pieței, practicile comerciale etc.).

3.2. Desemnarea BEI

BEI este unul dintre organismele identificate în RDC căruia autoritățile de management îi pot încredința sarcini de implementare a instrumentelor financiare [articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (i) din RDC].

Întrucât relația dintre statele membre și BEI este reglementată de legislația primară ⁽¹⁶⁾, accesul la activitățile statutare ale BEI nu poate face obiectul unor norme și condiții procedurale străine de dispozițiile care reglementează activitățile BEI în conformitate cu legislația primară a UE. Acest lucru înseamnă că dispozițiile directivelor privind achizițiile publice (care constituie legislație secundară) nu se aplică mandatelor privind gestionarea instrumentelor financiare încheiate între autoritățile de management și BEI. Prin urmare, astfel de contracte pot fi încheiate direct cu BEI.

În cazul în care un contract este atribuit BEI în mod direct de către o autoritate de management pentru implementarea unui fond de fonduri, BEI va selecta intermediarii financiari care urmează să implementeze instrumentele financiare pe baza unor norme și proceduri interne, întrucât BEI se supune tratatului și trebuie să respecte principiile acestuia.

⁽¹⁴⁾ Interpretarea Comisiei a fost confirmată de Tribunal într-o hotărâre din data de 20 mai 2010 în cauza T-258/06 Republica Federală Germania/Comisia Europeană.

⁽¹⁵⁾ Cauza C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions SRL/Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia, punctul 20. Apropierea frontierei poate conduce, de asemenea, la considerarea contractelor cu valoare scăzută ca având un anumit interes transfrontalier (cauzele conexe C-147/06 și C-148/06, SECAP SpA (C-147/06) și Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)/Comune di Torino, punctul 31).

⁽¹⁶⁾ A se vedea articolul 175 din TFUE.

În plus, în conformitate cu articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul delegat al Comisiei, atunci când BEI încredințează mai departe sarcinile de implementare unui intermediar financiar, selecția trebuie să respecte, de asemenea, cerințele specifice prevăzute în dispoziția respectivă (a se vedea secțiunea 3.7 de mai jos).

Concluzie:

Autoritățile de management, organismele intermediare și organismele de implementare a fondurilor de fonduri care sunt autorități contractante pot încheia direct cu BEI, și anume fără un proces concurențial⁽¹⁷⁾, mandate privind implementarea instrumentelor financiare.

3.3. Desemnarea FEI

FEI a fost înființat în 1994 de către Consiliul guvernatorilor Fondului european de investiții (care reprezintă statele membre), pe baza unui act din legislația primară a UE⁽¹⁸⁾. Actul a adăugat articolul 30 la Statutul BEI, anexat la tratat, autorizând Consiliul să înființeze FEI și să îi stabilească statutul. În conformitate cu articolul menționat anterior [înlocuit de un articol general privind înființarea de filiale ale BEI, actualul articol 28 din Protocolul (nr. 5) privind Statutul BEI], FEI are personalitate juridică și autonomie financiară similare celor ale BEI.

În conformitate cu articolul 2 din statutul său, sarcina FEI este de a contribui la urmărirea obiectivelor Uniunii Europene prin oferirea de garanții și achiziționarea de participații în întreprinderi. De asemenea, FEI se poate angaja în alte activități aflate în legătură cu aceste sarcini sau care decurg din acestea.

În ceea ce privește BEI, poziția FEI se caracterizează printr-o legătură strânsă cu Uniunea Europeană în ceea ce privește obiectivele acesteia. FEI intenționează să contribuie la obiectivele și sarcinile Uniunii, desfășurând activități în vederea atingerii obiectivelor Uniunii.

Articolul 2 punctul 23 din RDC definește „BEI”, în scopul RDC, ca incluzând Banca Europeană de Investiții, Fondul European de Investiții și orice (altă) filială a Băncii Europene de Investiții. Prin urmare, în RDC, FEI este identificat, de asemenea, printre organismele cărora autoritățile de management le pot încredința sarcini de implementare a instrumentelor financiare [articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (i) din RDC].

Ca urmare a statutului special al FEI, între autoritățile de management și FEI pot fi încheiate în mod direct mandate privind gestionarea instrumentelor financiare.

În cazul în care un contract este atribuit FEI în mod direct de către o autoritate de management pentru implementarea unui fond de fonduri, FEI va selecta intermediarii financiari care urmează să implementeze instrumentele financiare pe baza unor norme și proceduri interne, întrucât FEI se supune tratatului și trebuie să respecte principiile acestuia.

De asemenea, în conformitate cu articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul delegat al Comisiei, atunci când FEI încredințează mai departe sarcinile de implementare unui intermediar financiar, selecția trebuie să respecte, de asemenea, cerințele specifice prevăzute în dispoziția respectivă (a se vedea secțiunea 3.7 de mai jos).

Concluzie:

Autoritățile de management, organismele intermediare și organismele de implementare a fondurilor de fonduri care sunt autorități contractante pot încheia direct cu FEI, și anume fără un proces concurențial⁽¹⁹⁾, mandate privind implementarea instrumentelor financiare.

3.4. Desemnarea unei instituții financiare internaționale

Autoritățile de management pot lua în considerare încredințarea implementării unui instrument financiar către o instituție financiară internațională, astfel cum se prevede la articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (ii) din RDC.

RDC nu conține o definiție a instituției financiare internaționale. Instituțiile financiare internaționale pot fi definite ca instituții financiare înființate de cel puțin două țări prin acorduri interguvernamentale pentru a oferi sprijin financiar pentru activitățile de dezvoltare economică și socială. În general, proprietarii sau acționarii acestora sunt guvernele naționale, dar pot fi, de asemenea, alte instituții internaționale și/sau alte organizații.

Încredințarea sarcinilor de implementare a unui instrument financiar către o instituție financiară internațională poate fi realizată direct de către o autoritate de management, cu condiția ca statul membru care a desemnat autoritatea de management⁽²⁰⁾ să fie membru al instituției financiare internaționale și sarcinile încredințate să facă parte din atribuțiile legale ale instituției. De asemenea, această posibilitate este deschisă în aceleași condiții pentru organismele intermediare și organismele de implementare a fondurilor de fonduri care sunt autorități contractante.

⁽¹⁷⁾ Astfel cum se prevede la articolul 13 alineatul (6) din Regulamentul delegat al Comisiei, în absența unui proces concurențial, se aplică pragurile pentru costurile și comisioanele de gestionare prevăzute la articolul 13.

⁽¹⁸⁾ Actul de modificare a Protocolului privind Statutul Băncii Europene de Investiții prin care Consiliul Guvernatorilor este abilitat să înființeze Fondul european de investiții (JO L 173, 7.7.1994, p. 14).

⁽¹⁹⁾ Astfel cum se prevede la articolul 13 alineatul (6) din Regulamentul delegat al Comisiei, în absența unui proces concurențial, se aplică pragurile pentru costurile și comisioanele de gestionare prevăzute la articolul 13.

⁽²⁰⁾ În ceea ce privește programele de cooperare teritorială europeană (CTE), aceasta este statul membru în care este situată autoritatea de management.

La desemnarea unei instituții financiare internaționale (cu excepția BEI și FEI), autoritățile de management trebuie să verifice dacă instituția respectivă îndeplinește criteriile de selecție menționate la articolul 7 alineatele (1) și (2) din Regulamentul delegat al Comisiei.

Ca urmare a încredințării sarcinilor de implementare a unui fond de fonduri către o instituție financiară internațională de către o autoritate de management, instituția financiară internațională poate selecta intermediari financiari care să implementeze instrumente financiare. Selectarea intermediarilor financiari de către instituția financiară internațională va fi efectuată în conformitate cu normele instituției financiare internaționale.

De asemenea, în conformitate cu articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul delegat al Comisiei, atunci când instituția financiară internațională încredințează mai departe sarcinile de implementare unui intermediar financiar, selecția trebuie să respecte, de asemenea, cerințele specifice prevăzute în dispoziția respectivă (a se vedea secțiunea 3.7 de mai jos).

Concluzie:

Autoritățile de management pot încheia în mod direct, și anume fără un proces concurențial ⁽²¹⁾, cu o instituție financiară internațională în cadrul căreia statul membru deține statutul de membru, mandate privind gestionarea instrumentelor financiare, cu condiția ca sarcinile încredințate să facă parte din atribuțiile legale ale instituției.

3.5. Atribuirea internă

Simplul fapt că ambele părți la un acord sunt autorități publice nu exclude aplicarea normelor privind achizițiile publice.

Cu toate acestea, aplicarea normelor privind achizițiile publice nu trebuie să interfereze cu libertatea autorităților publice de a-și îndeplini atribuțiile de serviciu public acordate acestora prin utilizarea resurselor proprii, care include posibilitatea serviciilor interne.

În acest context, o autoritate de management poate lua în considerare să încredințeze implementarea unui instrument financiar unei entități interne ⁽²²⁾. Aceasta constituie, de asemenea, o posibilitate pentru organismele intermediare și organismele de implementare a fondurilor de fonduri care sunt autorități contractante, cu condiția să fie respectate condițiile descrise mai jos.

Înainte de adoptarea Directivei 2014/24/UE, jurisprudența a definit condițiile pentru încheierea contractelor în mod direct cu entități deținute și controlate de către o autoritate contractantă („entități interne”).

Condițiile în care este posibilă o astfel de atribuire directă au fost definite și extinse ulterior prin Directiva 2014/24/UE. Îndeplinirea acestor condiții trebuie evaluată atent de la caz la caz.

La desemnarea unei entități interne, trebuie asigurată în egală măsură respectarea condițiilor prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei.

3.5.1. Condiții de atribuire către entități interne până la transpunerea Directivei 2014/24/UE sau până la 18 aprilie 2016, în funcție de care dintre aceste date survine prima

În conformitate cu jurisprudența, în cazul în care o autoritate publică care este o autoritate contractantă decide să nu îndeplinească sarcinile care îi sunt conferite în interesul public prin utilizarea propriilor resurse administrative, tehnice și de altă natură, aceasta poate atribui în mod direct implementarea unor astfel de sarcini altor entități în cazul în care (i) acestea sunt deținute de stat în proporție de 100 %, (ii) aceasta exercită asupra entităților în cauză un control analog cu cel pe care îl exercită asupra propriilor servicii și (iii) entitățile respective desfășoară partea cea mai importantă a activității lor pentru entitatea sau entitățile publice care le controlează.

3.5.1.1. Condiția privind proprietatea deplină a statului

În ceea ce privește primul criteriu, este necesar ca entitatea să fie deținută în proporție de 100 % de către stat.

3.5.1.2. Condiția privind controlul analog

Autoritatea contractantă trebuie să exercite asupra entității în cauză „un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii”. Acest control poate fi exercitat în mod individual sau în comun ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Astfel cum se prevede la articolul 13 alineatul (6) din Regulamentul delegat al Comisiei, în absența unui proces concurențial, se aplică pragurile pentru costurile și comisioanele de gestionare prevăzute la articolul 13.

⁽²²⁾ Cu condiția să fie respectate condițiile pentru atribuirea internă, aceasta poate permite atribuirea directă a unui contract instituțiilor financiare stabilite într-un stat membru care vizează îndeplinirea obiectivelor de interes public sub controlul unei autorități publice menționate la articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (ii) din RDC și organismelor de drept public sau privat menționate la articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (iii) din RDC.

⁽²³⁾ Este dificil de imaginat un context în care o autoritate contractantă ar controla în mod efectiv o entitate internă fără a deține nici măcar parțial entitatea respectivă.

Noțiunea de autoritate contractantă

Controlul trebuie să fie exercitat de către autoritățile contractante în sensul articolului 1 alineatul (1) din Directiva 2014/24/UE, astfel cum este prevăzut în anexa I la directivă. Prin urmare, condiția controlului efectiv este îndeplinită în cazul în care, de exemplu, un departament al unui minister dorește să încheie un contract cu o entitate internă de stat și un control efectiv este exercitat de un alt departament din cadrul aceluiași minister, prin participarea în structurile de guvernare ale entității interne. Cu toate acestea, condiția nu este îndeplinită, de exemplu, în următoarele situații:

- în cazul în care un minister central dorește să încheie un contract cu o entitate internă de stat și un control efectiv este exercitat de un alt minister central prin participarea în structurile de guvernare ale entității interne;
- în cazul în care un minister regional dorește să încheie un contract cu o entitate internă de stat și un control efectiv este exercitat de un minister central prin participarea în structurile de guvernare ale entității interne.

Control analog:

Conform unei jurisprudențe constante ⁽²⁴⁾, există un „control analog” în cazul în care entitatea în cauză este supusă unui control care permite autorității contractante să influențeze deciziile entității respective. Nu este necesar ca autoritatea contractantă să își exercite influența decisivă în practică, ci este suficient ca aceasta să aibă posibilitatea de a o exercita.

Puterea exercitată trebuie să fie o putere de influență decisivă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale entității respective ⁽²⁵⁾. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să exercite un control structural și funcțional asupra entității respective. Acest lucru nu necesită în mod necesar un control operațional zilnic ⁽²⁶⁾.

Condiția controlului analog este îndeplinită în cazul în care autoritatea contractantă participă la consiliul de supraveghere sau de administrare al entității (de exemplu, o bancă de promovare sau de dezvoltare) și are posibilitatea de a exercita o influență decisivă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale entității respective.

Pentru a evalua dacă autoritatea contractantă poate exercita o influență decisivă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale entității, CEJ analizează (i) dacă există o participare privată la capitalul entității, (ii) componența organelor sale de decizie și (iii) limitele competențelor conferite consiliului guvernatorilor ⁽²⁷⁾.

Potrivit CEJ, participarea, fie și minoritară, a unei întreprinderi private la capitalul unei societăți la care participă și o autoritate contractantă exclude posibilitatea ca această autoritate contractantă să exercite asupra societății menționate un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii ⁽²⁸⁾.

Cu toate acestea, faptul că autoritatea contractantă care acordă ajutoare deține, singură sau împreună cu alte autorități contractante, totalitatea capitalului social al unei entități sugerează – în general, fără a fi decisivă – că autoritatea contractantă exercită asupra acestei societăți un control analog celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii ⁽²⁹⁾.

Faptul că organele de decizie ale entității sunt formate din reprezentanți ai autorităților contractante care dețin entitatea arată că entitatea se află sub controlul autorităților contractante, care sunt astfel în măsură să exercite o influență decisivă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale entității.

Este necesar să se verifice limitele competențelor conferite consiliului guvernatorilor pentru a se evalua dacă entitatea este orientată spre piață și are o marjă de autonomie care ar periclita controlul exercitat de autoritățile publice care îi sunt afiliate.

Forma juridică a societății trebuie luată în considerare, datorită faptului că anumite forme de societăți comerciale pot să urmărească obiective independente de acționarii lor.

În cazul în care, conform statutului, entitatea are ca scop urmărirea intereselor proprietarilor săi și nu urmărește niciun interes distinct de cel al autorităților contractante care îi sunt afiliate, aceasta este o indicație de control analog celui exercitat asupra propriilor servicii ale autorității contractante.

Controlul exercitat de către autoritățile contractante, prin intermediul organelor statutare, asupra deciziilor entității respective poate fi considerat ca permițând autorităților contractante să exercite asupra entității respective un control analog celui exercitat asupra propriilor servicii.

⁽²⁴⁾ Cauza C-107/98 Teckal.

⁽²⁵⁾ Cauza C-458/03 Parking Brixen, punctele 63-70, cauza C-340/04 Carbotermo, punctul 38, cauza C-324/07 Coditel Brabant, punctul 28; și cauza C-573/07 Sea, punctul 65.

⁽²⁶⁾ Cauza C-182/11 și C-183/11 Econord SpA/Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate Comune di Varese, punctul 27.

⁽²⁷⁾ Cauza C-324/07, Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, punctul 29.

⁽²⁸⁾ Cauza C-26/03 Stadt Halle și RPL Lochau, punctul 49.

⁽²⁹⁾ Cauza C-340/04 Carbotermo și Consorzio Alisei, punctul 37, și Cauza C-295/05 Asemfo. Rec., 2007, p. I-2999, punctul 57.

Acest control trebuie să fie efectiv⁽³⁰⁾. Nu este suficient ca un astfel de control exercitat să fie reprezentat, în principal, de libertatea conferită majorității asociaților prin dreptul societăților comerciale, ceea ce limitează posibilitatea autorității contractante de a influența deciziile societăților respective⁽³¹⁾.

Controlul analog poate fi exercitat în mod individual sau în comun:

Nu este indispensabil ca acest control să fie exercitat individual: este admis controlul analog în comun. Conform jurisprudenței, în cazul în care se apelează la o entitate deținută în comun de mai multe autorități contractante, „controlul analog” poate fi exercitat împreună de autoritățile respective, fără a fi indispensabil ca acest control să fie exercitat individual de fiecare dintre ele. Deciziile pot fi adoptate cu o majoritate, după caz⁽³²⁾.

Curtea a admis că, în anumite împrejurări, condiția privind controlul exercitat de autoritatea contractantă poate fi îndeplinită chiar și în cazul în care o astfel de autoritate nu deține decât 0,25 % din capitalul unei întreprinderi publice⁽³³⁾. Controlul comun analog este posibil inclusiv în cazul în care procentul participației este foarte redus, cu condiția ca drepturile aferente acestei participații să fie suficiente pentru ca acționarii să exercite în comun un control efectiv⁽³⁴⁾.

În cazul în care autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă face parte din organul de decizie al unei entități deținute în mod colectiv și controlate de mai mulți proprietari publici, este necesar să se evalueze dacă există un control analog comun asupra entității.

3.5.1.3. Condiția referitoare la realizarea părții celei mai importante a activităților entității pentru autoritatea sau autoritățile contractante care o controlează

Entitatea trebuie să realizeze partea cea mai importantă a activităților proprii pentru autoritatea sau autoritățile contractante care o controlează, și anume efectuând sarcinile care i-au fost trasate de autoritatea contractantă controlare sau de alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractantă, indiferent de beneficiarul execuției contractuale. CEJ nu a stabilit până în prezent un procent care ar putea constitui partea cea mai importantă a activității unei entități⁽³⁵⁾.

În cazul în care autoritatea de management nu este singurul proprietar și controlor al entității, condiția ca entitatea să realizeze partea cea mai importantă a activității sale pentru autoritatea sau autoritățile contractante care o controlează este îndeplinită chiar dacă la momentul atribuirii contractului entitatea internă nu efectua în mod specific orice sarcini încredințate de autoritatea de management, dar partea cea mai importantă a activității entității respective constă în sarcinile încredințate de celelalte autorități controlare.

Concluzie:

Prin urmare, autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă poate, în condițiile menționate mai sus, să încredințeze sarcini de implementare a instrumentelor financiare unei entități deținute de stat în proporție de 100 % (de exemplu, o bancă de dezvoltare) asupra căreia exercită un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii, cu condiția ca respectiva entitate să realizeze partea cea mai importantă a activității sale pentru autoritatea sau autoritățile contractante care o controlează. Selecția intermediarilor financiari de către entitățile interne trebuie să respecte normele și principiile privind achizițiile publice, cu condiția ca entitățile interne să fie ele însele autorități contractante.

3.5.2. Condiții de atribuire către entități interne după transpunerea Directivei 2014/24/UE (articolul 12 din Directiva 2014/24/UE) sau după 18 aprilie 2016

În conformitate cu articolul 12 din Directiva 2014/24/UE, o autoritate contractantă poate încheia un contract de achiziții publice cu o persoană juridică controlată cu condiția să fie îndeplinite următoarele trei condiții cumulative.

⁽³⁰⁾ Cauza C-324/07 Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, punctul 54.

⁽³¹⁾ Cauza C-458/03 Parking Brixen, punctul 69 și cauza C-340/04 Carbotermo, punctul 39. În speță, CEJ a considerat că respectivul control nu este analog celui exercitat de o autoritate contractantă asupra propriilor servicii în cazul în care statutul unei societăți nu rezervă autorității contractante competențe de control sau de vot specifice pentru a restrânge libertatea de acțiune conferită unui consiliu de administrație, căruia i se atribuie competențele cele mai extinse posibil pentru gestionarea ordinară și extraordinară a societății și în cazul în care influența autorității contractante asupra entității interne este exercitată printr-o societate holding, întrucât, în funcție de circumstanțele cauzei, apelarea la un asemenea intermediar ar putea slăbi controlul exercitat de autoritatea contractantă asupra unei societăți comerciale pe acțiuni numai în baza participației sale la capitalul acesteia.

⁽³²⁾ Cauza C-324/07 Coditel Brabant SA/Comuna d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, punctul 54.

⁽³³⁾ Cauza C-295/05 Asemfo, punctele 56-61.

⁽³⁴⁾ Cauza C-182/11 Econord SpA/Comune di Cagno, punctul 33.

⁽³⁵⁾ Cu toate acestea, se poate remarca faptul că CEJ a acceptat un procent de 90 % (a se vedea cauza C-295/05, Asemfo, punctul 63).

3.5.2.1. Condiția privind forma de proprietate a entității interne

Nu trebuie să existe participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate, cu excepția formelor de participare nemajoritare sau nedecisive a capitalului privat cerute de dispozițiile legislative naționale, în conformitate cu tratatele, care nu exercită o influență decisivă asupra persoanei juridice controlate.

Conform tratatelor, forma de participare nemajoritară sau nedecisivă a capitalului privat se referă la o participare privată care rezultă dintr-o procedură transparentă și nediscriminatorie ⁽³⁶⁾ care respectă principiile prevăzute în tratate.

Nu este necesar ca autoritatea contractantă care utilizează serviciile unei entități interne să dețină acțiuni în entitatea respectivă, cu condiția ca această entitate să fie deținută de stat în proporție de 100 %, ca aceasta să controleze entitatea internă (secțiunea 3.5.2.2 de mai jos) și să fie îndeplinite criteriile de activitate (secțiunea 3.5.2.3 de mai jos) ⁽³⁷⁾.

3.5.2.2. Condiția privind controlul autorităților contractante asupra entității interne

Autoritatea contractantă trebuie să exercite asupra persoanei juridice în cauză un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor servicii. Codificând criteriile identificate de jurisprudență, articolul 12 alineatul (1) din directivă prevede că se consideră că o autoritate contractantă exercită un astfel de control atunci când aceasta exercită o influență decisivă atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale persoanei juridice controlate. Prin urmare, sunt relevanți indicatorii influenței decisive a autorității contractante atât asupra obiectivelor strategice, cât și asupra deciziilor importante ale entității, menționați în secțiunea 3.5.1.2.

Un astfel de control poate fi exercitat de către o altă persoană juridică, care este ea însăși controlată în același mod de către autoritatea contractantă [articolul 12 alineatul (1)] sau în comun, cu condiția îndeplinirii cerințelor prevăzute la articolul 12 alineatul (3) din directivă ⁽³⁸⁾.

Cu excepția cazurilor de control în comun, atribuirea directă a contractelor de achiziție publică este posibilă, de asemenea, în cazul în care o persoană juridică controlată care este autoritate contractantă atribuie un contract autorității contractante care o controlează sau unei alte persoane juridice controlate de aceeași autoritate contractantă, cu condiția să nu existe participare privată directă la capitalul persoanei juridice căreia i se atribuie contractul de achiziții publice, cu excepția formelor de participare nemajoritare sau nedecisive a capitalului privat cerute prin dispozițiile legislative naționale, în conformitate cu tratatele, care nu exercită o influență decisivă asupra persoanei juridice controlate [a se vedea articolul 12 alineatul (2) din directivă].

3.5.2.3. Condiția privind realizarea activității pentru autoritățile contractante controloare

Persoană juridică controlată trebuie să desfășoare peste 80 % din activitate efectuând sarcinile care i-au fost trasate de autoritatea contractantă sau de alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractantă, indiferent de beneficiarul execuției contractuale. În conformitate cu articolul 12 alineatul (5) din Directiva 2014/24/UE, pentru determinarea procentajului de activități, se ia în considerare cifra medie de afaceri totală sau o alternativă adecvată bazată pe activitate, precum costurile suportate de persoana juridică relevantă sau de autoritatea contractantă în legătură cu servicii, produse și lucrări în ultimii trei ani precedenți atribuirii contractului.

În cazul în care, datorită datei la care persoana juridică relevantă sau autoritatea contractantă a fost înființată sau și-a început activitatea sau din cauza reorganizării activităților sale, cifra de afaceri sau alternativa bazată pe activitate precum costurile fie nu sunt disponibile pentru ultimii trei ani, fie nu mai sunt relevante, este suficient să se demonstreze că măsura activității este verosimilă, în special cu ajutorul previziunilor de afaceri.

⁽³⁶⁾ A se vedea cauza C-64/08, *Engelmann*, punctul 50 și cauza C-25/14, UNIS, punctul 39, care reamintesc că, fără a impune neapărat organizarea unei proceduri de cerere de oferte, obligația de transparență implică un nivel de publicitate adecvat, care să permită, pe de o parte, concurența și, pe de altă parte, controlul imparțialității procedurii de atribuire.

⁽³⁷⁾ Este dificil de imaginat un context în care o autoritate contractantă ar controla în mod efectiv o entitate internă fără a deține nici măcar parțial entitatea respectivă.

⁽³⁸⁾ În temeiul articolului 12 alineatul (3) din Directiva 2014/24/UE, controlul în comun presupune îndeplinirea următoarelor condiții:

- (i) organele de decizie ale persoanei juridice controlate sunt compuse din reprezentanți ai tuturor autorităților contractante participante. Reprezentanții individuali pot reprezenta mai multe sau toate autoritățile contractante participante;
- (ii) autoritățile contractante sunt în măsură să exercite în comun o influență decisivă asupra obiectivelor strategice și a deciziilor importante ale persoanei juridice controlate; și
- (iii) persoana juridică controlată nu urmărește interese contrare celor ale autorităților contractante care o controlează.

Statele membre sunt autorizate să utilizeze oricare dintre aceste metode. Atunci când se utilizează metoda cifrei medii de afaceri totale, cifra de afaceri ar trebui să ia în considerare toate activitățile entității (de exemplu, bancă de dezvoltare/de promovare), iar din aceasta mai mult de 80 % trebuie să fie generate de sarcinile care i-au fost trasate de autoritatea contractantă controloare sau de alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractantă.

Ori de câte ori o autoritate de management sau un organism intermediar desemnează o entitate internă ca organism de punere în aplicare a unui fond de fonduri și entitatea respectivă este o autoritate contractantă în temeiul directivei privind achizițiile publice, în selectarea intermediarilor financiari, acestea trebuie să respecte normele și principiile privind achizițiile publice. În plus, în conformitate cu articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul delegat al Comisiei, selecția trebuie să respecte, de asemenea, cerințele specifice prevăzute în această dispoziție (a se vedea secțiunea 3.7 de mai jos).

Instituțiile financiare dintr-un stat membru care vizează îndeplinirea obiectivelor de interes public sub controlul unei autorități publice menționate la articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (ii) din RDC pot primi sarcini de implementare a instrumentelor financiare, atunci când sunt îndeplinite condițiile menționate anterior.

Concluzie:

O autoritate de management, un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă poate încheia contracte în mod direct cu entitățile interne pentru implementarea instrumentelor financiare, cu condiția respectării cerințelor prevăzute la articolul 12 din Directiva 2014/24/UE. Selecția intermediarilor financiari de către entitățile interne trebuie să respecte normele și principiile privind achizițiile publice, în cazul în care entitățile interne sunt ele însele autorități contractante.

Exemplul 1:

Regiunea X deține 100 % dintr-o bancă de dezvoltare regională a cărei sarcină, astfel cum este definită în statutul său, este de a sprijini dezvoltarea economică în regiune.

Regiunea X prezidează consiliul de supraveghere al băncii, a cărei sarcină este de a oferi orientări strategice privind activitățile băncii și de a vota bugetul, planul de personal și nominalizările managerilor băncii.

Banca poate lua în mod liber decizii de finanțare zilnice, și anume de a acorda împrumuturi și garanții întreprinderilor din regiune care nu intră în domeniul de aplicare a ceea ce este considerat „important”. Deciziile importante (precum deciziile privind strategiile de creditare, planul de personal, bugetul) fac obiectul influenței decisive a autorității contractante care o controlează.

Conform acordurilor respective, regiunea X exercită asupra băncii un control similar celui exercitat asupra propriilor servicii.

Regiunea X dorește să încredințeze băncii de dezvoltare regională sarcini de implementare a unui instrument financiar.

Întrucât regiunea X controlează efectiv banca pe care o deține în totalitate și întrucât banca nu desfășoară nicio altă activitate comercială în afară de sarcinile îndeplinite pentru regiunea X, există o relație internă între regiunea X și bancă care permite regiunii X să încredințeze băncii sarcini de implementare a instrumentului financiar, cu condiția ca banca să îndeplinească cerințele prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei.

Exemplul 2:

Regiunea X deține 1 % dintr-o bancă națională de dezvoltare a cărei sarcină, definită în statutul său, este de a sprijini dezvoltarea economică în statul membru.

Regiunea X este membră a consiliului de supraveghere al băncii. Banca poate lua în mod liber decizii de finanțare zilnice, și anume de a acorda împrumuturi și garanții întreprinderilor din regiune care nu intră în domeniul de aplicare a ceea ce este considerat „important”. Cu toate acestea, deciziile importante (precum deciziile privind strategiile de creditare, planul de personal, bugetul) fac obiectul influenței decisive a autorității contractante care o controlează. Pe baza drepturilor legate de calitatea sa de membru, regiunea X exercită asupra băncii un control similar celui exercitat asupra propriilor servicii.

Pe lângă sarcinile îndeplinite pentru regiunea X, banca desfășoară activități comerciale, care reprezintă 15 % din cifra sa medie de afaceri totală.

În iunie 2016 (în conformitate cu Directiva 2014/24/UE), regiunea X dorește să încredințeze băncii sarcini de implementare a unui instrument financiar. Întrucât aceasta controlează efectiv banca (chiar dacă deține numai 1 %) și întrucât banca desfășoară peste 80 % din activitate efectuând sarcinile care i-au fost trasate de către proprietarii săi⁽³⁹⁾ (calculată pe baza cifrei medii de afaceri totale din ultimii trei ani precedenți atribuirii contractului), există o relație internă între bancă și regiunea X care autorizează regiunea X să atribuie băncii sarcini de implementare a instrumentului financiar, cu condiția ca banca să îndeplinească cerințele prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei.

⁽³⁹⁾ Presupunând, cu titlu exemplificativ, că sunt îndeplinite condițiile referitoare la proprietatea asupra unei entități interne stabilite în Directiva 2014/24/UE și reamintite mai sus.

Exemplul 3:

Statul deține 100 % dintr-o bancă de dezvoltare a cărei sarcină este de a sprijini dezvoltarea economică în statul membru.

Ministerul X este membru al consiliului de supraveghere al băncii. Banca poate lua în mod liber decizii de finanțare zilnice, și anume de a acorda împrumuturi și garanții întreprinderilor din regiune care nu intră în domeniul de aplicare a ceea ce este considerat „important”. Cu toate acestea, deciziile importante (precum deciziile privind strategiile de creditare, planul de personal, bugetul) fac obiectul influenței decisive a autorității contractante care o controlează, prin urmare, ministerul X exercită asupra băncii un control similar celui exercitat asupra propriilor servicii.

Pe lângă sarcinile îndeplinite pentru ministerul X, banca desfășoară activități comerciale, care reprezintă 15 % din cifra medie de afaceri totală.

În iunie 2016 (în conformitate cu Directiva 2014/24/UE), ministerul X dorește să încredințeze băncii sarcini de implementare a unui instrument financiar. Întrucât ministerul X controlează efectiv banca și întrucât banca desfășoară peste 80 % din activitate efectuând sarcinile care i-au fost trasate de către proprietarii săi ⁽⁴⁰⁾ (calcul pe baza cifrei medii de afaceri totale din ultimii trei ani precedenți atribuirii contractului), există o relație internă între bancă și ministerul X care autorizează ministerul X să atribuie băncii sarcini de implementare a instrumentului financiar, cu condiția ca banca să îndeplinească cerințele prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei.

3.6. Cooperare interadministrativă ⁽⁴¹⁾

Din nou, simplul fapt că ambele părți la un acord sunt autorități publice nu exclude în sine aplicarea normelor privind achizițiile publice.

Cu toate acestea, aplicarea normelor privind achizițiile publice nu ar trebui să interfereze cu libertatea autorităților publice de a-și îndeplini atribuțiile de serviciu public acordate acestora prin utilizarea resurselor proprii, care include posibilitatea cooperării cu alte autorități publice. Având în vedere necesitatea de a evita denaturarea concurenței în raport cu operatorii economici privați, Directiva 2014/24/UE a adus clarificări suplimentare privind cooperarea interadministrativă.

În acest context, o autoritate de management, un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă poate lua în considerare utilizarea cooperării interadministrative pentru a încredința sarcini de implementare a unui instrument financiar, sub rezerva îndeplinirii condițiilor pentru o astfel de cooperare ⁽⁴²⁾.

Cooperarea interadministrativă pentru implementarea instrumentelor financiare poate fi pusă în aplicare prin intermediul unui contract între autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă și o altă autoritate contractantă care controlează o entitate deținută de stat în proporție de 100 %, în măsură să implementeze instrumente financiare (de exemplu, o entitate internă). În mod alternativ, un acord de finanțare poate fi încheiat direct între autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă și autoritatea contractantă de implementare a instrumentului financiar. Contractul/acordul de finanțare ar trebui să reglementeze modalitățile de remunerare a organismului de implementare a instrumentului financiar ⁽⁴³⁾.

Atunci când recurge la cooperarea interadministrativă, o autoritate de management, un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri care este o autoritate contractantă trebuie să asigure respectarea dispozițiilor articolului 7 alineatele (1) și (2) din Regulamentul delegat al Comisiei.

⁽⁴⁰⁾ Presupunând, cu titlu exemplificativ, că sunt îndeplinite condițiile referitoare la proprietatea asupra unei entități interne stabilite în Directiva 2014/24/UE și reamintite mai sus.

⁽⁴¹⁾ Cu condiția să fie respectate condițiile pentru cooperarea interadministrativă, aceasta poate permite atribuirea directă a unui contract instituțiilor financiare stabilite într-un stat membru care vizează îndeplinirea obiectivelor de interes public sub controlul unei autorități publice menționate la articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (ii) din RDC și organismelor de drept public menționate la articolul 38 alineatul (4) litera (b) punctul (iii) din RDC.

⁽⁴²⁾ De asemenea, un stat membru poate desemna un organism intermediar în cadrul cooperării interadministrative. Acest organism intermediar ar putea încredința apoi sarcini de implementare a unui instrument financiar prin intermediul cooperării interadministrative sau unei entități interne a organismului intermediar.

⁽⁴³⁾ În cazul în care este încheiat un contract cu entitatea internă, prețul ar putea fi plătit organismului de implementare a instrumentului financiar, fie direct de către autoritatea de management, fie indirect, prin intermediul autorității publice care cooperează cu autoritatea de management. În cauza C-480/06 (Comisia/Germania) Stadtreinigung Hamburg a rezervat o capacitate de 120 000 de tone pe an pentru patru Landkreise pentru un preț calculat utilizând aceeași formulă pentru fiecare dintre părțile implicate. Acest preț a fost plătit operatorului instalației, cealaltă parte la contractul cu Stadtreinigung Hamburg, prin intermediul acesteia din urmă (a se vedea punctul 5).

3.6.1. *Condiții pentru cooperarea interadministrativă până la transpunerea Directivei 2014/24/UE sau până la 18 aprilie 2016, în funcție de care dintre aceste date este prima*

Înainte de adoptarea Directivei cu 2014/24/UE, condițiile în care este posibilă încheierea contractelor ⁽⁴⁴⁾ între autoritățile publice (cooperare interadministrativă) nu făceau obiectul normelor privind achizițiile publice și erau definite de jurisprudență.

Cooperarea interadministrativă între autoritățile publice pentru a asigura îndeplinirea unei sarcini publice pe care toți trebuie să o efectueze este permisă în afara domeniului de aplicare a normelor privind achizițiile publice ⁽⁴⁵⁾. Normele privind achizițiile publice nu sunt aplicabile în măsura în care:

- cooperarea interadministrativă vizează exclusiv autoritățile publice, fără participarea vreunei părți private;
- principiul egalității de tratament este respectat, astfel încât niciun furnizor privat de servicii să nu fie plasat într-o situație privilegiată față de concurenții săi ⁽⁴⁶⁾; și
- cooperarea pe care o instituie este reglementată numai de considerații și cerințe proprii urmăririi obiectivelor de interes public pe care autoritățile trebuie să le îndeplinească ⁽⁴⁷⁾.

Nu există nicio jurisprudență privind cooperarea interadministrativă în ceea ce privește instrumentele financiare. Cu toate acestea, exemplele din alte domenii pot ilustra poziția CEJ în raport cu întrebarea dacă cooperarea este guvernată numai de considerații și cerințe proprii urmăririi obiectivelor de interes public.

CEJ a admis că autoritățile locale urmăresc scopul de a asigura că o sarcină publică este realizată atunci când cooperează în domeniul eliminării deșeurilor pentru punerea în aplicare a obligațiilor prevăzute în legislația UE aplicabilă ⁽⁴⁸⁾.

CEJ a analizat, de asemenea, cooperarea dintre o universitate și o societate de stat de drept privat pentru achiziționarea unui sistem informatic de management destinat învățământului superior. CEJ a concluzionat că o astfel de cooperare nu are ca scop îndeplinirea unei sarcini publice pe care atât universitatea, cât și societatea în cauză trebuie să o efectueze, întrucât acestea din urmă nu îi este încredințată în mod direct îndeplinirea unei atribuții de serviciu public ⁽⁴⁹⁾.

Cooperarea interadministrativă pentru implementarea instrumentelor financiare impune ca autoritățile care cooperează să îndeplinească sarcinile care le sunt conferite în interesul public. Acest lucru este valabil dacă toate activitățile autorității contractante/entității responsabile sunt realizate în temeiul unui mandat public încredințat prin lege, astfel încât implementarea instrumentului financiar să le permită autorităților să îndeplinească funcțiile care le sunt conferite de legislația națională sau de legislația Uniunii, cum ar fi finanțarea măsurilor sociale sau acordarea de finanțare pentru anumite tipuri de IMM-uri sau să promoveze dezvoltarea economică sau cercetarea. Urmărirea de către o autoritate de management (un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri) a obiectivelor și a activităților operaționale descrise într-un program (mai degrabă decât activitățile de sprijin, precum dezvoltarea instrumentelor informatice sau închirierea birourilor necesare pentru a găzdui personalul care lucrează la implementarea fondurilor ESI) poate fi considerată îndeplinirea unor sarcini de interes public. În cazul în care aceleași obiective și activități sunt urmărite de alte autorități publice, realizarea lor ar putea favoriza cooperarea interadministrativă.

Cooperarea dintre autoritățile publice trebuie să fie guvernată numai de considerații și cerințe proprii urmăririi obiectivelor de interes public, care necesită o analiză de la caz la caz.

Remunerația plătită de autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este autoritatea contractantă pentru implementarea instrumentului financiar organismului de implementare a instrumentului financiar trebuie să fie echivalentă cu cea plătită de alte autorități publice care utilizează serviciile organismului de implementare a instrumentului financiar pentru aceleași tipuri de produse financiare furnizate aceluiași tipuri de destinatari, sub rezerva respectării dispozițiilor de reglementare aplicabile privind costurile și comisioanele de gestionare (a se vedea, în special, articolele 12 și 13 din Regulamentul delegat al Comisiei).

⁽⁴⁴⁾ În conformitate cu legislația UE, nu există nicio cerință formală aplicabilă contractului.

⁽⁴⁵⁾ Cauza C-480/06, Comisia/Germania, punctele 37 și 44-47 și cauza C-159/11 ASL Lecce, punctele 35-37.

⁽⁴⁶⁾ În cazul în care autoritățile publice nu pot realiza serviciile în proporție de 100 % prin cooperare interadministrativă și trebuie să atribuiască un contract unei părți private pentru partea rămasă, pentru a asigura egalitatea de tratament, după caz, acest lucru trebuie realizat prin intermediul procedurii de achiziții publice.

⁽⁴⁷⁾ Cauza C-480/06, Comisia/Germania, punctele 44-47.

⁽⁴⁸⁾ Cauza C-480/06, Comisia/Germania, punctul 37.

⁽⁴⁹⁾ Cauza C-15/13 Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH, punctele 16 și 35.

Concluzie:

Până la transpunerea Directivei 2014/24/UE sau până la 18 aprilie 2016, în funcție de care dintre aceste date survine prima, o autoritate de management, un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri care este autoritate contractantă poate, sub rezerva respectării condițiilor stabilite în jurisprudență, să încheie acorduri de cooperare interadministrativă cu o autoritate publică căreia îi pot fi încredințate sarcini de implementare a instrumentelor financiare.

3.6.2. Condiții pentru cooperarea interadministrativă după transpunerea Directivei 2014/24/UE sau după 18 aprilie 2016

În temeiul articolului 12 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE, un contract încheiat exclusiv între două sau mai multe autorități contractante nu intră în domeniul de aplicare a directivei, în cazul în care sunt îndeplinite trei condiții:

- (i) Contractul instituie sau pune în aplicare o cooperare între autoritățile contractante participante, cu scopul de a asigura că prestarea serviciilor publice pe care trebuie să o efectueze se realizează în vederea îndeplinirii obiectivelor comune. Astfel cum se indică în secțiunea 3.6.1, urmărirea de către o autoritate de management, un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri care este autoritate contractantă a obiectivelor și activităților operaționale descrise într-un program (mai degrabă decât activitățile de sprijin precum dezvoltarea instrumentelor informatice sau închirierea birourilor necesare pentru a găzdui personalul care lucrează la punerea în aplicare a fondurilor ESI) poate fi considerată îndeplinirea unor sarcini de interes public.
- (ii) Respectiva cooperare este guvernată numai de considerații și cerințe proprii urmăririi obiectivelor de interes public (a se vedea implicațiile explicate mai sus în secțiunea 3.6.1 în ceea ce privește remunerația).
- (iii) Autoritățile contractante participante desfășoară pe piața liberă sub 20 % din activitățile vizate de cooperare. În consecință, limitarea nu se aplică activității de pe piață care nu face obiectul cooperării.

În conformitate cu ultima condiție, care prevede o limitare strictă a activităților de pe piață care nu fac obiectul cooperării, autoritățile contractante participante trebuie să desfășoare mai puțin de 20 % din activitățile vizate de cooperare pe piața deschisă.

În cazul în care părțile participante la cooperarea interadministrativă nu se angajează în activități economice sau nu intră în niciun tip de concurență cu alți actori de pe piață, condiția prevăzută la articolul 12 alineatul (4) litera (c) este îndeplinită, întrucât nu se desfășoară nicio activitate pe piața deschisă.

În conformitate cu articolul 12 alineatul (5) din Directiva 2014/24/UE, pentru determinarea procentajului de activități, se ia în considerare cifra medie de afaceri totală sau o alternativă adecvată bazată pe activitate, precum costurile suportate de persoana juridică relevantă sau de autoritatea contractantă în legătură cu servicii, produse și lucrări în ultimii trei ani precedenți atribuirii contractului. Prin definiție, acest calcul nu acoperă activitățile desfășurate recent în cadrul cooperării, și anume care nu au fost desfășurate de către oricare dintre autoritățile contractante participante înainte de cooperare.

În cazul în care, datorită datei la care persoana juridică relevantă sau autoritatea contractantă a fost înființată sau și-a început activitatea sau din cauza reorganizării activităților sale, cifra de afaceri sau alternativa bazată pe activitate precum costurile fie nu sunt disponibile pentru ultimii trei ani, fie nu mai sunt relevante, este suficient să se demonstreze că măsura activității este verosimilă, în special cu ajutorul previziunilor de afaceri.

De asemenea, este disponibilă gama de acorduri descrisă mai sus în cadrul secțiunii 3.6.1 ⁽⁵⁰⁾.

Concluzie:

După transpunerea Directivei 2014/24/UE sau după 18 aprilie 2016, o autoritate de management, un organism intermediar sau un organism de implementare a unui fond de fonduri care este autoritate contractantă poate fi în măsură să încheie acorduri de cooperare interadministrativă care respectă condițiile stabilite în directivă cu alte autorități contractante, cărora le pot fi încredințate sarcini de implementare a instrumentelor financiare. De asemenea, este disponibilă gama de acorduri descrisă mai sus în cadrul secțiunii 3.6.1.

⁽⁵⁰⁾ Și anume, contractul direct între autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este autoritate contractantă și o altă autoritate contractantă care controlează o entitate deținută de stat în proporție de 100 %, în măsură să implementeze instrumente financiare (de exemplu, o entitate internă) și contractul direct între autoritatea de management, organismul intermediar sau organismul de implementare a unui fond de fonduri care este autoritate contractantă și autoritatea contractantă de implementare a instrumentului financiar.

Exemplu:

Ministerul Economiei controlează o bancă de dezvoltare deținută de stat în proporție de 100 %, a cărei sarcină, astfel cum este definită prin lege, constă în acordarea de împrumuturi și garanții pentru IMM-uri pentru a sprijini inovarea pe întreg teritoriul țării.

Regiunea Y implementează un program care vizează sprijinirea inovării în regiune. Aceasta nu controlează, nici individual, nici în comun, banca națională de dezvoltare. Prin urmare, între cele două nu există nicio relație internă.

Cooperarea interadministrativă ar putea fi posibilă în cazul în care sunt îndeplinite condițiile pentru o astfel de cooperare:

1. Contractul de instituire a unei cooperări încheiat fie între Ministerul Economiei și regiunea Y, fie între banca de dezvoltare și regiunea Y trebuie să vizeze asigurarea faptului că serviciile publice pe care ministerul și regiunea Y trebuie să le realizeze sunt furnizate în vederea atingerii obiectivelor pe care le au în comun. În ceea ce privește regiunea Y, este suficient că sprijinul pentru inovarea în regiune este un obiectiv vizat de program.
2. Punerea în aplicare a cooperării este guvernată numai de considerații proprii urmăririi obiectivelor de interes public. În special, remunerația pentru servicii trebuie oferită regiunii în aceleași condiții ca ministerului. În cazul în care produsele financiare pe care regiunea solicită băncii să le implementeze sunt deja furnizate de către bancă pentru minister, banca va percepe de la regiune aceleași costuri și onorarii pentru implementarea unui instrument financiar care furnizează aceste produse. În cazul în care produsele financiare pe care regiunea solicită băncii să le implementeze nu sunt furnizate de către bancă, banca națională de dezvoltare acceptă să perceapă de la regiune aceleași costuri și onorarii pe care le-ar percepe de la minister.
3. Autoritățile contractante participante trebuie să desfășoare pe piața liberă sub 20 % din activitățile vizate de cooperare. Banca națională de dezvoltare nu trebuie să asigure tipul de finanțare vizat de cooperare (de exemplu, tipul de produs financiar oferit unui anumit tip de destinatari într-un anumit sector, cum ar fi capitaluri proprii pentru inovare destinate întreprinderilor nou-înființate) pe piața deschisă într-o proporție mai mare de 20 % din cifra medie de afaceri totală din ultimii trei ani precedenți atribuirii contractului.

Cu condiția ca banca națională de dezvoltare să respecte cerințele articolului 7 din Regulamentul delegat al Comisiei, regiunea Y poate să atribuie un contract băncii respective și să semneze contractul cu banca în mod direct.

3.7. Cerințele prevăzute la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei

Articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei stabilește criteriile care trebuie aplicate de autoritatea de management la selectarea organismelor de implementare a instrumentelor financiare. Normele prevăzute la articolul 7 alineatele (1) și (2) se aplică selecției organismelor de implementare a instrumentelor financiare (cu excepția selecției BEI și FEI), indiferent de valoarea contractului și de procedura de selecție a organismelor în cauză (procedură deschisă, procedură de negociere, procedură competitivă de negociere, atribuire directă). Dispozițiile articolului 7 alineatul (3) din Regulamentul delegat al Comisiei se aplică selecției intermediarilor financiari de către organismele de implementare a unui fond de fonduri.

Reamintind principiile transparenței și nediscriminării prevăzute în tratat, articolul 7 alineatul (2) din Regulamentul delegat al Comisiei prevede că procesul de selecție trebuie să fie transparent și justificat de motive obiective și să nu creeze conflicte de interese.

La încredințarea sarcinilor de implementare a instrumentelor financiare către o parte terță, în conformitate cu una dintre procedurile de achiziție prevăzute în Directiva privind achizițiile publice, având în vedere articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei, trebuie introduse cel puțin criteriile de selecție, criteriile de atribuire și elementele pentru caietele de sarcini enumerate mai jos, în secțiunile 3.7.1-3.7.3. În afara acestei situații, și anume în cazul atribuirii directe a unui contract, trebuie aplicate criteriile de selecție menționate la articolul 7 din Regulamentul delegat al Comisiei, dar nu cu titlu de criterii de selecție, criterii de atribuire și elemente indicate în caietul de sarcini.

3.7.1. Criterii de selecție

Criteriile definite la articolul 7 alineatul (1) literele (a)-(f) și la articolul 7 alineatul (2) primul paragraf din Regulamentul delegat al Comisiei sunt legate de capacitatea juridică, financiară, economică și organizațională a organismului căruia urmează să îi fie încredințate sarcini de implementare a instrumentului financiar. Prin urmare, trebuie să fie aplicat următorul set minim de criterii de selecție.

3.7.1.1. Capacitatea juridică

Capacitatea juridică a organismului responsabil trebuie să fie verificată pentru a asigura faptul că organismul selectat este autorizat să îndeplinească sarcinile de implementare a instrumentului financiar în conformitate cu legislația Uniunii și cu legislația națională. Prin urmare, procedura de selecție trebuie să verifice autorizarea organismului responsabil de a îndeplini sarcini relevante de execuție în temeiul legislației Uniunii și al legislației naționale [articolul 7 alineatul (1) litera (a) din Regulamentul delegat al Comisiei].

3.7.1.2. Capacitatea economică și financiară

Organismul căruia i se încredințează sarcinile de implementare a instrumentelor financiare trebuie să dispună de capacitatea economică și financiară pentru a realiza această activitate. Prin urmare, procedura de selecție trebuie să asigure faptul că viabilitatea economică și financiară a organismului însărcinat este adecvată [articolul 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Caracterului adecvat trebuie verificat în funcție de tipul sarcinilor care vor fi încredințate organismului și de modalitățile de implementare a acestora, inclusiv în funcție de durata lor.

3.7.1.3. Capacitatea organizațională

Organismul căruia i se încredințează sarcinile de implementare a instrumentelor financiare trebuie să dispună de capacitatea organizațională de a implementa un instrument financiar în contextul punerii în aplicare a unui program, și anume:

- capacitate adecvată de implementare a instrumentului financiar, inclusiv structura organizațională și cadrul de guvernanță, oferind autorității de management asigurarea necesară [articolul 7 alineatul (1) litera (c) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Autoritatea de management trebuie să evalueze cât de bine este dirijat și controlat sistemul pus în aplicare în cadrul organismului căruia i-au fost încredințate sarcinile de implementare. Sistemul pus în aplicare ar trebui să acopere aspecte precum: planificarea, instituirea, comunicarea, monitorizarea progresului în raport cu obiectivele, managementul riscului și controalele de gestiune;
- un sistem de control intern eficace și eficient [articolul 7 alineatul (1) litera (d) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Un sistem de control intern eficace și eficient ar trebui să asigure faptul că organismul căruia i se încredințează implementarea instrumentului financiar/instrumentelor financiare a pus în aplicare un mediu de control adecvat și că respectă procedurile în vigoare pentru execuția, măsurarea, monitorizarea și reducerea riscurilor;
- utilizarea unui sistem contabil care să furnizeze informații exacte, complete și fiabile în timp util [articolul 7 alineatul (1) litera (e) din Regulamentul delegat al Comisiei].

3.7.1.4. Experiența

Pentru a se asigura selectarea organismelor celor mai potrivite pentru o implementare eficientă a instrumentelor financiare, autoritatea de management trebuie să țină seama de experiența anterioară a organismului respectiv în implementarea unor instrumente financiare similare (nu în mod necesar cu fonduri UE) în general, precum și de competențele și de experiența membrilor echipei propuși în particular [articolul 7 alineatul (2) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Această cerință nu ar trebui să împiedice desemnarea unei entități nou create, după evaluarea experienței membrilor echipei. În mod normal, evaluarea experienței membrilor echipei va constitui un criteriu de atribuire, întrucât aceasta este relevantă în ceea ce privește oferta (pentru a evalua cine va lucra la furnizarea serviciilor oferite) și nu în ceea ce privește ofertantul.

3.7.2. Criterii de atribuire

Al doilea set de criterii definite la articolul 7 alineatul (2) literele (a)-(f) din Regulamentul delegat al Comisiei este legat de obiectul contractului privind implementarea instrumentului financiar. Prin urmare, trebuie aplicat setul minim de criterii de atribuire enumerate mai jos. Utilizarea metodologiei bazate fie numai pe prețul cel mai scăzut, fie numai pe cost (de exemplu, numai în contextul taxelor de gestionare sau costurilor de gestionare a instrumentelor financiare) pentru evaluarea ofertelor prezentate de organisme de implementare a instrumentelor financiare nu ar permite autorităților de management să aplice întreg setul minim de criterii de evaluare. Prin urmare, autoritățile de management care selectează organisme de implementare a instrumentelor financiare trebuie să aplice metodologia cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pentru evaluarea ofertelor.

3.7.2.1. Metodologia de investiții

Autoritatea de management trebuie să evalueze ofertele pe baza metodologiei de investiții propuse în ofertele ofertanților în ceea ce privește selecția intermediarilor financiari sau a destinatarilor finali, după caz, pe baza termenilor și condițiilor aplicate în raport cu sprijinul acordat destinatarilor finali, inclusiv tariful și, în cazul în care organismul de implementare a instrumentului financiar alocă resursele financiare proprii pentru instrumentul financiar sau partajează riscul, pe baza măsurilor propuse pentru a alinia interesele și pentru a reduce eventuale conflicte de interese:

- o metodologie fiabilă și credibilă pentru identificarea și evaluarea intermediarilor financiari sau a destinatarilor finali, după caz [articolul 7 alineatul (2) litera (a) din Regulamentul delegat al Comisiei];
- termenii și condițiile aplicate legate de sprijinul furnizat destinatarilor finali, inclusiv tariful [articolul 7 alineatul (2) litera (c) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Tariful ar trebui să acopere gama prețurilor pentru diferite tipuri de servicii și avantaje suplimentare oferite în raport cu o tranzacție comercială standard (de exemplu, reducerea garanțiilor, facilități la rambursare în caz de dificultăți de rambursare, posibilitatea de a furniza sau nu consultanță tehnică și/sau financiară în domenii specifice pentru proiecte complexe etc.). În cazul în care prețul nu este stabilit în prealabil de către furnizor pentru un anumit tip de serviciu, ar trebui prevăzută și comunicată metoda de calculare a prețului sau o estimare suficient de detaliată.

Termenii și condițiile ar putea lua forma unui ghid explicativ simplu, care sprijină destinatarii finali în înțelegerea modului în care ar trebui să își prezinte cererile pentru investiții, tipurile de servicii care trebuie să fie prestate și tipul de remunerație care va fi acoperit de contract;

- în cazurile în care organismul de implementare a instrumentului financiar alocă resurse financiare proprii instrumentului financiar sau partajează riscul, măsuri propuse privind alinierea intereselor și pentru atenuarea eventualelor conflicte de interese [articolul 7 alineatul (2) litera (f) din Regulamentul delegat al Comisiei]. O măsură pentru a alinia în mod eficace interesele între investitori ar fi stabilirea unui profit adecvat și a unei structuri de partajare a riscurilor pentru resursele financiare investite de către organism ⁽⁵¹⁾.

3.7.2.2. Capacitatea de a mobiliza resurse suplimentare ⁽⁵²⁾

Pentru a se asigura cel mai ridicat efect de pârgie posibil pentru un anumit instrument financiar, unul dintre criteriile care trebuie aplicate la selectarea organismului căruia i se încredințează implementarea unui instrument financiar este capacitatea sa de a mobiliza resurse pentru investiții în destinatarii finali pe lângă contribuțiile programului [articolul 7 alineatul (2) litera (d) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Prin urmare, ofertele trebuie să fie evaluate pe baza capacității organismului de a efectua investiții suplimentare.

3.7.2.3. Caracterul complementar activității de investiții ⁽⁵³⁾

Pentru a se asigura valoarea adăugată a intervenției fondurilor ESI, unul dintre criteriile care trebuie aplicate la selectarea organismului căruia i se încredințează implementarea unui instrument financiar este capacitatea organismului de a demonstra că implementarea instrumentului financiar constituie o activitate suplimentară pe lângă activitatea prezentă [articolul 7 alineatul (2) litera (e) din Regulamentul delegat al Comisiei].

3.7.2.4. Nivelul costurilor și al comisioanelor de gestionare

Unul dintre criteriile care trebuie aplicate la selectarea ofertei organismului de implementare a unui instrument financiar este nivelul costurilor și al comisioanelor de gestionare care constituie „prețul” serviciilor furnizate autorității de management. Metodologia propusă pentru calcularea acestora trebuie luată în considerare.

3.7.3. Elemente pentru caietul de sarcini

Este recomandată introducerea în caietul de sarcini a unor condiții pe care ofertanții trebuie să le convină. Introducerea în caietul de sarcini nu este singura modalitate de a garanta respectarea acestora, dar acest lucru asigură în amonte faptul că ofertanții potențiali sunt informați cu privire la condițiile respective.

Pentru a asigura verificarea conformității procedurilor stabilite și puse în aplicare de organismul căruia i se încredințează implementarea instrumentului financiar/instrumentelor financiare cu normele aplicabile, organismul ar trebui să accepte să fie auditat de către organisme de audit ale statelor membre, de către Comisie, precum și de Curtea de Conturi Europeană [articolul 7 alineatul (1) litera (f) din Regulamentul delegat al Comisiei]. Pentru a asigura faptul că organismul este de acord să fie auditat, se recomandă ca această condiție să fie indicată în caietul de sarcini al anunțului de participare și în acordul de finanțare relevant ⁽⁵⁴⁾. Pentru a se asigura respectarea articolului 38 alineatul (4) din RDC, se recomandă, de asemenea, ca caietul de sarcini să indice faptul că organismul de implementare a unui instrument financiar nu trebuie să fie stabilit și nu trebuie să mențină relații comerciale cu entități constituite în teritorii ale căror jurisdicții nu cooperează cu Uniunea în ceea ce privește aplicarea standardelor fiscale convenite la nivel internațional și trebuie să transpună aceste cerințe în contractele sale cu intermediarii financiari selectați.

4. Referință, link-uri

DOCUMENT DE LUCRU AL SERVICIILOR COMISIEI privind punerea în aplicare a legislației UE aplicabile în domeniul achizițiilor publice în cazul relațiilor dintre autoritățile contractante („cooperare de tip public-public”), SEC(2011) 1169 final

⁽⁵¹⁾ A se vedea nota orientativă privind remunerația preferențială EGESIF_15-0030-00.

⁽⁵²⁾ Cerința ca ofertanții să își demonstreze capacitatea de a mobiliza resurse suplimentare ar putea fi, în mod alternativ, un criteriu de selecție în cazul în care autoritatea contractantă ar dori să evalueze dacă un contractant a mobilizat resurse suplimentare în trecut și nu în raport cu instrumentul financiar a cărui gestionare este oferită.

⁽⁵³⁾ Cerința ca ofertanții să demonstreze caracterul complementar al activității de investiții ar putea fi, în mod alternativ, un criteriu de selecție în cazul în care autoritatea contractantă ar dori să evalueze dacă un contractant este în măsură să asigure activitatea de investiții suplimentare.

⁽⁵⁴⁾ Trebuie remarcat faptul că, în ceea ce privește BEI [de exemplu, BEI și FEI conform articolului 2 alineatul (23) din RDC], în conformitate cu articolul 9 alineatul (3) din Regulamentul delegat al Comisiei, autoritatea de management trebuie să mandateze o firmă care trebuie să funcționeze într-un cadru comun stabilit de Comisie pentru a efectua audituri. În ceea ce privește organismele de implementare a instrumentelor financiare, altele decât BEI, autoritățile de audit fie pot să efectueze auditurile direct, fie pot mandata firme externe. În cel din urmă caz, acestea vor trebui să selecteze firmele respective pe baza aplicării normelor și principiilor privind achizițiile publice.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_ro.pdf

Directiva 2004/18/CE

Directiva 2014/24/UE

Nota orientativă privind remunerația preferențială EGESIF_15-0030-00
