
Februarie 2010

Recomandările AmCham România privind perfecționarea cadrului de desfășurare a proiectelor de parteneriat public privat în scopul atragerii investițiilor străine în România

Introducere

Parteneriatul Public Privat ("PPP") se referă în general la orice fel de colaborare între entitățile publice, autoritățile locale sau centrale și companiile private, cu scopul de a furniza servicii sau lucrări publice.

În țările Uniunii Europene modelele de PPP pot varia de la simple contracte de management pe termen scurt (implicând eventual și o investiție în obiectivul respectiv) până la contracte foarte complexe și de lungă durată (de exemplu *proiectare, construcție, finanțare, operare și transfer* (în engleză *DBFOT - Design, Build, Finance, Operate and Transfer*).

În România, prin reglementările Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii („**OUG 34/2006**”) PPP-ul este asimilat concesiunilor de lucrări publice și concesiunilor de servicii, ca principale forme de manifestare a acestui concept.

În țările cu tradiție în PPP-uri (din punct de vedere al numărului de proiecte și dimensiunea proiectelor PPP-urilor) proiectele de PPP se desfășoară în baza unui amplu program guvernamental. O astfel de strategie ar trebui adoptată și de România, în vederea stimulării implementării acestui tip de proiecte.

1. Contextul legislativ actual

Cadrul legislativ național care reglementează PPP-urile este reprezentat de acte normative adoptate atât la nivelul legislației primare, cât și la nivel secundar sau terțiar, după cum urmează:

- (a) **Legislația primară** reprezentată de OUG 34/2006, care implementează Directivele Uniunii Europene referitoare la contractele de achiziție publică (cuprinzând, în principal, Directiva 2004/17/EC și Directiva 2004/18/EC);
- (b) **Legislația secundară** formată din:
 - (i) Hotărârea de Guvern nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în OUG nr. 34/2006 și

- (ii) Ordinul nr. 107/2009 pentru aprobarea Regulamentului privind supravegherea modului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii;
- (c) **Legislație terțiară** formată din:
- (i) Manualul Operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, publicat de ANRMAP la data de 12 mai 2009 (primul volum) și 13 octombrie 2009 (al doilea volum);
 - (ii) Ghid pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România aprobat prin Ordinul nr. 1517/2009 emis de Ministerul Finanțelor împreună cu ANRMAP.

Cu toate că aceste acte normative au fost elaborate în conformitate cu directivele Uniunii Europene, România încă se confruntă cu un sistem slab dezvoltat de implementare a acestor reguli. Lipsa transparenței, lipsa pregătirii profesionale necesare, lipsa experienței relevante a autorităților contractante, specularea sau interpretarea greșită a unor prevederi legale neclare, sancțiuni ineficiente pentru un comportament inadecvat, lipsit de profesionalism (uneori chiar contrar legii) al autorităților contractante, toate acestea creează premisele ca sistemul de implementare a PPP-urilor să fie defectuos, ineficient și nestimulativ.

De asemenea, o piedică majoră în implementarea PPP-urilor în anumite sectoare ale serviciilor publice (ex. sănătate, educație, infrastructura socială) este chiar legislația specială aplicabilă unor astfel de sectoare care conține fie prevederi neclare ori insuficiente, fie prevederi contrare dezvoltării unor astfel de proiecte în România. Un exemplu relevant în acest sens ar putea fi domeniul infrastructurii privitoare la spitalele publice, unde legislația actuală împiedică practic înființarea și managementul spitalelor publice în cadrul unui proiect de tip PPP.

Pe termen mediu și lung, această situație va afecta în ultimă instanță însăși dezvoltarea sectorului public în România, deoarece acesta se va afla în imposibilitatea de a prelua din sectorul privat experiența managerială necesară în vederea gestionării eficiente și coerente a resurselor publice într-un anumit sector public.

În ceea ce privește comportamentul autorităților contractante, au fost identificate o serie de nereguli, cum ar fi:

- (a) lipsa transparenței din cauza utilizării excesive și nejustificate a clauzelor de confidențialitate;
- (b) încălcarea prevederilor legale și a termenelor prevăzute de legislație pe parcursul procedurii de implementare a PPP-urilor;
- (c) caietele de sarcini conțin cerințe extrem de restrictive care pot duce la anularea procedurii de selecție din lipsă de ofertanți. În multe situații, impunerea acestor condiții restrictive poate reprezenta o încălcare a principiilor proporționalității, transparenței, concurenței loiale și a tratamentului egal care guvernează această materie;
- (d) utilizarea de criterii neadecvate pentru evaluarea potențialilor ofertanți sau solicitarea de documente irelevante pentru respectivul proiect, doar pentru a crea iluzia unei protecții împotriva riscurilor la care ar putea fi supusă autoritatea contractantă;
- (e) birocrăție exagerată în implementarea proiectelor PPP:
 - de exemplu în **infrastructură și în construcții** (în principal drumuri): întârzieri în eliberarea documentelor specifice (de ex. certificatul de descărcare arheologică, autorizații de mediu etc.), procedura de expropriere împovărătoare în ciuda ultimelor prevederi legislative adoptate în acest sens care nu sunt aplicate

- corespunzător; întârzieri în emiterea avizelor sau acordurilor stabilite prin certificatul de urbanism, procedura îndelungată de obținere a autorizației de construire;
- (f) lipsa legislației specifice privind taxele și impozitele pentru proiectele PPP;
 - (g) lipsa de înțelegere din partea autorităților contractante cu privire la solicitările investitorilor străini și practica internațională din domeniul PPP-urilor, cu privire la:
 - (i) recunoașterea principiului răspunderii limitate (în engleză *"non recourse principle"*) referitor la limitarea regresului pe care autoritatea contractantă îl are față de finanțatorii proiectului, cu privire la obligațiile tehnice, comerciale și financiare ale partenerului privat (care este de cele mai multe ori un vehicul investițional (în engleză *"Special Purpose Vehicle" - SPV*),
 - (ii) evitarea acceptării de către autoritățile contractante a unui vehicul investițional (SPV) în calitate de partener contractual, în condițiile în care finanțatorii (asociații SPV-ului) înșiși nu își vor asuma răspunderea comună pentru obligațiile SPV-ului,
 - (iii) evitarea de către autoritățile contractante române de a acorda drepturi de preluare (cesiune) a contractului (în engleză *"step-in rights"*) în favoarea finanțatorilor proiectului etc.

2. Actualele deficiențe ale sistemului

Absența unor linii directoare clare și a unei practici coerente, la care se adaugă și lipsa de experiență a autorităților contractante în ceea ce privește proiectele PPP, impun un ritm lent implementării și dezvoltării acestor proiecte în România.

Mai jos sunt enumerate câteva dintre actualele deficiențe ale sistemului PPP-urilor în România:

- (a) lipsa unei instituții active și cu putere de decizie special creată în vederea coordonării, dezvoltării și monitorizării proiectelor PPP;
- (b) lipsa unei baze de date publice (online) centralizată, actualizată, care să cuprindă informații cu privire la toate proiectele PPP în desfășurare și care urmează a fi propuse de către autorități;
- (c) lipsa unei reale și efective transparențe, în pofida principiilor de transparență reglementate în legislația națională și în directivele europene;
- (d) lipsa unui departament de asistență (*"help desk"*), special instruit pentru a oferi (inclusiv investitorilor privați) informații cu privire la aplicarea procedurilor de selecție în contextul proiectelor PPP, proiectele curente și viitoare, termene limită, documentație și orice alte informații și instrucțiuni necesare;
- (e) sancțiuni ineficiente pentru autoritățile contractante care nu respectă termenele legale și procedurile de selecție;
- (f) o legislație secundară inexistentă, slabă sau insuficient pusă în aplicare, în ceea ce privește reglementarea anumitor aspecte cu privire la diverse domenii/sectoare unde PPP ar putea fi implementat:
 - (i) **infrastructura rutieră**, cum ar fi: exproprierile, regimul juridic al terenurilor utilizate pe parcursul efectuării lucrărilor de construcții și în scopul finalizării acestora, regimul siturilor arheologice sau gestionarea deșeurilor;
 - (ii) **lucrările de construcții**: abrogarea implementării contractelor de antrepriză elaborate de către FIDIC aplicabile concesiunii de lucrări, criterii neadecvate de verificare a calității construcțiilor executate în anumite domenii;
 - (iii) **spitale**: legislația specială cu privire la înființarea și managementul spitalelor publice precum și cu privire la externalizarea serviciilor

- medicale și non-medicale de către spitalele publice conține prevederi contrare dezvoltării proiectelor de tip PPP în acest sector.
- (g) lipsa de alternative cum ar fi "Private Finance Initiative" ("PFI")¹ – o abordare formală a PPP adoptată în Marea Britanie.

3. Recomandări

- (a) **Dezvoltarea uneia din instituțiile deja existente** – de exemplu Unitatea Centrală pentru Cordonarea Parteneriatului Public Privat (UCCPPP) din cadrul Ministerului Finanțelor Publice - **sau înființarea unei instituții noi**, care să ofere susținere strategică entităților publice și să fie răspunzătoare în ceea ce privește furnizarea de soluții de parteneriat de succes, începând cu numirea și instruirea consilierilor și terminând cu delimitarea, dezvoltarea, detectarea și impunerea de soluții de remediere a problemelor din cadrul proiectelor și negocierea proiectelor.

Activitatea acestei instituții ar trebui să se limiteze la acordarea de consultanță, propunerea soluțiilor pentru rezolvarea problemelor aparute în cadrul PPP-urilor și, eventual, atragerea de fonduri de finanțare europene și oferirea de consultanță pentru acest segment. Această instituție ar trebui să fie o sursă de informații și consultanță competente, puse în principal la dispoziția autorităților contractante, atât de la nivel central cât și de la nivel local, dar și potențialilor investitori străini sau naționali, prin acționarea ca un motor de atragere și stimulare a investițiilor.

În plus față de cele de mai sus, în vederea asigurării eficienței unui astfel de program, serviciile și sugestiile furnizate de această instituție ar trebui să fie obligatorii pentru autoritățile contractante.

O astfel de instituție ar trebui să fie capabilă să ofere susținere strategică tuturor entităților publice interesate în dezvoltarea de proiecte PPP (de ex. ar trebui să acționeze în calitate de consultant de afaceri pentru autoritățile contractante și să ofere asistență începând cu întocmirea studiilor de fezabilitate și pre-fezabilitate, redactarea contractelor, asistarea la negocieri etc.).

- (b) **Crearea unei noi baze de date (sau îmbunătățirea actualei baze de date)** (gestionată de instituția mai sus-amintită – de exemplu de UCCPPP) care să cuprindă informații cu privire la toate proiectele de PPP prezente și viitoare (de infrastructură și nu numai) precum și o arhivă a proiectelor finalizate.

În prezent, mai multe autorități și organisme de stat, inclusiv UCCPPP, dețin astfel de baze de date, însă informațiile nu sunt nici actualizate, nici complete. Există o nevoie reală pentru o bază de date transparentă, centralizată, care să fie actualizată în permanență cu ultimele informații referitoare la dezvoltarea proiectelor. Punctul de plecare pentru crearea unei astfel de baze de date ar putea fi: (i) infrastructura existentă a Sistemului Electronic de Achiziții Publice (SEAP) care să fie extins și actualizat cu referințe la contractele semnate, detalii privind executarea contractului, eventualele incidente în executarea respectivelor contracte etc.; (ii) actuala bază de

¹ În cadrul PFI, sectorul public încheie contracte pentru achiziționarea de servicii de calitate pe termen lung astfel încât să poată beneficia de acordarea de facilități pentru abilitățile de gestionare ale sectorului privat prin cooptarea finanțării private la împărțirea riscului. Partenerul din sectorul privat își asumă responsabilitatea pentru furnizarea unui serviciu public, inclusiv întreținerea, îmbunătățirea sau construirea infrastructurii necesare, iar sectorul public solicită un nivel de servicii în schimbul unei plăți anuale, numită taxă unitară.

date cu proiecte PPP a UCCPPP aflată pe web-site-ul oficial al Ministerului Finanțelor.

- (c) Principiul de bază pentru atribuirea contractelor PPP ar trebui să fie **"transparență cu orice preț"**.

Acest principiu ar putea fi realizat prin intermediul unei monitorizări detaliate și constante a autorităților contractante pe durata procesului de achiziție și prin permiterea accesului public la informații cel puțin cu privire la stadiul procedurii de achiziție (nu numai la anunțul de participare și cel de atribuire și disponibilitatea dosarului de achiziție publică după semnarea contractului).

Acest proces de monitorizare va fi eficient numai prin instituirea unor sancțiuni severe pentru orice comportament ce încalcă legislația privind procedurile de selecție în materia PPP-urilor.

- (d) **Îmbunătățirea și clarificarea managementului proiectului**, în sensul reglementării detaliate a modalităților în care investitorul privat va administra bunul pe perioada proiectului, astfel încât să își recupereze investiția și să asigure o calitate superioară serviciilor/lucrărilor furnizate.

(i) **Infrastructura rutieră:**

(A) Legislația actuală reglementează conceptul de *"tarif de trecere"* (o sumă determinată în conformitate cu distanța parcursă și cu tipul vehiculului, plătită pentru o anumită porțiune a drumurilor naționale), însă nu există o legislație secundară care să detalieze valoarea acestor tarife, procedura de implementare a lor, sancțiunile aplicabile, modalitatea de colectare a sumelor rezultând din amenzi și beneficiarii respectivelor sume etc. În prezent, numai tarifele pentru poduri și pentru activitățile efectuate în zonele învecinate drumurilor sunt reglementate, nu însă și tarifele efective pentru utilizarea drumurilor. Pentru porțiunile de drum pentru care se plătește rovinietă (*care de fapt reprezintă întreaga rețea națională de drumuri*) nu mai pot fi colectate și alte tarife de trecere, exceptând tarifele pentru poduri. Tarifele de trecere trebuie să fie atent reglementate pentru a evita orice abuzuri, dar într-un mod care să permită recuperarea investiției. În lipsa unei astfel de reglementări, concesionarii unor porțiuni din rețeaua națională de drumuri (de ex. autostrăzi) nu își vor putea recupera investiția din taxe impuse celor care folosesc acea porțiune de drum.

(B) O serie de mecanisme de plată pot fi implementate, cum ar fi: *"toll"*, *"shadow toll"* și *"active management payment mechanism"*.

(1) Sistemul **"toll"** stabilește un quantum al tarifului în baza numărului și tipului de autovehicule care tranzitează drumul respectiv, această sumă fiind plătită de utilizatorii efectivi ai drumului, spre deosebire de *"shadow toll"* unde autoritatea contractantă plătește aceste sume în locul utilizatorului drumului.

(2) **"active management payment mechanism"** încurajează contractantul să gestioneze în mod activ proiectul rutier pentru a decongestiona traficul și pentru a îmbunătăți durata estimată a unei călătorii. Valoarea tarifelor va fi stabilită în funcție de următoarele aspecte:

trafic, cât de aglomerat este drumul, numărul de accidente din care au rezultat victime etc.

- (ii) **Infrastructura spitale publice**: legislația specială cu privire la înființarea și managementul spitalelor publice ar trebui să fie modificată în sensul reglementării exprese a posibilității de a concesiiona lucrări și/sau servicii în acest sector, precum și a condițiilor în care se poate face acest lucru (de ex. care vor fi autoritățile contractante, ce tip de spitale se pot construi și opera în sistem PPP, ce tip de servicii medicale și/sau non-medicale pot face obiectul unui contract de PPP etc.).
 - (iii) **Alte domenii de interes public cu deficiențe în management**: educație și infrastructură socială.
- (e) **Predarea proiectului autorității contractante la finalizarea acestuia** este un moment foarte important în cadrul unui proiect PPP, întrucât autoritatea contractantă trebuie să se asigure că bunul public rezultat în urma proiectului PPP (de ex. o porțiune de autostradă, un spital etc.) este restituit într-o stare care să nu necesite investiții majore pentru întreținerea și buna sa funcționare, imediat după expirarea contractului. Inspecții detaliate trebuie să aibă loc înainte de expirarea contractului pentru a identifica și remedia orice vicii identificate. Autoritatea contractantă ar trebui să solicite garanții în cazul în care contractantul nu predă bunul într-o stare satisfăcătoare pentru a fi utilizat în continuare.
- (f) **Diminuarea efectelor neexecutării sau a executării necorespunzătoare a contractului** prin implementarea unui sistem de puncte de penalizare pentru neexecutarea obligațiilor contractuale: în momentul în care a fost atins un număr specific de puncte de penalizare, autoritatea contractantă ar trebui să fie îndreptățită să înceteze contractul (totuși aceasta ar trebui să reprezinte soluția ultimă pentru autoritatea contractantă). Până a se ajunge la această soluție dezavantajoasă pentru toate părțile implicate, ar trebui să se permită finanțatorilor proiectului să „preia” efectiv proiectul atunci când, din cauza neexecutării sau a executării necorespunzătoare, proiectul nu mai asigură sursele de rambursare a finanțării acordate (asa numitul ”*step-in right*”).
- (g) **Implementarea și aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale din fiecare domeniu accesibil PPP-urilor**. Sunt domenii de activitate unde, în plus față de reglementarea generală din OUG 34/2006, au fost adoptate prevederi specifice pentru a facilita implementarea PPP-urilor, prevederi care însă nu sunt practic aplicate de autoritățile competente, sau sunt aplicate în mod defectuos.
- (i) **Infrastructura rutieră**: regimul specific al exproprierii de terenuri necesare construirii de drumuri naționale, regimul juridic al terenurilor utilizate temporar pe parcursul efectuării lucrărilor de construcții și în scopul finalizării acestora (acordarea dreptului de a organiza șantierul pe terenuri învecinate celui pe care se desfășoară proiectul), regimul siturilor arheologice sau gestionarea deșeurilor. În ceea ce privește autorizațiile de construcție, de mediu sau alte autorizații necesare, o procedură specială ar trebui să fie implementată în acest sens pentru a accelera procesul sau chiar s-ar putea elimina obligativitatea obținerii unora dintre aceste autorizații.

- (h) Dezvoltarea unor noi proiecte inovatoare și profitabile pentru **atragera de fonduri europene**. În acest context, cooperarea și asocierea autorităților contractante ar trebui să fie încurajată pentru a dezvolta proiecte la nivel regional prin utilizarea de fonduri europene. Reprezentanții autorităților publice ar trebui să beneficieze de pregătire de specialitate în alcătuirea dosarelor de aplicare pentru fondurile europene pentru a se asigura o bună documentație de proiect și a se obține finanțarea dorită.

4. Concluzii

O structură legislativă stabilă și clară aplicabilă PPP-urilor în anumite sectoare ale serviciilor publice (de ex. sănătate, educație, infrastructura socială), proceduri de atribuire și proiecte de concesiuni transparente, o birocrație redusă, mecanisme de plată clar reglementate pentru diverse tipuri de PPP-uri, o instituție de supraveghere implicată în procesul de desfășurare și implementare a proiectelor de PPP și care să monitorizeze permanent procedurile de atribuire, precum și sancțiuni severe și care pot fi puse ușor în executare - toate acestea ar trebui să conducă la eficientizarea și funcționarea corectă a sistemului de parteneriat public privat în România și să atragă investitori interesați în dezvoltarea acestui tip de proiecte.

La dispoziția UCPPP, pentru a oferi cele mai bune și mai documentate soluții, ar trebui să existe experți (grupuri de lucru) din ministerele implicate în domenii de interes pentru parteneriatele public-private și chiar din ANRMAP.

De asemenea, pentru proiectele PPP ce depășesc un anumit prag valoric (de ex. 10 mil. Euro) și care presupun de regulă un grad înalt de complexitate, autoritățile contractante ar trebui să aibă obligația legală de a angaja experți consultanți (audit, juridic etc.) pentru a le asista în toate fazele de elaborare a acestor proiecte, începând cu studiul de fezabilitate și continuând cu studiul de fundamentare, elaborarea documentației de atribuire, desfășurarea procedurii de atribuire (inclusiv a dialogului competitiv sau a negocierilor cu candidații selectați) și încheind cu finalizarea și semnarea contractelor de concesiune/PPP. Acest lucru ar proteja autoritățile contractante de riscul elaborării unor proiecte de PPP nefezabile datorat lipsei de experiență, ar conferi o mai mare siguranță opiniei publice că aceste proiecte sunt concepute cu profesionalismul și seriozitatea necesară și ar oferi potențialilor investitori siguranța că, în etapa de dialog sau negocieri a contractelor de PPP, au în față un partener capabil să înțeleagă toate aspectele și riscurile referitoare la proiecte de o asemenea complexitate și să găsească soluții comune pentru a pune bazele unei relații contractuale echitabile și echilibrate.

Concluzionând, recomandăm autorităților competente să demareze toate măsurile necesare pentru asigurarea unui cadru de desfășurare adecvat stimulării și funcționării parteneriatelor public-private, în scopul stimulării investițiilor, considerând, într-o primă fază, câteva sectoare pilot, din domenii precum: sănătate, educație, infrastructură socială.