



**CENTRUL NAȚIONAL
ANTICORUPȚIE AL
REPUBLICII MOLDOVA**



**NATIONAL ANTICORRUPTION
CENTRE OF THE REPUBLIC OF
MOLDOVA**



Adresa: MD-2004, bd. Ștefan cel Mare și Sfânt 198, mun. Chișinău, Republica Moldova
tel. (+373) 22-25-72-94, email: secretariat@cna.md

Nr. 06/2/8212 din 21.05.2024

La nr. 12-1358 din 26.04.2024

**Ministerul Dezvoltării Economice și
Digitalizării**

Prin prezenta, Vă remitem atașat raportul de expertiză anticorupție la proiectul de lege privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii (număr unic 29/MDED/2024).

Anexă: Raportul de expertiză anticorupție – 9 (nouă) file.

Director

Digitally signed by Pinzari Alexandr
Date: 2024.05.22 08:53:15 EEST
Reason: MoldSign Signature
Location: Moldova



Alexandr PÎNZARI



RAPORT DE EXPERTIZĂ ANTICORUPȚIE

Nr. ELO24/9690 din 21.05.2024

la proiectul de lege privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii (număr unic 29/MDED/2024)

Prezentul raport de expertiză anticorupție a fost întocmit de Centrul Național Anticorupție al Republicii Moldova în baza Legii nr.100/2017 cu privire la actele normative, a Legii nr.1104/2002 cu privire la Centrul Național Anticorupție, a Legii integrității nr.82/2017 și a Metodologiei de efectuare a expertizei anticorupție a proiectelor de acte legislative și normative, aprobată prin Hotărârea Colegiului Centrului nr.6 din 20 octombrie 2017.

I. Analiza riscurilor de corupere a procesului de promovare a proiectului

I.1. Pertinența autorului, categoriei propuse a actului și a procedurii de promovare a proiectului

Autor al proiectului de act normativ este Guvernul Republicii Moldova, iar autor nemijlocit este Ministerul Dezvoltării Economice și Digitalizării, ceea ce corespunde art.73 din Constituția Republicii Moldova și art.47 alin.(3) din Regulamentul Parlamentului, aprobat prin Legea nr.797/1996.

Categoria actului legislativ propus este lege organică, ceea ce corespunde art.72 din Constituție și art. 6-12 din Legea nr.100/2017 cu privire la actele normative.

I.2. Respectarea rigorilor de transparență în procesul decizional la promovarea proiectului

Conform art.8 al Legii nr.239/2008 privind transparența în procesul decizional *"etapele asigurării transparenței procesului de elaborare a deciziilor sunt:*

- a) informarea publicului referitor la inițierea elaborării deciziei;*
- b) punerea la dispoziția părților interesate a proiectului de decizie și a materialelor aferente acestuia;*
- c) consultarea cetățenilor, asociațiilor constituite în corespundere cu legea, altor părți interesate;*
- d) examinarea recomandărilor cetățenilor, asociațiilor constituite în corespundere cu legea, altor părți interesate în procesul de elaborare a proiectelor de decizii;*
- e) informarea publicului referitor la deciziile adoptate."*

Se constată că anunțul privind organizarea consultării publice, proiectul și nota informativă la acesta au fost plasate pe pagina web a Ministerului Dezvoltării Economice și Digitalizării www.mded.gov.md la compartimentul Transparență decizională/Anunțuri privind consultări publice, precum și pe portalul www.particip.gov.md

În aceste condiții, se consideră că autorul a respectat prevederile legale privind transparența în procesul decizional.

I.3. Scopul anunțat și scopul real al proiectului

În nota informativă se menționează că: „*Scopul legii constituie: a) promovarea competitivității între operatorii economici; b) utilizarea resurselor publice în condiții de eficiență, economicitate și eficacitate; c) asigurarea integrității procedurii de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii; d) asigurarea cadrului normativ pentru atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii*”.

La fel, în notă se menționează că: „*Proiectul legii privind concesiunile de lucrări și servicii a fost elaborat pentru armonizarea cadrului legislativ național la aquis-ul comunitar în conformitate cu angajamentele pe care le are Republica Moldova față de Uniunea Europeană prin semnarea acordurilor bilaterale*”.

Articolul 1 din proiectul lege prevede: „*Prezenta lege reglementează modul de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și a contractelor de concesiune de servicii, regimul juridic aplicabil acestor contracte, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea acestora*”.

I.4. Interesul public și interesele private promovate prin proiect

Proiectul promovează interesul public manifestat prin aprobarea legii privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Cu toate acestea, în conținutul proiectului au fost identificate unele norme care, în opinia noastră, sunt lipsite de claritate, ceea ce va permite interpretări confuze și aplicarea neuniformă a acestora.

Este necesară, deci, o clarificare a prevederilor, astfel încât să fie eliminată orice ambiguitate administrativă în privința aplicării normelor în mod uniform în interes public.

Analiza acestor aspecte este efectuată în compartimentul III al prezentului raport de expertiză anticorupție.

I.5. Justificarea soluțiilor proiectului

I.5.1. Suficiența argumentării din nota informativă.

În conformitate cu art.30 al Legii nr.100/2017 cu privire la actele normative, proiectele de acte normative sunt însoțite de „*nota informativă care cuprinde:*

- a) denumirea sau numele autorului și, după caz, a participanților la elaborarea proiectului actului normativ;*
- b) condițiile ce au impus elaborarea proiectului actului normativ și finalitățile urmărite;*
- c) descrierea gradului de compatibilitate, pentru proiectele care au ca scop armonizarea legislației naționale cu legislația Uniunii Europene;*
- d) principalele prevederi ale proiectului și evidențierea elementelor noi;*
- f) modul de încorporare a actului în cadrul normativ în vigoare”.*

Nota informativă stabilește condițiile ce au impus elaborarea proiectului, evidențiază elementele noi și finalitățile urmărite prin promovarea proiectului.

Examinând conținutul notei informative a proiectului supus expertizei se constată că aceasta întrunește condițiile menționate în art.30 al Legii nr.100/2017 cu privire la actele normative.

I.5.2. Argumentarea economică-financiară.

Conform art.30 lit.e) al Legii nr.100/2017 cu privire la actele normative, nota informativă trebuie să conțină „e) *fundamentarea economico-financiară*”.

În nota informativă se menționează că: „*Promovarea proiectului în cauză nu necesită mijloace financiare de la bugetul de stat*”.

II. Analiza generală a factorilor de risc ale proiectului

II.1. Limbajul proiectului

Potrivit art.54 al Legii nr.100/2017 cu privire la actele normative „*textul proiectului actului normativ se elaborează [...] cu respectarea următoarelor reguli: [...]*

a) se expune într-un limbaj simplu, clar și concis [...]

c) terminologia utilizată este constantă, uniformă și corespunde celei utilizate în alte acte normative, în legislația Uniunii Europene și în alte instrumente internaționale la care Republica Moldova este parte, cu respectarea prevederilor prezentei legi; [...]

e) se interzice folosirea neologismelor dacă există sinonime de largă răspândire, [...]

f) se evită folosirea [...] a cuvintelor și expresiilor [...] care nu sînt utilizate sau cu sens ambiguu;

g) se evită tautologiile juridice;

h) se utilizează, pe cât este posibil, noțiuni monosemantice, [...]”.

Textul proiectului este expus în mare parte într-un limbaj simplu, clar și concis, cu respectarea regulilor gramaticale și de ortografie, întrunind cerințele prevăzute de art.54 din Legea nr.100/2017.

Totuși, utilizarea sintagmelor, precum și a următoarelor texte din normele din proiect, cum ar fi: „o parte semnificativă a riscului de operare”, „contract pe termen lung”, „cazuri justificate de motive obiective”, „durata concesiunii este limitată”, „poate fi obligată să obțină”, „are dreptul să”, „cu excepția cazului în care sunt justificate de obiectul contractului”, „poate solicita”, „poate exclude” și altele pot duce la discreția subiecților responsabili de aplicare prin interpretarea normelor în dependență de interes și scop cu riscuri inerente comiterii manifestărilor de corupție.

La fel, în proiect au fost atestate și unele lacune de reglementare.

Analiza acestor aspecte este efectuată în compartimentul III al prezentului raport de expertiză anticorupție.

II.2. Coerența legislativă a proiectului

În textul proiectului nu au fost identificate norme contradictorii sau conflicte dintre prevederile acestuia cu reglementările altor acte normative în vigoare.

II.3. Activitatea agenților publici și a entităților publice reglementată în proiect

În proiect au fost atestate norme care induc confuzie în stabilirea procedurilor de exercitare a unor atribuții/drepturi/obligații ale subiecților responsabili de implementarea normelor proiectului.

Astfel, în conținutul proiectului au fost identificate norme care stabilesc proceduri administrative confuze și ambigui privind:

- aplicarea legii prenotate în cazurile de determinare a „riscului de operare” (art. 8 din proiect);
- stabilirea cazurilor de divizare a concesiunilor care au ca efect excluderea ei de sub incidența prevederilor legii (art. 9 din proiect);
- durata contractului de concesiune (limita maximă în ani pentru care se pot încheia contracte de concesiune în condițiile legii), precum și stabilirea cazurilor când elaborarea studiilor de fundamentare este obligatorie (art. 8 și art. 21 din proiect);
- subiecții care nu pot deține calitatea de operator economic în sensul legii, precum și modul de obținere a unei forme juridice de organizare a asociației (art. 29 din proiect);
- stabilirea cazurilor de nepublicare a anunțului de concesiune (art.34 din proiect);
- reglementarea specificațiilor tehnice (art. 39 din proiect);
- desfășurarea negocierilor cu candidații/ofertanții în condițiile articolului 40 din proiect;
- selecția și evaluarea calitativă (art. 41 din proiect);
- procedura de răspuns la clarificări (art. 43 din proiect);
- modalitatea de verificare a motivelor de excludere a subcontractanților (art. 46 din proiect);
- procedura de reziliere a contractului de concesiune în cazurile stabilite la articolul 48 din proiect.

Analiza acestor aspecte este efectuată în compartimentul III al prezentului raport de expertiză anticorupție.

II.4. Atingeri ale drepturilor omului care pot fi cauzate la aplicarea proiectului

Prevederile proiectului nu aduc atingere drepturilor fundamentale ale omului consacrate de Constituția Republicii Moldova, Declarația Universală a Drepturilor Omului și Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

III. Analiza detaliată a factorilor de risc și a riscurilor de corupție ale proiectului

- 1 -

Art. 8 din proiect -

Articolul 8. Studiul de fundamentare

(...)

(6) În cazul în care, autoritatea/entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 7, este transferată operatorului economic, contractul respectiv este considerat contract de concesiune, pentru care se aplică prevederile prezentei legi.

(7) În cazul în care, autoritatea/entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 7 nu este transferat operatorului economic, contractul respectiv este considerat contract de achiziție publică, pentru care se aplică prevederile Legii nr. 131/2015 privind achizițiile publice.

Obiecții:

În normă se utilizează sintagma „o parte semnificativă a riscului de operare”.

În opinia noastră, nu este clar ce se are în vedere prin „parte semnificativă” și cum are loc identificarea și valorificarea acestei părți.

Or, norma nefiind clară va lăsa loc interpretărilor confuze și discreționare.

Articolul 7 - Riscul de operare - conține norme care reglementează modul de interpretare a „riscului de operare” și statuează condițiile, care fiind întrunite, duc la stabilirea riscului de operare.

Norma, însă, nu face vreo referință la modul de stabilire a „unei părți semnificative a riscului de operare”.

În aceste condiții, există riscul ca în aceeași situație juridică „partea semnificativă a riscului de operare” să fie interpretată diferit de către autoritățile/entitățile contractante.

Mai mult decât atât, în situații identice, aceeași autoritate/entitate contractantă va putea decide diferit în dependență de interesul și scopul urmărit, ceea ce poate duce, în mod inevitabil, la comiterea manifestărilor de corupție.

Recomandări:

Propunem autorului fie reglementarea unor condiții clare și transparente din care să se înțeleagă sensul calificării „parte semnificativă a riscului de operare”, fie modificarea normei în vederea excluderii interpretării confuze și discreționare a normei.

Modificarea urmează să fie corelată cu normele statuate la articolul 7 care reglementează „riscul de operare”.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative

Riscuri de corupție:

- Generale

Art. 9 din proiect -

Articolul 9. Modalități de calculare a valorii estimate a contractelor de concesiune

(...)

(5) Autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul să utilizeze metode de calcul al valorii estimate a contractului de concesiune cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta lege. Se interzice divizarea concesiunii dacă acest lucru are ca efect excluderea ei de sub incidența prezentei legi, *cu excepția cazurilor justificate din motive obiective.*

Obiecții:

Pe de o parte, prin normă se interzice divizarea concesiunii dacă acest lucru are ca efect excluderea ei de sub incidența prezentei legi.

Pe de altă parte, norma permite divizarea concesiunii chiar dacă acest lucru are ca efect excluderea ei de sub incidența prezentei legi în „cazurile justificate din motive obiective”.

Constatăm că normele nu reglementează mai departe cum, cine și în ce mod va stabili „cazurile justificate din motive obiective”, or, neavând criterii prestabilite de calificare, fiecare autoritate/entitate contractantă va putea identifica în mod unilateral și subiectiv, pe alocuri, cazurile ca fiind „obiective” cu prezentarea și a unor „justificări” în acest sens.

Astfel, aplicarea normei va permite interpretări confuze cu riscul aplicării acesteia în mod preferențial.

La fel, norma va duce la o interpretare și a modului de răspundere a autorității/entității contractante în cazul excluderii unei concesiuni de la prevederile legii prenotate.

Ambiguitatea administrativă va crea câmp coruptibil pentru a interpreta norma în dependență de interes și scopul urmărit.

Recomandări:

Propunem autorului să modifice norma prin excluderea caracterului confuz al acesteia și stabilirea modalității transparente de calificare a cazurilor când se permite divizarea concesiunii având ca efect excluderea ei de sub incidența prezentei legi.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Lipsa responsabilității clare pentru încălcări
- Temeiuri neexhaustive pentru survenirea răspunderii

Riscuri de corupție:

- Generale

Art. 21 din proiect -

Articolul 21. Durata contractului de concesiune

(1) Durata contractului de concesiune este limitată în scopul evitării denaturării concurenței. Autoritatea/entitatea contractantă estimează durata contractului de concesiune pe baza lucrărilor sau a serviciilor solitate

(2) Pentru contractele de concesiune a căror durată este mai mare de 5 ani, durata maximă a contractului de concesiune nu poate depăși termenuil estimat necesar în mod rezonabil concesionarului pentru a obține un venit minim care să permită recuperarea costurilor investițiilor efectuate, a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor, precum și o rentabilitate a capitalului investit obținută pe întreaga durată a contractului de concesiune

Obiecții:

Din norma art.21 alin.(1) se poate deduce că „durata contractului de concesiune este limitată”.

Or, norma nu stabilește limita maximă în ani pentru care se poate încheia un contract de concesiune de lucrări și concesiune de servicii.

Totodată, norma articolului 8 reglementează „Studiul de fundamentare”.

Norma stabilește că „În cazul în care autoritatea/entitatea contractantă intenționează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract pe termen lung, care cuprinde (...) are obligația de a elabora un studiu de fundamentare pentru a demonstra necesitatea și oportunitatea realizării proiectului în așa mod”.

Astfel, se poate deduce că studiul de fundamentare urmează să fie întocmit doar în cazul atribuirii „unui contract pe termen lung”.

Pe de o parte, norma nu reglementează ce înseamnă „contract pe termen lung”, pe de altă parte, norma nu reglementează perioada maximă pentru care se poate încheia un contract de concesiune în conformitate cu prevederile prezentei legi.

În opinia noastră, norma este formulată într-un mod confuz cu riscul interpretării termenului maxim pentru încheierea contractului de concesiune, precum și a obligativității elaborării unui studiu de fundamentare.

Lipsa unor termene va permite aplicarea normei în dependență de interes și scop cu riscul comiterii manifestărilor de corupție, iar lipsa clară a cazurilor de întocmire obligatorie a studiilor de fundamentare va permite stabilirea discreționară a acestora (un contract pe termen lung).

Recomandări:

Propunem autorului reglementarea perioadei maxime pentru care se poate încheia un contract de concesiune în condițiile legii, precum și stabilirea cazurilor când urmează să fie elaborat în mod obligatoriu studiul de fundamentare.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Generale

- Lipsa unor termene concrete/termene nejustificate/prelungirea nejustificată a termenilor

- 4 -

Art. 29 din proiect -

Articolul 29. Operatorul economic

(...)

(3) Operatorii economici au dreptul de a se asocia în scopul prezentării ofertelor și/sau de a se prezenta în calitate de ofertanți asociați. *Asociația poate fi obligată să obțină o anumită formă juridică de organizare* în măsura în care această transformare este necesară bunei executări a contractului și doar după atribuirea contractului.

Obiecții:

Considerăm că textul „*asociația poate fi obligată să obțină o anumită formă juridică de organizare*” lasă loc interpretărilor privind obligativitatea obținerii unei forme juridice de organizare.

În opinia noastră, asociația urmează să fie obligată să obțină o anumită formă juridică de organizare în măsura în care această transformare este necesară bunei executări a contractului (sintagma „*poate fi*” lasă loc de interpretare).

La fel, norma care reglementează calitatea de „operator economic” nu stabilește în mod clar subiecții care nu pot participa în calitate de „operator economic” la concursul pentru obținerea unui contract de concesiune.

Considerăm în acest sens incidente normele articolului 16 alin.(6) din Legea nr.131/2015 privind achizițiile publice care stabilesc subiecții care nu pot deține calitatea de „operator economic” în sensul Legii privind achizițiile publice.

Recomandări:

Propunem autorului corelarea normei art.29 din proiect cu prevederile similare din art.16 din Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, în special alin.(6).

La fel, la art. 29 alin.(3) propunem a substitui sintagma „*asociația poate fi obligată*” cu „*asociația este obligată*”.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Generale

Art. 34 din proiect -

Articolul 34. Anunțul de concesionare

(...)

(6) Prin excepție de la alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă nu are obligația de a publica un anunț de concesionare dacă un singur operator economic dispune de lucrările și serviciile necesare și nu există o alternativă sau un substitut rezonabil, iar absența concurenței nu este rezultatul unei restrângeri artificiale a parametrilor contractului de concesiune atribuit din motive de creație, tehnice, existența unui drept exclusiv, protecția drepturilor de proprietate intelectuală și a altor drepturi exclusive, decât cele definite la art.4

(7) Prin excepție de la alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă nu are obligația de a publica un nou anunț de concesionare dacă nici o ofertă, nici o candidatură sau nici o ofertă adecvată ori nici o candidatură adecvată nu a fost depusă ca răspuns la un anunț de concesionare la o procedură de concesiune concurențială, atâta timp cât condițiile inițiale ale contractului de concesiune nu au fost modificate în mod substanțial.

Obiecții:

Norma nu stabilește clar modul de aplicare a „excepțiilor”.

Or, acestea pot fi interpretate diferit.

La fel, nu este clar ce înseamnă „nu au fost modificate în mod substanțial”.

Ambiguitatea administrativă va permite interpretări discreționare și confuze a normei.

Norma urmează să stabilească și să instituie o transparentizare maximă a publicării anunțurilor de concesionare, pe când, în redacția propusă, va lăsa loc autorității/entității contractante să decidă și să stabilească „excepțiile”, precum și dacă „condițiile au fost modificate substanțial”.

Astfel, spre exemplu nu este clar cum autoritatea/entitatea contractantă va stabili în mod transparent și unilateral că un singur operator economic dispune de lucrările și serviciile necesare și nu există o „alternativă” sau „condițiile inițiale ale contractului de concesiune nu au fost modificate în mod substanțial”.

Norma expusă în redacția propusă va permite aplicarea acesteia în interpretare favorită în dependență de scopul urmărit, ceea ce crește potențialul coruptibil al acesteia.

Recomandări:

Propunem excluderea caracterului confuz și discreționar al normei.

Astfel, urmează a se reglementa clar și transparent cazurile de nepublicare a anunțului de concesionare, precum și stabilirea criteriilor/condițiilor și a modului de calificare că condițiile inițiale ale contractului de concesiune „nu au fost modificate în mod substanțial”.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o

Riscuri de corupție:

- Generale

obligație	
-----------	--

- 6 -

Art. 39 din proiect -

Articolul 39. Specificații tehnice

(...)

(3) *Cu excepția cazului în care sunt justificate de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu pot preciza un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu și nici nu se pot referi la o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producție anumită, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse*

Obiecții:

Prin textul „cu excepția cazului în care sunt justificate de obiectul contractului” norma, de fapt, va permite ca specificațiile tehnice să indice/stabilească un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu și se pot referi la o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producție anumită, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse.

În aceste condiții, nu este clar care sunt acele „excepții de cazuri în care sunt justificate de obiectul contractului”.

În redacția propusă, norma va permite interpretări confuze și discreționare.

Astfel, în lipsa unor criterii/condiții se vor putea interpreta „excepțiile cazurilor în care sunt justificate de obiectul contractului”.

La fel, menționăm că prevederi similare cu referință la reglementarea „Specificațiilor tehnice” sunt conținute și în Legea nr. 131/2015 privind achizițiile publice, care, la art.37 (în special, alin. (6)) nu stabilește careva excepții de la regulile privind descrierea bunurilor, lucrărilor și serviciilor.

Recomandări:

Norma urmează a fi modificată prin excluderea interpretării caracterului lacunar al textului „cu excepția cazului în care sunt justificate de obiectul contractului” din articolul 39 alin. (3) din proiect.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Generale

Art. 40 din proiect -

Articolul 40. Reguli procedurale

(...)

(7) Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a desfășura negocieri cu candidații sau ofertanții în privința oricărui element al concesiunii, cu excepția obiectului concesiunii, criteriilor de atribuire și cerințelor minime.

Obiecții:

Norma stabilește că „Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a desfășura negocieri cu candidații sau ofertanții în privința oricărui element al concesiunii, cu excepția obiectului concesiunii, criteriilor de atribuire și cerințelor minime”.

Prin textul „are dreptul de a desfășura negocieri (...)” autoritatea/entitatea contractantă nu îi este atribuită o obligație.

Astfel, în dependență de modul de interpretare a normei, autoritatea/entitatea contractantă va aplica norma în interpretarea preferabilă.

Or, în una și aceeași situație, când, spre exemplu, parvin două solicitări de la doi candidați/ofertanți diferiți autoritatea/entitatea contractantă va putea decide în mod diferit în ceea ce privește desfășurarea negocierilor cu unul din candidați/ofertanți.

În aceste condiții, crește riscul aplicării normei prin interpretare favorabilă a acesteia.

La fel, nu este clar dacă urmare a acestor negocieri, autoritatea/entitatea contractantă (cu respectarea principiilor secretului comercial, tehnologic și a.) urmează să înștiințeze pe toți contractanții/ofertanții privind desfășurarea acestor negocieri în vederea transparentizării acțiunilor sale.

Recomandări:

Propunem autorului instituirea obligației autorității/entității contractante de a desfășura negocieri cu candidații sau ofertanții care au solicitat acest lucru în privința oricărui element al concesiunii, cu excepția obiectului concesiunii, criteriilor de atribuire și cerințelor minime.

La fel, propunem a completa cu o prevedere care ar asigura transparentizarea acțiunilor de negociere cu informarea tuturor candidaților/ofertanților în privința derulării acestor negocieri și a domeniului/tematicilor negociate.

Factori de risc:

- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Generale

Art. 41 din proiect -

**Articolul 41. Selecția și evaluarea calitativă
(...)**

Obiecții:

Norma articolului 41, în opinia noastră, conține multiple sintagme, precum și texte care pot duce la confuzii în interpretări și la diferențe în tratarea normei.

Norma, per general, ar putea cauza dificultăți în interpretare și aplicare.

Astfel -

la alin. (4) nu este clar cum va demonstra ofertantul/candidatul că „o altă persoană” întrunește condițiile privind selecția și evaluarea calitativă privind ofertantul câștigător prin prisma verificării criteriilor referitoare la capacitatea profesională și tehnică sau privind situația economică și financiară. Aceste aspecte sunt foarte importante pentru derularea cu succes în interes public a contractului de concesiune (or angajamentul ferm al persoanei nu denotă întrunirea condițiilor);

la alin. (5) prin sintagma „poate solicita” se instituie dreptul autorității/entității contractante de a stabili răspunderea solidară a persoanei pentru executarea contractului;

la alin. (7) și alin. (9) nu este clar de ce autorul în prima normă instituie obligație autorității/entității contractante, în timp ce norma alin.(9) instituie un drept. La fel, nu este clar cum se va stabili că autoritatea/entitatea contractantă „are cunoștință” despre survenirea situațiilor descrise în norme. Or, autoritatea/entitatea contractantă nu i se stabilesc ce acțiuni urmează să fie obligată să le întreprindă pentru a stabili cu fermitate existența sau inexistența situațiilor descrise de norme. În aceste condiții, autoritatea/entitatea contractantă va putea să se apere prin a menționa despre faptul că ea „nu a avut cunoștințe” despre situațiile descrise, pentru care motiv nu a exclus de la procedura de atribuire a contractului de concesiune ofertantul/candidatul ce se află în acele situații descrise. În redacțiile propuse, normele comportă un risc major de interpretări confuze, ținând cont de interesul public urmărit la aplicarea legii privind concesiunile de lucrări și de servicii;

la alin. (10), la fel, este situația similară descrisă cu referire la alin.(7) și (9), or nu este clar cum autoritatea/entitatea publică va „cunoaște/are cunoștință” dacă au fost sau nu încălcate obligațiile fiscale;

la alin. (11) în mod eronat se atribuie dreptul discreționar autorității/entității contractante de a fi în drept de a decide excluderea din procedura de atribuire a contractului de concesiune a ofertantului/candidatului pentru încălcarea obligațiilor fiscale. Textul „poate exclude din procedura de atribuire” va permite aplicarea normei în dependență de interes și scop. Aceeași remarcă este și pentru alin. (17) care în textul normei se utilizează sintagma „poate exclude”;

la alin.(13) considerăm repetat că autoritatea/entitatea contractantă nu cunoaște care sunt drepturile și acțiunile ce urmează să fie întreprinse în mod obligatoriu de către aceasta pentru a demonstra dacă ofertantul sau candidatul se află sau nu în situațiile descrise la lit. a)-i) din același alineat (13);

la alin. (14) atragem atenția la instituirea dreptului autorității/entității contractate, la fel, după formula „are dreptul să nu excludă”;

la alin. (18)-(21) se acordă în mod discreționar dreptul autorității/contractante de a decide. Astfel, spre exemplu nu este clar cum poate să acționeze autoritatea/entitatea contractantă pentru a nu exclude de la procedura de concesiune în condițiile alin.(18) când ofertantul furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de el sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea sa în cazul în care se dovedește că în ultimii 5 ani a

fost condamnat prin hotărâre irevocabilă în condițiile alin.(7) al art.41. Astfel, norma va permite abuzuri din partea tututor subiecților în vederea interpretării în dependență de interesul urmărit.

Toate aceste aspecte examinate supra vor permite interpretări diferite de la caz la caz, generând astfel manifestări de corupție.

Recomandări:

Propunem autorului reexaminarea normei articolului 41.

La alin.(4) urmează a se stabili clar condițiile pe care trebuie să le întrunească persoana care poate susține candidatul/ofertantul.

În întreg conținutul normei art.41 urmează a se reexamina modul de instituire a unor drepturi în loc de obligații după formula utilizată „poate solicita”, „poate exclude”, „are dreptul să nu excludă” și altele.

La alin. (7)-(11) urmează a se stabili ce acțiuni urmează să fie obligată autoritatea/entitatea contractantă să le întreprindă pentru a demonstra existența situațiilor descrise de normele acestor alineate;

La alin.(18)-(21) nromele urmează a fi reanalizate în vederea eliminării caracterului discreționar al acestora.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Lacună de drept
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Încurajarea sau facilitarea actelor de:
 - corupere activă
 - corupere pasivă
 - trafic de influență
 - conflict de interese și/sau favoritism
 - influențare necorespunzătoare
- Legalizarea actelor de:
 - abuz de serviciu
 - depășire a atribuțiilor de serviciu

- 9 -

Art. 43 din proiect -

Articolul 43. Clarificări

(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire

(2) Autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil la orice solicitare de clarificare într-o perioadă care nu trebuie să depeșească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic

(...)

(4) Fără a aduce atingere prevederilor alin. (2), în măsura în care clarificările sunt solicitate în timp util, răspunsurile autorității/entității contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmise operatorilor economici care au depus cereri de participare nu mai târziu de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea candidaturilor/ofertelor.

(5) În cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea/entitatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenele prevăzute la alin. (4), aceasta din urmă este în drept să nu răspundă. În cazul în care autoritatea/entitatea contractantă decide transmiterea răspunsului la solicitarea de clarificare, aceasta are obligația de a extinde termenul de depunere a candidaturilor/ofertelor, astfel încât să se respecte termenul prevăzut la alin. (4). În acest caz, extinderea termenului de depunere a candidaturilor/ofertelor nu

extinde dreptul de a solicita clarificări.

Obiecții:

Norma atribuie dreptul autorității/entității contractante de a răspunde sau de a nu răspunde la solicitarea unei clarificări în cazul în care răspunsul oferit nu s-ar încadra în termenul prevăzut la alin. (4) al aceluiași articol.

În cazul în care răspunde, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a extinde termenul de depunere a candidaturilor/ofertanților astfel încât să se respecte termenul prevăzut la alin. (4).

În aceste condiții, autoritatea/entitatea contractantă îi este instituit un drept și nu o obligație de conformare, ceea ce micșorează din transparentizarea activității acesteia.

Totodată, acțiunea autorității/entității contractante poate depinde de interesul urmărit.

Astfel, dacă prelungește termenul, vor putea depune ofertele și alți ofertanți, iar dacă nu prelungește termenul, atunci poate leza, în unele cazuri intenționat, dreptul unui ofertant de a primi răspuns la clarificarea depusă.

În ambele cazuri există riscul comiterii manifestărilor de corupție.

Recomandări:

Propunem autorului excluderea neconformității și abuzului de interpretare a normei art. 43 alin. (6) din proiect.

Factori de risc:

- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Încurajarea sau facilitarea actelor de:
 - corupere activă
 - corupere pasivă
 - trafic de influență
 - conflict de interese și/sau favoritism
 - influențare necorespunzătoare
- Legalizarea actelor de:
 - abuz de serviciu
 - depășire a atribuțiilor de serviciu

- 10 -

Art. 46 din proiect -

Articolul 46. Subcontractarea

(...)

(4) Concesionarul este obligat să notifice autoritatea/entitatea contractantă despre orice modificări ale informațiilor prevăzute la alin. (3) pe durata contractului de concesiune, precum și să prezinte informațiile privind eventualii noi subcontractanți care vor fi implicați ulterior în lucrările sau serviciile respective.

(...)

(6) *Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul să verifice* dacă există motive de excludere a subcontractanților în temeiul art. 41 alin. (7)-(15). În astfel de cazuri, autoritatea/entitatea contractantă solicită ca concesionarul să înlocuiască subcontractantul în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că există motive obligatorii de excludere.

Obiecții:

Norma instituie un drept autorității/entității contractante de a verifica dacă există motive de excludere a subcontractanților în temeiul art. 41 alin. (7)-(15).

În opinia noastră, textul „are dreptul să verifice” crează în larg câmp coruptibil lăsând la discreția autorității/entității contractante interpretarea normei de drept prin exercitarea sau neexercitarea dreptului instituit de normă.

Astfel, fiind instituit un drept, entitatea publică poate abuza de acesta și aplica norma diferit în aceleași situații juridice, în dependență de interes și scop. În aceste condiții, în una și aceeași situație juridică identică entitatea publică va lua decizia în mod unilateral, fie de a refuza sau de a nu refuza verificarea existenței motivelor de excludere a subcontractanților în temeiul art. 41 alin. (7)-(15).

Sintagma „are dreptul să” comportă pericol coruptibil la aplicarea normei.

Considerăm că odată ce sunt întrunite anumite condiții prestabilite, entitatea publică urmează să aplice norma în mod uniform și fără loc de interpretări discreționare a acesteia.

Recomandări:

Propunem autorului substituirea sintagmei „are dreptul să verifice” cu sintagma „este obligată să verifice”.

Factori de risc:

- Formulare ambiguă care admite interpretări abuzive
- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Generale

- 11 -

Art. 48 din proiect -**Articolul 48. Cazuri specifice de încetare a contractului de concesiune**

Fără a aduce atingere cadrului legal privind încetarea contractelor sau prevederilor prezentei legi referitoare la nulitatea contractului de concesiune, *autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a rezilia unilateral* un contract de concesiune în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

- a) contractul a făcut obiectul unei modificări substanțiale care ar necesita o nouă procedură de atribuire a concesiunii în conformitate cu art. 47;
- b) concesionarul, la momentul atribuirii contractului de concesiune, se afla în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 41 alin.(7)-(9);
- c) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit concesionarului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor ce rezultă din prezenta lege și/sau tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, care a fost constatată printr-o decizie irevocabilă a unei instanțe judecătorești naționale sau, după caz, internaționale.

Obiecții:

Norma instituie un drept autorității/entității contractante de a rezilia sau nu, în mod unilateral, contractul de concesiune în perioada de valabilitate a acestuia în situațiile stabilite.

Astfel, fiind instituit un drept, entitatea publică poate abuza de acesta și aplica norma diferit în aceleași situații juridice, în dependență de interes și scop.

În aceste condiții, în una și aceeași situație juridică identică entitatea publică va lua decizia în mod unilateral, fie de a iniția procedura de reziliere sau nu a contractului de concesiune.

Sintagma „este în drept” comportă pericol coruptibil la aplicarea normei.

Considerăm că odată ce sunt întrunite anumite condiții prestabilite, entitatea publică urmează să aplice norma în mod uniform și fără loc de interpretări discreționare a acesteia.

Recomandări:

Propunem autorului substituirea textului „are dreptul de a rezilia” cu cuvântul „reziliază”.

Factori de risc:

- Atribuții care admit derogări și interpretări abuzive
- Temeiuri neexhaustive/ambigui/subiective pentru refuzul sau inacțiunea entității publice
- Lipsa/ambiguitatea procedurilor administrative
- Stabilirea unui drept al entității publice în loc de o obligație

Riscuri de corupție:

- Generale

IV. Concluzia expertizei

În nota informativă se menționează că: „Scopul legii constituie: a) promovarea competitivității între operatorii economici; b) utilizarea resurselor publice în condiții de eficiență, economicitate și eficacitate; c) asigurarea integrității procedurii de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii; d) asigurarea cadrului normativ pentru atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii”.

La fel, în notă se menționează că: „Proiectul legii privind concesiunile de lucrări și servicii a fost elaborat pentru armonizarea cadrului legislativ național la aquis-ul comunitar în conformitate cu angajamentele pe care le are Republica Moldova față de Uniunea Europeană prin semnarea acordurilor bilaterale”.

Articolul 1 din proiectul lege prevede: „Prezenta lege reglementează modul de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și a contractelor de concesiune de servicii, regimul juridic aplicabil acestor contracte, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea acestora”.

În proiect au fost atestate norme care induc confuzie în stabilirea procedurilor de exercitare a unor atribuții/drepturi/obligații ale subiecților responsabili de implementarea normelor proiectului.

Astfel, în conținutul proiectului au fost identificate norme care stabilesc proceduri administrative confuze și ambigui privind:

- aplicarea legii prenotate în cazurile de determinare a „riscului de operare” (art. 8 din proiect);
- stabilirea cazurilor de divizare a concesiunilor care au ca efect excluderea ei de sub incidența prevederilor legii (art. 9 din proiect);

- durata contractului de concesiune (limita maximă în ani pentru care se pot încheia contracte de concesiune în condițiile legii), precum și stabilirea cazurilor când elaborarea studiilor de fundamentare este obligatorie (art. 8 și art. 21 din proiect);
- subiecții care nu pot deține calitatea de operator economic în sensul legii, precum și modul de obținere a unei forme juridice de organizare a asociației (art. 29 din proiect);
- stabilirea cazurilor de nepublicare a anunțului de concesiune (art.34 din proiect);
- reglementarea specificațiilor tehnice (art. 39 din proiect);
- desfășurarea negocierilor cu candidații/ofertanții în condițiile articolului 40 din proiect;
- selecția și evaluarea calitativă (art. 41 din proiect);
- procedura de răspuns la clarificări (art. 43 din proiect);
- modalitatea de verificare a motivelor de excludere a subcontractanților (art. 46 din proiect);
- procedura de reziliere a contractului de concesiune în cazurile stabilite la articolul 48 din proiect.

Analiza acestor aspecte este efectuată în compartimentul III al prezentului raport de expertiză anticorupție.

În final, recomandăm autorului reexaminarea proiectului prin prisma prezentului raport de expertiză anticorupție și eliminarea factorilor și a riscurilor de corupție identificați.

Este necesară, deci, o clarificare a prevederilor, astfel încât să fie eliminată orice ambiguitate administrativă în privința aplicării normelor în mod uniform în interes public.

21.05.2024

Expert al Direcției legislație și expertiză anticorupție:
Vadim CURMEI , Inspector principal

Digitally signed by Curmei Vadim
Date: 2024.05.21 16:14:43 EEST
Reason: MoldSign Signature
Location: Moldova

