



Support for Improvement in Governance and Management

A joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by the EU

Sinteza 18

August 2011

Achiziții publice

Concesiuni și parteneriate publice private (PPP)

CONȚINUT

- Ce sînt concesiunile?
- Utilizarea diferită a termenului “concesiune” în legislațiile naționale.
- Se aplică oare Directiva concesiunilor?
- Care este situația atunci când concesiunea implică o combinație de lucrări și servicii ?
- Ce obligații există în legătură cu atribuirea unui contract de concesiune a serviciilor?
- Ce obligații există în legătură cu atribuirea unui contract de concesiune a lucrărilor?
- Ce este un parteneriat public privat (PPP)?
- Cum se aplică Directiva PPP-urilor?
- Concesiunile în sectorul utilităților publice

Ce sînt concesiunile?

Concesiunile sînt definite în Directiva 2004/17/CE privind domeniul achizițiilor publice ("Directiva") ca contracte în care compensația pentru lucrările sau serviciile efectuate constă fie exclusiv în dreptul de exploatare a lucrărilor sau serviciilor, fie în dreptul de exploatare însoțit de un preț.

Concesiunile de lucrări sau servicii sînt abordate în mod diferit în temeiul Directivei. Concesiunile de lucrări cad sub incidența prevederilor specifice ale Directivei, care acoperă modalitatea de atribuire a acestora. Concesionarea serviciilor este exclusă din domeniul de aplicare a Directivei, cu toate că principiile generale ale Tratatului se vor aplica la atribuirea contractelor de concesiune a serviciilor în cazul în care există un interes transfrontalier potențial pentru contract.

La examinarea dacă un aranjament cade sub incidența definiției concesionării, doi factori cheie au o relevanță specială:

- **Compensația**¹ - sursa compensației ar trebuie să nu vină exclusiv sub formă de plăți ale prețului din partea autorității contractante, dar parțial sau exclusiv din dreptul de a exploata lucrări/servicii. În practică, aceasta înseamnă că compensația, parțial sau în totalitate, vine din sursa sau sursele unei părți terțe;
și
- **Riscul** – riscul legat de exploatarea posibilității trebuie să-i revină concesionarului. Concesionarul acceptă în mod general, spre exemplu, riscul operațional și/sau financiar legat de prestarea serviciilor publice sau a lucrărilor publice în schimbul posibilității de a genera venit prin exploatarea acestor servicii sau lucrări. Absența transferului riscului către operatorul economic va sugera existența unui contract public de achiziție obișnuit, care, prin urmare, cade sub incidența deplină a rigorilor Directivei, comparativ cu concesionarea care cade sub incidența prevederilor speciale privind concesiunile ale Directivei. Exigența

¹ Termenul "compensație" poate semnifica plăți financiare sau monetare primite de către concesionar de la autoritatea contractantă și /sau din altă sursă, dar poate, de asemenea, acoperi și alte beneficii sau valoarea care decurge din lucrările sau serviciile care ar putea să nu fie strict financiare.

ca riscul să fie inerent exploatării posibilității de concesiune este evidențiată de către Comisia Europeană, după cum urmează:

„Un element cheie al concesiunilor este dreptul concesionarului de a exploata construcția sau serviciul prestat, acordat ca o compensație pentru realizarea acestei construcții și furnizarea acestui serviciu. Diferența principală în raport cu achizițiile publice rezidă în riscul inerent unei astfel de exploatare, care trebuie să fie suportat de către concesionarul care furnizează de obicei mijloace financiare necesare pentru cel puțin anumite părți ale proiectelor pertinente.”

Comunicarea privind parteneriatele publice private și dreptul comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor COM (2005) 569, paragraful 3.1

Aceasta poate fi înțeleasă mai bine prin examinarea unor exemple practice. Exemplele prezentate în continuare sînt simpliste, iar clasificarea unei concesiuni va depinde de detaliile specifice ale concesiunii propuse.

Concesiuni de lucrări: Concesiunile sînt frecvent utilizate pentru executarea de proiecte de infrastructură majoră cum ar fi construcția și operarea de drumuri, poduri sau tuneluri. În cazul în care concesionarul primește întreaga remunerare prin intermediul plăților percepute de la utilizatori, compensația vine din “exploatarea” construcției și nu din partea autorității contractante care atribuie contractul de concesiune. Concesionarul își asumă riscul financiar și operațional atunci când finanțează construcția și operează obiectul, fără a avea vre-o garanție că își va recupera investițiile și va obține profit pe parcursul perioadei de concesiune. Acesta este un exemplu de “concesiune de lucrări”.

Dacă autoritatea contractantă acceptă să efectueze plăți concesionarului în cazul în care venitul din partea utilizatorilor părții terțe nu este suficient pentru a permite concesionarului să-și recupereze investițiile, apare posibilitatea transferării unui risc insuficient pentru a cădea sub incidența definiției de concesiune a lucrărilor. Acesta este mai curînd susceptibil de a fi clasificat ca contract (de achiziție) de lucrări.

Concesiuni de servicii: Concesiunile sînt de asemenea utilizate în proiecte care necesită lucrări de operare și întreținere, dar nu și de construcție, spre exemplu, în cazul atribuirii unui contract de concesiune pentru exploatarea unei căi ferate sau a unui port deja existente, perceputînd plată pentru utilizarea acestor obiecte de la părțile terțe, sau

în cazul atribuirii unei concesiuni pentru gestionarea unei cantine guvernamentale și perceperii plății de la utilizatorii cantinei în mod direct pentru mâncarea și băuturile procurate. Aceste tipuri de concesiune reprezintă exemple de “concesiuni de servicii”.

Atunci când, în cazul cantinei guvernamentale, autoritatea contractantă oferă spațiul cantinei pentru a fi utilizat de către operatorul economic și acceptă, de asemenea, să efectueze plăți către operatorului economic în scopul acoperirii cheltuielilor de gestiune sau subvenționare parțială a serviciilor, aceasta poate însemna că operatorul economic nu suportă un risc suficient pentru ca contractul să cadă sub incidența definiției de concesiune de servicii. Prin urmare, acesta poate fi clasificat ca un contract de (achiziție de) servicii.

Note importante – utilizarea diferită a termenului “concesiune” în legislațiile naționale

Conceptul de concesiuni de lucrări și concesiuni de servicii este un concept al dreptului UE și trebuie să fie interpretat în conformitate cu prevederile dreptului UE. Legislațiile naționale pot defini concesiunile de o manieră diferită. Aceasta presupune existența posibilității ca unele contracte sau oportunități, care sînt considerate ca fiind contracte de concesiune în termenii legislației naționale, să nu constituie concesiuni în sensul Directivei. Spre exemplu, acordarea dreptului de a exploata astfel de resurse naturale ca extragerea cărbunelui, sau reglementarea serviciilor de taximetrie prin acordarea licențelor de operare, poate fi calificată ca fiind “concesiuni” în temeiul legislației naționale dar nu va fi considerată astfel în sensul Directivei, chiar dacă principiile enunțate în Tratat se vor aplica în cazul în care contractul prezintă un potențial interes transfrontalier. Deopotrivă, unele contracte care nu sînt considerate ca fiind concesiuni în temeiul legislației naționale pot fi clasificate în continuare ca concesiuni în conformitate cu dreptul UE.

Prin urmare, este foarte important de a înțelege și de a aplica definițiile UE la stabilirea faptului dacă un contract propus constituie o concesiune în sensul Directivei.

Se aplică oare Directiva concesiunilor?

Directiva se aplică concesiunilor de lucrări, dar nu și concesiunilor de servicii. Directiva conține prevederi care acoperă atribuirea concesiunilor de lucrări, dar exclude în mod explicit concesiunile de servicii din câmpul său de aplicare. Principiile generale enunțate în Tratat se aplică atât concesiunilor de lucrări, cât și concesiunilor de servicii.

Ce situație se conturează atunci când concesiunea implică o combinație de lucrări și servicii?

În cazul în care contractul de concesiune implică o combinație de lucrări și servicii, este necesar de a decide dacă acesta este clasificat ca o concesiune de lucrări sau o concesiune de servicii. Această distincție este în special importantă deoarece, așa cum s-a explicat deja, Directiva include prevederi care acoperă modalitatea de anunțare și achiziționare a concesiunilor de lucrări, dar exclude în mod specific concesiunile de servicii din câmpul său de aplicare.

Pentru a evalua modul în care trebuie de clasificat o concesiune mixtă care implică lucrări și servicii, autoritatea contractantă trebuie să examineze care element reprezintă obiectul principal al concesiunii. Atunci când obiectul principal al concesiunii este livrarea lucrărilor, iar serviciile sînt numai elemente secundare acestui scop, contractul trebuie clasificat ca fiind un contract de concesiune a lucrărilor. Un contract de concesiune al cărui obiect îl constituie serviciile și prevede activități care cad sub incidența definiției de 'lucrări', care sînt secundare obiectului principal, va fi considerat ca fiind un contract de concesiune a serviciilor.

Spre exemplu, o autoritate locală decide că dorește să atribuie un contract de concesiune unui operator economic pentru gestionarea unui centru de arte pentru o perioadă de 20 de ani. Autoritatea locală deține dreptul de proprietate asupra clădirii centrului de arte. Compensația pe care o primește operatorul economic va fi obținută din plățile percepute de la membrii comunității care utilizează localurile, precum cafeneaua, și de la persoanele care plătesc pentru participare la evenimentele organizate la centrul de arte, precum expoziții artistice, filme și spectacole teatrale. Autoritatea locală solicită operatorului economic câștigător să preia, ca parte a concesiunii, lucrările de renovare pe parcursul primelor cinci ani din perioada de concesiune pentru a crea un restaurant și bucătărie noi, îmbunătăți accesul în clădire a persoanelor cu dezabilități, recondiționa ascensorul și a instala grupuri sanitare noi. În acest caz, este legitim de a susține că obiectul principal al concesiunii este operarea centrului de arte pe termen lung. Lucrările de renovare, care constituie parte a înțelegerii generale, pot fi considerate secundare obiectului principal. Concesiunea trebuie clasificată ca o concesiune de servicii și nu ca o concesiune de lucrări.

Ce obligații există în legătură cu atribuirea unui contract de concesiune a serviciilor?

După cum s-a explicat deja, atribuirea unui contract de concesiune a serviciilor este exclusă în mod specific din prevederile Directivei. Jurisprudența UE a stabilit că principiile enunțate în Tratat și regulile fundamentale care decurg din aceste principii se aplică totuși în cazul în care concesiunea de servicii, care urmează a fi atribuită, prezintă un interes transfrontalier. În acest caz se aplică regulile fundamentale enunțate în Tratat în linii generale, principiul nediscriminării pe motiv de naționalitate în special și obligația transparenței. Obligația transparenței constă în asigurarea, în beneficiul oricărui ofertant potențial, a unui nivel suficient de publicitate care să permită deschiderea pieții serviciilor pentru revizuirea competitivității și imparțialității procedurilor de achiziții. În practică, aceasta înseamnă că autoritățile contractante care urmăresc să atribuiască o concesiune de servicii trebuie să examineze dacă oportunitatea prezintă un interes potențial pentru ofertanții din alte state membre. În cazul când există un interes potențial, această oportunitate trebuie să fie anunțată astfel încât ofertanții potențiali din alte state membre să fie conștienți de existența acesteia și de faptul că procesul ulterior este gestionat de o manieră echitabilă, transparentă și nediscriminatorie. În practică, legislația națională poate impune suplimentar mai multe obligații juridice privind modalitatea de anunțare și atribuire a concesiunilor de servicii.

Ce obligații există în legătură cu atribuirea unui contract de concesiune a lucrărilor?

Directiva stabilește cerințele care vizează atribuirea unei concesiuni de lucrări de către o autoritate contractantă.

Autoritatea contractantă este obligată să publice anunțul privind concesiunea de lucrări în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOUE), utilizând un formular standard de anunțare a contractului de concesiune. Anunțul trebuie să fie făcut public, în conformitate cu cerințele stabilite de directivă, și publicat în JOUE. Termenul limită pentru prezentarea cererilor de participare de către operatorii economici este de 52 de zile de la data transmiterii anunțului (45 de zile când anunțul este transmis electronic).

Nu există cerințe detaliate față de autoritatea contractantă cu privire la modalitatea de gestionare a procesului de licitație, fiindu-i oferită libertatea de a decide asupra unui proces care să satisfacă cel mai eficient necesitățile de achiziționare a unui contract special. Cu toate acestea, autoritatea contractantă este responsabilă să asigure derularea procesului de o manieră transparentă, care să garanteze tratamentul egal și nediscriminatoriu ale operatorilor economici.

Există prevederi detaliate relative la atribuirea subcontractelor de către concesionari. Directiva specifică că autoritatea contractantă poate solicita concesionarului să atribuiască un minimum de 30% din valoarea totală a lucrărilor terțelor părți (concesionarul poate stabili un procentaj mai înalt) sau să solicite candidaților pentru atribuirea contractelor de concesiune să specifice în oferta lor valoarea totală a lucrării pe care intenționează să o atribuiască terțelor părți.

Directiva impune, de asemenea, ca concesionarii să atribuiască contracte subcontractorilor terței părți utilizând procese competitive. În cazul unui concesionar care este autoritate contractantă (conform definiției enunțate în Directivă – a se vedea *Sinteza privind achizițiile 3 – Ce este o autoritate contractantă?*), acesta trebuie să utilizeze una din procedurile competitive standard prevăzute de Directivă. Atunci când concesionarul nu este o autoritate contractantă, el trebuie să respecte cerința stabilită de Directivă de a publica anunțul în JOUE. Există o excepție la această cerință în cazul în care concesionarul atribuiască contractul unei părți terțe, care este o întreprindere afiliată. Directiva conține prevederi detaliate care definesc ceea ce constituie o întreprindere afiliată.

Ce este un PPP?

Acronimul PPP se referă la “Parteneriatul public - privat”. Nu există o definiție unică sau simplă a PPP, deoarece termenul acoperă o varietate de contracte sau alte modele de executare.

Un PPP poate fi descris ca orice formă de cooperare între autoritățile contractante și operatorii economici din sectorul privat, care, de obicei, are ca scop asigurarea finanțării, construirii, renovării, gestionării și întreținerii infrastructurii (lucrărilor) și/sau furnizarea unui serviciu. Organizațiile participante sînt menționate frecvent ca “parteneri”, termen utilizat în mod general cu sens nejuridic.

O trăsătură cheie a PPP tinde să fie partajarea sau transferul riscului partenerului din sectorul privat și PPP are de obicei, dar nu și întotdeauna, o durată îndelungată.

Metodele de plată și finanțare pot varia în funcție de parteneriatele publice-privat. Plățile pot fi efectuate de către autoritatea contractantă sau percepute de la părțile terțe, precum utilizatorii facilităților (caz care poate fi clasificat ca o concesiune), sau pot veni dintr-o combinație de surse. Finanțarea poate veni din partea autorității contractante, din partea sectorului privat, a finanțatorilor externi, cum ar fi băncile sau alți creditori, sau dintr-o combinație de surse. Datorită naturii proiectelor PPP, documentația juridică tinde să fie complexă și multidisciplinară.

Structura unui PPP poate fi contractuală sau instituțională. Un PPP instituțional (PPPI) este un tip de PPP care implică crearea unei entități cu capital mixt, așa cum este o companie cu capital mixt sau o altă organizație mixtă la care participă atât autoritatea contractantă, cât și partea din sectorul privat. Compania de executare este apoi însărcinată cu executarea proiectului PPP de infrastructură sau servicii, cu participarea continuă și activă a partenerului din sectorul privat împreună cu partenerul din sectorul public.

Cum se aplică Directiva parteneriatelor publice private?

Nu există nicio definiție juridică a parteneriatului public privat, precum și vreun termen utilizat în Directivă în acest sens. Cadrul juridic al UE nu conține o lege privind PPP sau un sistem juridic specific care să reglementeze alegerea partenerilor privați pentru PPP de către autoritățile contractante. În cazul în care țările decid să reglementeze parteneriatele publice-privat în mod separat, nu există nicio cerință de a pune în aplicare o legislație distinctă care să acopere procedurile de atribuire pentru contractele PPP. Legislația în materie de achiziții publice se va aplica procedurilor pentru atribuirea PPP.

Din perspectiva regulilor UE privind achizițiile, PPP-urile constituie fie contracte de achiziții publice, contracte de concesiune (lucrări sau servicii) sau contracte care sînt excluse din domeniul de aplicare al Directivei. Parteneriatele publice-privat care constituie concesiuni de servicii sau contracte excluse și prezintă un interes transfrontalier vor cădea sub incidența principiilor fundamentale enunțate în Tratat și a regulilor care decurg din aceste principii, în special principiile transparenței, tratamentului egal, nediscriminării, proporționalității și recunoașterii reciproce.

Un PPP care se califică ca contract de achiziție publică în temeiul prevederilor Directivei trebuie să fie atribuit prin utilizarea unei din procedurile aplicabile contractelor de achiziții publice stabilite în Directivă. Autoritatea contractantă trebuie să examineze atent cea mai potrivită procedură de atribuire pentru atribuirea contractelor PPP care, de regulă, sînt complexe și implică negocieri între părți. În cazul în care un contract PPP este considerat ca fiind suficient de complex și statul membru a adoptat prevederile pertinente ale Directivei, dialogul competitiv poate fi procedura pertinentă pentru a fi aplicată. De asemenea, ar putea fi posibil ca condițiile, care guvernează utilizarea procedurii negociate însoțite de publicarea prealabilă a anunțului de participare la procedura de atribuire a contractului, să fie îndeplinite.

În cazul în care un PPP este o concesiune de lucrări, se vor aplica prevederi specifice care guvernează atribuirea în modul subliniat mai sus.

În cazul când structura este cea a unui PPPI, poate fi utilizată o singură procedură UE reglementată de Directivă (pentru contractele de achiziții publice sau, după caz, concesiunile de lucrări) atât pentru desemnarea partenerului PPPI din partea sectorului privat, cât și pentru atribuirea contractului unui societăți mixte de executare.

Concesiunile în sectorul utilităților publice

Comunicarea interpretativă a Comisiei Europene privind concesiunile în dreptul comunitar (JO 2000/C 121/2) conține următoarea informații cu privire la atribuirea concesiunilor în sectorul utilităților publice:

Directiva 93/38/CEE cu privire la contractele de achiziții atribuite de către entitățile care operează în sectoarele apei, energiei, transportului și telecomunicațiilor (în continuare denumită "directiva utilități") nu conține reguli specifice fie cu privire la concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii.

Pentru a determina regulile aplicabile, personalitatea juridică a concedentului, precum și activitatea lui constituie, prin urmare, elemente decisive. Există câteva situații posibile.

În primul caz, statul sau altă autoritatea publică care nu operează în mod specific în unul din cele patru sectoare guvernate de Directiva Utilități atribuie un contract de concesiune care vizează o activitate economică în unul din aceste patru sectoare. Regulile și principiile enunțate în Tratat și descrise mai sus se aplică acestei atribuirii, la fel cum se aplică Directiva lucrărilor în cazul unei concesiuni de lucrări.

În al doilea caz, o autoritate publică care operează în mod specific în unul din cele patru sectoare vizate de Directiva Utilități decide să acorde o concesiune. Regulile și principiile enunțate în Tratat sînt, prin urmare, aplicabile în măsura în care concedentul este o entitate publică. Chiar și în cazul unei concesiune de lucrări, se aplică numai regulile și principiile Tratatului, din moment ce Directiva lucrărilor nu acoperă concesiunile acordate de către o entitate care operează în mod specific în unul din cele patru sectoare vizate de Directiva 93/38/CEE.

În cele din urmă, dacă concedentul este o entitate privată, el nu este supus regulilor sau principiilor descrise mai sus.

A se vedea *Sinteza privind achizițiile publice 16 – Achiziții în sectorul utilităților publice* pentru informații cu privire la cele patru sectoare vizate de Directiva Utilități și tipurile entităților contractante acoperite, inclusiv o discuție privind ce înseamnă o entitate publică.

Informații practice privind definirea domeniului, achiziția și gestionarea PPP-urilor

PPP-urile tind a fi contracte complexe pe un termen îndelungat. În cazul tuturor contractelor complexe și de lungă durată, este foarte important de a asigura examinarea și definirea anticipate și atentă a cerințelor astfel ca specificațiile și condițiile contractului să fie formulate în mod comprehensiv și temeinic, ceea ce va permite atât autorității contractante, cât și operatorilor economici să înțeleagă în deplină măsură natura și implicațiile proiectului pe întreaga durată a contractului.

Procesul de achiziții trebuie să analizeze în mod riguros ofertele operatorilor economici pentru a asigura că acestea satisfac și vor satisface în continuare cerințele impuse de către autoritate pe întreaga durată de implementare a contractului. A se vedea *Sinteza privind achizițiile publice 10 – Care sînt procedurile de achiziții publice și când pot fi acestea aplicate?* pentru informații adiționale privind procedurile de achiziții relevante.

Gestionarea continuă și proactivă a contractului pe întreaga durată a contractului constituie de asemenea un element critic pentru exploatarea și operarea cu succes a concesiunii. Pentru informații suplimentare, a se vedea *Sinteza privind achizițiile publice 21 – Măsurarea performanței și Sinteza privind achizițiile publice 22 – Gestionarea contractului.*

Lectură suplimentară:

- OCDE - Principii privind implicarea sectorului privat în infrastructură(2007)
- Pagina web a Comisiei Europene privind PPP-urile:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index_en.htm
- Comunicarea interpretativă a Comisiei privind dreptul comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor în cazul parteneriate-
lor public-privat interinstituționale (PPPI)-(C(2007)6661)
- Carta verde privind parteneriatele publice private și dreptul comunitar în dome-
niul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor (COM (2004) 327 final)
- Comunicarea privind PPP și dreptul comunitar în domeniul contractelor de
achiziții publice și al concesiunilor (COM (2005) 569 final)
- Notă explicativă privind procedura de dialog competitiv
- Comunicarea interpretativă a Comisiei privind acordarea de concesiuni în teme-
iul dreptului comunitar (OJ 2000/C 121/2)
- OCDE Parteneriate publice-privat – *În căutarea partajării riscului și a valorii
pentru bani*
- Principiile OCDE pentru participarea sectorului privat la infrastructură
- Comisia Economică a Națiunilor Unite pentru Europa – *Ghid privind promova-
rea bunei guvernări în parteneriatele publice private*