

II

(Comunicări)

COMUNICĂRI PROVENIND DE LA INSTITUȚIILE, ORGANELE ȘI
ORGANISMELE UNIUNII EUROPENE

COMISIA EUROPEANĂ

COMUNICAREA COMISIEI

Orientări privind atribuirea de contracte de către un guvern unui alt guvern în domeniile apărării și securității [articolul 13 litera (f) din Directiva 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului]

(2016/C 450/01)

1. Introducere

Vânzările între guverne („G2G”) reprezintă o metodă care le permite guvernelor să achiziționeze echipamente de apărare, servicii și lucrări de la alte guverne. Guvernul cumpărător nu face afaceri direct cu un contractant din domeniul apărării; în schimb, vânzarea se face de către celălalt guvern, fie oferind echipamente din propriile rezerve, fie oferind echipamente achiziționate de guvernul respectiv în acest sens. G2G include adeseori, fără a se limita la, asistență pentru produs, întreținere, instruire și construirea de infrastructuri.

Tranzacțiile G2G reprezintă o parte neeligibilă de pe piața apărării din UE. Între 2005 și 2012, valoarea achizițiilor din domeniul apărării efectuate de un stat membru de la un alt guvern a fost de aproximativ 22,8 miliarde EUR (9 %) din totalul cheltuielilor UE în materie de echipamente de apărare.

Guvernele pot decide să achiziționeze echipamente sau servicii militare de la un alt guvern având la bază motive diverse. În multe cazuri, G2G le oferă „statelor membre vânzătoare” posibilitatea de a elimina surplusul de echipamente, iar „statelor membre cumpărătoare” de a achiziționa capacități de apărare la prețuri abordabile. Așadar, G2G poate reprezenta un instrument util pentru a face față dificultăților create de constrângerile bugetare și de restructurarea forțelor armate. În anumite împrejurări, G2G poate fi, de asemenea, cea mai adecvată – sau chiar singura – opțiune de achiziții publice pentru a satisface cerințele specifice în materie de capacități militare care sunt necesare pentru a asigura interoperabilitatea sau „avantajul operațional” al forțelor armate din statele membre. G2G poate fi și un mijloc rapid de îndeplinire a unor cerințe operaționale urgente.

G2G poate fi utilizat, de asemenea, ca un instrument de cooperare între statele membre. De exemplu, acesta poate fi cazul atunci când un stat membru cumpără, în conformitate cu directiva, echipamente sau servicii în numele tuturor statelor membre cooperante și transferă ulterior părți din aceste echipamente și servicii celorlalte guverne. Secțiunile 3-7 din prezenta comunicare nu se referă, în aceste situații, la contractele atribuite pentru astfel de transferuri.

Tranzacțiile G2G pot lua forme diferite și pot avea ca obiect diverse tipuri de echipamente și de servicii. Rolul industriei și beneficiile acesteia variază considerabil și, în funcție de valoarea și de obiectul contractului, G2G poate avea un impact important asupra pieței. Neanalizarea tuturor opțiunilor de achiziții publice și nejustificarea strategiei de achiziții publice alese înainte de atribuirea contractului între guverne pot implica discriminări împotriva unuia sau mai multor operatori economici din UE, pot avea ca rezultat, în anumite cazuri, eludarea normelor aplicabile și pot avea un impact negativ asupra bunei funcționări a pieței interne.

În Comunicarea „Către un sector al apărării și al securității mai competitiv și mai eficient”⁽¹⁾ din iulie 2013, Comisia a declarat că excluderile specifice prevăzute în Directiva 2009/81/CE a Parlamentului European și a Consiliului⁽²⁾ „ar putea fi interpretate într-un mod care subminează aplicarea corectă a directivei. Aceasta ar putea periclita condițiile de

(1) Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social și Comitetul Regiunilor [COM(2013) 542 final], <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013DC0542&rid=1>

(2) JO L 216, 20.8.2009, p. 76.

concurență echitabile de pe piața internă. Prin urmare, Comisia se va asigura că aceste excluderi sunt interpretate cu strictețe și că nu sunt utilizate în mod abuziv pentru a eluda prevederile directivei”. Pentru a realiza acest lucru, Comisia a anunțat intenția sa de a furniza, în consultare cu statele membre, orientări cu privire la aceste excluderi, începând cu contractele atribuite de un guvern unui alt guvern ⁽¹⁾.

Scopul prezentei comunicări este de a oferi orientări prin stabilirea bunelor practici în materie de achiziții publice în ceea ce privește aplicarea acestei excluderi, în special în vederea reducerii riscurilor de a contraveni dreptului UE. Prezenta comunicare nu stabilește obligații sau condiții suplimentare pentru utilizarea acestei excluderi față de cele existente în dreptul UE. Nu este obligatorie din punct de vedere juridic. Numai Curtea de Justiție a Uniunii Europene („Curtea”) are competența de a oferi o interpretare a dreptului UE obligatorie din punct de vedere juridic.

2. Cadrul juridic

Conform articolului 2 din Directiva 2009/81/CE („directiva”), contractele în domeniile apărării și securității trebuie să fie atribuite în conformitate cu dispozițiile acestei directive.

Articolul 13 litera (f) din directivă prevede excluderea contractelor atribuite de un guvern unui alt guvern referitoare la: (i) furnizarea de echipamente militare sau echipamente sensibile; (ii) lucrări și servicii în legătură directă cu astfel de echipamente; sau (iii) lucrări și servicii special destinate unor scopuri militare, sau lucrări și servicii cu caracter sensibil.

Considerentul 1, care prevede că: „Securitatea națională rămâne responsabilitatea exclusivă a fiecărui stat membru, atât în domeniul apărării, cât și al securității”, este relevant în ceea ce privește această excludere, deoarece securitatea națională poate fi motivul pentru care statele membre aleg să aibă în vedere achizițiile publice G2G.

Considerentul 30 din directivă prevede că: „Având în vedere specificitatea sectorului apărării și securității, achizițiile de echipamente, precum și de lucrări și de servicii efectuate de un guvern de la alt guvern ar trebui să fie excluse din domeniul de aplicare al prezentei directive”. O caracteristică distinctivă a acestui sector este măsura în care achizițiile publice în materie de apărare și securitate sunt influențate de securitatea națională, care poate, de exemplu, fi influențată la rândul său de necesitatea unei interoperabilități cu aliații.

Conform articolului 1 alineatul (9) din directivă, „administrație publică» înseamnă stat, guvern regional sau local al unui stat membru sau al unei țări terțe”. Această prevedere implică faptul că contractele încheiate de către sau în numele unor alte autorități/entități contractante, cum ar fi organismele de drept public sau întreprinderile publice, nu pot fi excluse pe baza articolului 13 litera (f).

Numai contractele încheiate exclusiv între două guverne pot constitui „contracte atribuite de un guvern unui alt guvern” în sensul articolului 13 litera (f) din directivă. Contractele G2G de furnizare de bunuri presupun, în principiu, transferul proprietății de la guvernul vânzător la guvernul cumpărător ⁽²⁾. În schimb, faptul că un guvern oferă garanții de bună execuție sau forme similare de sprijin unui operator economic care concurează pentru un contract nu face ca excluderea să fie aplicabilă în cazul respectivului contract. Mai mult, excluderea se referă numai la contractul dintre cele două guverne; aceasta nu acoperă contractele conexe încheiate între guvernul vânzător și un operator economic.

Articolul 11 din directivă se referă la utilizarea excluderilor și prevede că „Niciuna dintre normele, procedurile, programele, acordurile, regimurile sau contractele menționate în această secțiune nu pot fi folosite în scopul sustragerii de la aplicarea dispozițiilor prezentei directive”. În plus, jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene („Curtea”) stabilește clar că dispozițiile care autorizează excepții de la normele UE în materie de achiziții publice trebuie interpretate cu strictețe ⁽³⁾. În același timp, Curtea a susținut că interpretarea unei excepții „trebuie să fie conformă cu obiectivele pe care le urmărește”. Prin urmare, principiul interpretării stricte nu înseamnă că termenii utilizați pentru a încadra o excepție „trebuie să fie interpretați într-un mod care ar priva această excepție de efecte” ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Raport al Comisiei către Parlamentul European, Consiliul, Comitetul Economic și Social și Comitetul Regiunilor [COM(2014) 387 final], <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0387&rid=1>

⁽²⁾ Cele de mai sus nu atingere articolului 1 alineatul (4) din directivă, care definește „contracte[le] de furnizare de bunuri” ca fiind „contracte, altele decât contractele de lucrări, care au ca obiect achiziția de produse, leasingul, închirierea sau cumpărarea lor în rate, cu sau fără opțiune de cumpărare”.

⁽³⁾ A se vedea, *inter alia*, cauza C-337/06, Bayerischer Rundfunk, paragraful 64.

⁽⁴⁾ A se vedea cauza C-19/13, Fastweb, paragraful 40.

Conform jurisprudenței Curții, pentru interpretarea unei dispoziții de drept al UE, este necesar să se aibă în vedere nu numai formularea acesteia, ci și contextul în care are loc și obiectivele urmărite prin normele din care face parte această dispoziție⁽¹⁾. Aceasta înseamnă, în special, că, pentru interpretarea și aplicarea articolului 13 litera (f), trebuie să se aibă în vedere obiectivele directivei. Aceste obiective sunt, printre altele, formulate la considerentele 2 și 3, care prevăd că: „Formarea progresivă a unei piețe europene a echipamentelor de apărare este indispensabilă în vederea consolidării Bazei industriale și tehnologice europene de apărare [EDTIB]” și că „Statele membre au ajuns la un consens cu privire la nevoia de a crea, a dezvolta și a susține o [EDTIB] care să fie fondată pe capacități, competentă și competitivă” „Pentru a îndeplini acest obiectiv, statele membre pot să utilizeze diferite instrumente, în conformitate cu dreptul [Uniunii], în vederea instituirii unei adevărate piețe europene a echipamentelor de apărare și a unor condiții de concurență echitabile, atât la nivel european, cât și la nivel mondial”.

Contractele care nu fac obiectul domeniului de aplicare al directivei pot face totuși obiectul normelor și principiilor Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE). Cu toate acestea, nu există jurisprudență a Curții privind măsura în care normele și principiile din TFUE se pot aplica în cazul contractelor excluse pe baza articolului 13 litera (f) din directivă.

3. Analiză de piață

Din cele de mai sus rezultă că autoritățile contractante pot, în cazuri corespunzător justificate, să decidă să atribuie un contract unui alt guvern, aplicând excluderea prevăzută la articolul 13 litera (f) din directivă.

Deciziile de a acorda un contract unui alt guvern ar trebui, așadar, să fie precedate de o analiză adecvată, care să stabilească clar că atribuirea unui anumit contract unui alt guvern este singura sau cea mai bună opțiune pentru a îndeplini cerințele în materie de achiziții publice identificate de guvernul cumpărător.

Această analiză ar trebui, în special, să identifice dacă concurența lipsește sau este impracticabilă (a se vedea secțiunea 4) sau dacă, dimpotrivă, concurența pentru contract pare să fie posibilă (a se vedea secțiunea 5). Atunci când evaluează dacă concurența lipsește sau este impracticabilă, sau, dimpotrivă, pare să fie posibilă, autoritățile contractante pot alege să își limiteze analiza la piața internă.

Această analiză implică o examinare adecvată a pieței, adaptată la condițiile de piață și la cerințele specifice, care poate fi efectuată, de asemenea, înainte de finalizarea definiției cerinței. De exemplu, o autoritate contractantă ar putea publica pe site-ul său web un anunț de cerere de informații pentru a iniția un dialog tehnic, astfel cum se menționează la considerentul 49 din directivă, pentru a le oferi potențialilor operatori economici posibilitatea de a prezenta observații cu privire la cerința propusă, care ar putea avea ca rezultat identificarea unor soluții alternative.

Autoritățile contractante ar trebui să își documenteze analiza pentru a putea demonstra, la cerere și pe baza documentelor justificative, că deciziile lor sunt justificate.

Această abordare este conformă cu metodele de achiziție performante, în special în situația unor constrângeri bugetare generale și corespunde normelor și standardelor în materie de bună gestiune financiară. În plus, ea limitează considerabil riscurile legate de acțiuni în justiție atât în temeiul dreptului UE, cât și în temeiul dreptului național. În cazul dreptului UE, aceasta reduce la minimum riscurile ca decizia autorității contractante de a atribui un contract unui alt guvern, aplicând excluderea prevăzută la articolul 13 litera (f), să fie contestată cu succes, în special pe motive de eludare a directivei (articolul 11) și/sau de încălcare a normelor și a principiilor cuprinse în tratat.

4. Atunci când concurența lipsește sau este impracticabilă

Anumite contracte, prin natura lor, pot fi atribuite numai altor guverne. De exemplu, acesta poate fi cazul atunci când un stat membru oferă instruire militară unui alt stat membru. În general, astfel de contracte sunt atribuite în cadrul cooperării militare dintre state. Deoarece nu poate exista o alternativă comercială, ele nu au un impact asupra funcționării pieței interne.

Mai mult, pot exista cazuri în care analiza menționată la secțiunea 3 arată clar lipsa sau impracticabilitatea concurenței comerciale.

Unele dintre împrejurările în care concurența lipsește sau este impracticabilă într-un mediu comercial pot fi relevante pentru achizițiile publice G2G (de exemplu, operator unic din motive tehnice sau de drepturi exclusive; caracterul urgent; bunuri suplimentare; repetiția lucrărilor și a serviciilor).

⁽¹⁾ A se vedea, *inter alia*, cauza 292/82, Merck, paragraful 12; cauza C-34/05, Schouten, paragraful 25; cauza C-433/08, Yaesu Europe, paragraful 24; și cauza C-112/11, Ebookers.com, paragraful 12.

În aceste tipuri de situații, autoritățile contractante pot să nu aibă alternative viabile în ceea ce privește atribuirea unui contract direct unui alt guvern. Acest caz include, de exemplu, următoarele situații: (i) cerințele identificate de autoritatea contractantă pot fi satisfăcute, din motive tehnice sau din motive legate de protecția unor drepturi exclusive, numai de un anumit guvern; (ii) autoritatea contractantă se confruntă cu cerințe operaționale urgente, precum o situație de urgență rezultată dintr-o criză sau o situație de urgență extremă cauzată de evenimente neprevăzute; (iii) sunt necesare bunuri suplimentare de la guvernul care a efectuat inițial vânzarea pentru a înlocui parțial sau pentru a consolida bunurile existente, iar o schimbare a sursei de furnizare a bunurilor nu este practicabilă din motive legate de interoperabilitate. Se pot avea în vedere și alte împrejurări în care este clar de la început că un aviz de concurs nu ar aduce mai multă concurență sau rezultate de achiziții publice mai bune decât achizițiile publice G2G.

În cazurile în care autoritățile contractante consideră că concurența lipsește sau este impracticabilă, acestea ar trebui să își documenteze analiza (a se vedea secțiunea 3) pentru a putea demonstra, la cerere și pe baza documentelor justificative, că deciziile lor sunt justificate.

Autoritățile contractante care se bazează pe articolul 13 litera (f) din directivă deoarece concurența lipsește sau este impracticabilă sunt sfătuite să comunice decizia lor prin publicarea acesteia fie printr-un text liber în JO al UE (a se vedea secțiunea 5), fie printr-un anunț de transparență ex-ante voluntară („ATEV”). Publicând intenția sa de a efectua achiziții publice fără a aplica dispozițiile directivei, autoritatea contractantă anunță decizia sa de a atribui un contract unui alt guvern, în temeiul articolului 13 litera (f), în situații în care concurența lipsește sau este impracticabilă. Textul liber sau ATEV publicat va include o descriere a tranzacției G2G preconizate, care va alerta operatorii economici și le va oferi acestora o ocazie să îi prezinte autorității contractante soluții alternative care poate nu au fost avute în vedere.

„Anexa D3 – Apărare și securitate” din anunțul ATEV prevede obligația autorității contractante de a oferi o justificare pentru atribuirea contractului fără publicarea anterioară a unui anunț de participare. Autoritățile contractante care publică un anunț ATEV în împrejurările descrise în prezentul paragraf vor utiliza opțiunea de la alineatul (2) „Contractul nu se încadrează în sfera de aplicare a directivei” și vor oferi o scurtă justificare pentru decizia lor.

Din motive de transparență, autoritățile contractante sunt sfătuite, de asemenea, să publice – *ex post* – un anunț privind atribuirea contractului G2G pe site-ul lor web, de exemplu, sau printr-o declarație către presă. Anumite informații pot să nu fie publicate, în cazul în care dezvăluirea lor ar împiedica punerea în aplicare a legislației sau ar fi contrară interesului public, în special intereselor de apărare și/sau de securitate, sau ar aduce atingere unor interese comerciale legitime.

5. Atunci când concurența pare a fi posibilă: publicitatea prealabilă achizițiilor publice și finalizarea strategiei de achiziții publice

Pot exista cazuri în care autoritățile contractante care au în vedere realizarea de achiziții publice de la un alt guvern – pe baza analizei menționate în secțiunea 3 – nu sunt sigure dacă concurența pentru satisfacerea cerințelor lor specifice în materie de achiziții publice lipsește sau este impracticabilă.

În aceste situații, în interesul unei achiziții performante, pentru a respecta standardele în materie de bună gestiune financiară și pentru a evita riscurile juridice, autoritățile contractante ar trebui să analizeze mai în detaliu piața, făcând publice cerințele lor prin intermediul publicității prealabile achizițiilor publice. Obiectivul urmărit de această analiză suplimentară a pieței este de a stabili dacă cel puțin un operator economic din UE ar putea cu adevărat concura pentru a satisface cerințele autorității contractante (și anume, poate furniza o soluție similară sau superioară celei furnizate prin G2G). Aceasta le va permite autorităților contractante să își finalizeze strategia de achiziții publice (G2G sau achiziții comerciale) cu deplina cunoaștere a pieței.

În acest context, mijloacele posibile de publicitate prealabilă achizițiilor publice includ:

- Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JO);
- jurnalele oficiale sau portalurile dedicate achizițiilor publice;
- anunțurile pe site-urile web ale autorităților contractante sau pe portalul dedicat achizițiilor publice;
- ca mijloc de publicitate suplimentar, jurnalele de specialitate.

În cazurile în care rezultă clar din analiza de piață că toți furnizorii potențiali sunt cunoscuți, transmiterea de cereri de informații acestor furnizori potențiali poate reprezenta o alternativă pentru publicare.

În cazul în care analiza de piață nu arată clar că toți furnizorii potențiali sunt cunoscuți, autoritățile contractante sunt sfătuite să publice un text liber în JO al UE, ca anunț de informare anterior achizițiilor publice. În această situație specifică, autoritățile contractante au posibilitatea de a solicita publicarea unui text liber în JO al UE (ojs@publications.europa.eu), atunci când formele standard nu sunt adecvate. Autoritățile contractante au și opțiunea de a utiliza anunțul ATEV (a se vedea secțiunea 4).

Informațiile incluse în acest anunț de informare anterior achiziției publice sau într-o cerere de informații pot fi limitate la o descriere generală a cerințelor și la indicarea bugetului disponibil. Autoritățile contractante ar trebui să menționeze explicit că își finalizează strategia de achiziții publice, care poate duce la atribuirea unui contract unui alt guvern sau la lansarea unei proceduri oficiale de achiziții publice în temeiul directivei. Autoritățile contractante ar trebui să menționeze, de asemenea, că le oferă operatorilor economici potențiali oportunitatea de a aduce dovezi cu privire la capacitatea lor economică și tehnică de a îndeplini cerințele.

Autoritățile contractante ar putea alege, de asemenea, să invite operatori economici potențiali să facă observații cu privire la cerințele propuse și să ofere soluții care ar putea facilita concurența sau ar putea fi mai avantajoase din punct de vedere economic. În cazul în care autoritățile contractante decid să procedeze astfel, ele trebuie să se asigure că se respectă egalitatea de tratament și că nu se denaturează concurența.

În același timp, autoritățile contractante pot contacta alte guverne pentru a analiza dacă cerințele lor pot fi satisfăcute prin G2G.

Autoritățile contractante vor utiliza informațiile colectate prin publicitate și din discuțiile cu alte guverne pentru a își finaliza strategia în materie de achiziții publice cu deplina cunoaștere a pieței.

6. Negocieri cu guverne

În cazul în care, pe baza unei evaluări imparțiale a informațiilor colectate prin publicitatea prealabilă achiziției publice, autoritățile contractante ajung la concluzia că atribuirea unui anumit contract unui alt guvern este singura sau cea mai bună opțiune pentru a își îndeplini cerințele, acestea vor continua prin negocieri cu acest guvern (aceste guverne) și, la final, vor atribui contractul G2G în temeiul excluderii prevăzute la articolul 13 litera (f) din directivă.

Pentru a se asigura că cerințele autorităților contractante sunt îndeplinite în cel mai bun mod posibil și în conformitate cu metodele de achiziție performante, precum și pentru a evita riscurile juridice, autoritățile contractante ar trebui să susțină negocieri imparțiale cu guvernele. Acest fapt este deosebit de important atunci când există mai multe oferte din partea unor guverne și când impactul asupra pieței interne este unul semnificativ.

Selecția finală ar trebui să se bazeze pe criterii obiective, precum calitatea, prețul, valoarea tehnică, caracterul funcțional, costurile de utilizare, costurile de funcționare, serviciile post-vânzare și asistența tehnică, data livrării, securitatea aprovizionării, interoperabilitatea și caracteristicile operaționale.

În orice caz, autoritățile contractante ar trebui să își documenteze evaluarea pentru a putea demonstra, la cerere și pe baza documentelor justificative, că deciziile lor sunt justificate.

7. Achiziții publice în temeiul directivei

Dacă, dimpotrivă, o evaluare imparțială a informațiilor colectate prin publicitate prealabilă achizițiilor publice arată că unul sau mai mulți operatori economici din UE are capacitatea de a oferi o soluție mai avantajoasă din punct de vedere economic decât cea oferită prin G2G și nu există o justificare obiectivă pentru a face achiziția de la guvernul vânzător, autoritățile contractante vor iniția o procedură de achiziții publice în temeiul directivei. În acest caz, trebuie respectate dispozițiile relevante ale directivei.
