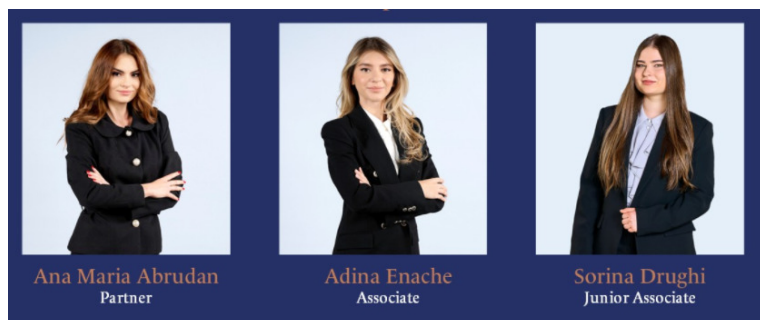


Impactul Regulamentului UE 2022/ 2560 privind subvențiile straine (FSR) asupra procedurilor de achiziții publice în Uniunea Europeană



MUȘAT & ASOCIAȚII

Regulamentul (UE) 2022/2560 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 decembrie 2022 privind subvențiile straine care denaturează piața internă („FSR” / „Regulamentul”)[1] marchează o schimbare de paradigmă în modul în care sunt privite procedurile de achiziții publice în Uniunea Europeană. Pentru prima dată, legiuitorul european intervine direct asupra unui dezechilibru structural, specific avantajelor competitive generate de finanțări provenite din afara Uniunii, care, până de curând, se aflau în afara oricărui mecanism de control comparabil cu regimul ajutoarelor de stat.

În absența unei astfel de reglementări, întreprinderile subvenționate de state terțe puteau participa la proceduri de achiziții publice europene beneficiind de un sprijin financiar care nu era supus evaluării sau cenzurării. Acest context a permis, în anumite sectoare și la anumite niveluri valorice, apariția unor oferte dificil de egalat de operatori care funcționează în condiții normale de piață. Din această perspectivă, FSR nu este o reacție teoretică, ci răspunde unei realități economice vizibile, mai ales în cazul contractelor publice de mare valoare, finanțate din fonduri publice.

Astfel, denaturările cauzate de subvențiile straine în procedurile de achiziții publice reprezintă una dintre preocupările specifice abordate de FSR, având în vedere „importanța lor economică pe piața internă și faptul că sunt finanțate din fonduri provenite de la contribuabili”. [2]

Participarea unor ofertanți subvenționați la procedurile de achiziții publice poate produce, la prima vedere, efecte aparent favorabile. Atunci când criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut sau după caz, elementul prețului are o pondere semnificativă, autoritățile contractante pot obține economii imediate, generate de oferte mai reduse ca valoare. Totuși, aceste beneficii punctuale tind să fie contrabalansate de efecte negative. Astfel, presiunea constantă exercitată de oferte susținute artificial poate descuraja investițiile în calitate și inovație, poate elimina concurenți viabili de pe piață și poate conduce, pe termen mediu și lung, la o reducere reală a concurenței. În acest sens, FSR încearcă să restabilească un echilibru concurențial, fără a interzice în mod automat subvențiile straine.

Regulamentul pornește de la o definiție concisă și deliberat flexibilă a noțiunii de subvenție străină[3]. De asemenea, noțiunea de contribuție financiară[4] nu se limitează la formele clasice de sprijin, fiind avute în vedere nu doar granturile sau împrumuturile, ci și garanțiile, scutirile fiscale, conversiile de creanțe, furnizarea de bunuri sau servicii ori renunțarea la venituri care ar fi fost în mod normal exigibile. În plus, sursa acestor contribuții nu se limitează la autorități publice, putând include entități publice sau private ale caror acțiuni sunt atribuibile unui stat terț. Din perspectiva achizițiilor publice, această abordare extinsă complica semnificativ exercițiul de identificare și evaluare a fluxurilor financiare relevante.

Un element esențial al arhitecturii FSR este separarea clară dintre existența unei subvenții straine și constatarea unei denaturări pe piața internă. Spre deosebire de ajutoarele de stat, subvențiile straine nu sunt, prin ele însele, interzise. Ele intră în sfera de intervenție a FSR doar în măsura în care îmbunătățesc poziția concurențială a unei întreprinderi și afectează efectiv sau potențial concurența în cadrul unei proceduri concrete^[5]. Aceasta analiză în doi pași conferă Comisiei Europene un rol central și o libertate considerabilă de apreciere.

Mai mult, publicarea recentă (în data de 9 ianuarie) a Orientărilor Comisiei^[6], aduce și un plus de claritate asupra modului în care va fi aplicat Regulamentul, fără a reduce însă complexitatea evaluărilor. În interpretarea art. 27 din FSR, Orientările pun accentul pe legătura dintre subvenția străină și avantajul competitiv reflectat în oferta depusă. Analiza este ancorată în procedura de atribuire în cauză și pornește de la întrebarea dacă subvenția străină permite, în mod real sau potențial, prezentarea unei oferte avantajoase în mod nejustificat. Prețul, calitatea, termenele de livrare, garanțiile sau flexibilitatea contractuală pot deveni relevante în acest context^[7].

De asemenea, FSR introduce, o noțiune distinctă față de dreptul „clasic” al achizițiilor publice, respectiv oferta avantajoasă în mod nejustificat^[8]. Deși terminologia amintește de conceptul bine-cunoscut al ofertei neobișnuit de scăzute (definită de Legea nr. 98/2016, art. 210), scopul urmărit este diferit. Respectiv nu sustenabilitatea economică a ofertei este în prim-plan, **ci sursa avantajului competitiv**. O oferta poate fi perfect executabilă, dar, totuși, problematică, dacă avantajul sau derivă în mod semnificativ dintr-o subvenție străină. Orientările Comisiei sugerează o apropiere metodologică de analiză a ofertelor neobișnuit de scăzute, însă competențele rămân distincte, iar rolul Comisiei Europene este exclusiv în această materie.

Pe plan procedural, FSR instituie **obligații de notificare** sau, după caz, **de declarare a contribuțiilor financiare straine** pentru procedurile de achiziții publice care depășesc anumite praguri valorice. Obligația de notificare este declanșată atunci când sunt îndeplinite cumulativ două praguri: (i) valoarea estimată a procedurii atinge sau depășește 250 de milioane de euro, respectiv (ii) ofertantul, împreună cu entitățile din structura sa, inclusiv filiale, societăți-mamă, subcontractanți sau furnizori principali, au beneficiat, în ultimii 3 (trei) ani, de contribuții financiare provenite din aceeași țară terță în cuantum de cel puțin 4 milioane de euro per țară terță.

Chiar și în situațiile în care pragurile de notificare nu sunt atinse, ofertanții rămân obligați să transmită o declarație completă privind contribuțiile financiare straine primite, confirmând că acestea nu sunt notificabile.

Mai departe, un aspect cu impact practic semnificativ este faptul că incidența obligației de notificare nu depinde de existența unei subvenții straine, constatare care revine Comisiei Europene, ci de simpla existență a contribuțiilor financiare straine. Chiar și finanțările acordate în condiții de piață sau în temeiul unor măsuri cu aplicabilitate generală trebuie avute în vedere de către operatorii economici în analiza internă, în vederea determinării obligației de a depune o notificare sau, după caz, o declarație în procedura de atribuire în cauză. Evaluarea de fond aparține exclusiv Comisiei Europene, autoritatea contractantă având un rol strict intermediar^[9].

Consecințele acestei evaluări sunt directe asupra procedurii de atribuire, dat fiind că lipsa notificării, precum și depunerea incompletă sau neconformă a informațiilor poate conduce, în termene relativ scurte, la **respingerea ofertei ca neconformă**.

Nu în ultimul rând, intervenția Comisiei Europene poate conduce la suspendarea sau prelungirea procedurilor de atribuire, afectând calendarele și strategiile de atribuire. Din această perspectivă, FSR introduce o variabilă externă care poate influența imprevizibil derularea procedurilor de atribuire.

În ansamblu și pentru a conchide, considerăm că FSR nu poate fi înțeles sau aplicat izolat. Din contra, acest regulament se situează la intersecția dintre dreptul achizițiilor publice, dreptul concurenței și dinamica economică a piețelor globale. Adevărata provocare nu constă în existența Regulamentului, ci în modul în care acesta este și va fi interpretat și aplicat în practică. În acest context, operatorii economici sunt chemați să depășească o simplă

obligație formală de diligență și să realizeze o analiză riguroasă, completă și onestă a potențialului impact al subvențiilor străine. Această obligație este dublată de o exigență de maximă sinceritate, cu atât mai mult cu cât Regulamentul instituie un regim sancționator sever: de la amenzi pentru notificări/declarații incomplete, inexacte sau înșelătoare, până la sancțiuni care pot ajunge la **10% din cifra de afaceri totală la nivel mondial**, precum și măsuri corective capabile să blocheze atribuirea contractului. În acest context, conformarea cu FSR nu reprezintă doar o cerință procedurală, ci o condiție esențială pentru gestionarea riscurilor juridice și comerciale asociate contractelor publice de valori semnificative.

[1] Disponibil aici: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2560/oj>

[2] Considerentul 40 al FSR.

[3] Potrivit art. 3 alin. (1) din FSR: „În sensul prezentului regulament, se considera ca există o **subvenție străină** atunci când o țară terță acordă, direct sau indirect, o **contribuție financiară** care conferă un avantaj unei întreprinderi care desfășoară o activitate economică pe piața internă, contribuție care este limitată, de drept sau de fapt, la una sau mai multe întreprinderi și industrii”.

[4] Conceptul de contribuție financiară este definit printr-o enumerație nelimitativă: „În sensul prezentului regulament, prin contribuție financiară se înțelege, **printre altele**:

(a) transferul de fonduri sau de pasive, cum ar fi injecțiile de capital, granturile, împrumuturile, garanțiile pentru împrumuturi, stimulentele fiscale, compensarea pierderilor din exploatare, compensarea obligațiilor financiare impuse de autoritățile publice, anularea datoriilor, conversia creanțelor în acțiuni sau reprogramarea datoriilor;

(b) renunțarea la veniturile care în mod normal sunt exigibile, cum ar fi scutirile fiscale sau acordarea de drepturi speciale sau exclusive fără o remunerație adecvată; sau

(c) furnizarea de bunuri sau servicii ori achiziționarea de bunuri sau servicii”.

[5] Conform art. 4 alin. (1) al FSR: „Se considera ca **există o denaturare pe piața internă** atunci când o subvenție străină este de natură să îmbunătățească poziția concurențială a unei întreprinderi pe piața internă și când subvenția străină respectiva **influențează astfel negativ în mod efectiv, sau are potențialul de a influența negativ concurența de pe piața internă**”.

[6] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_26_43

[7] A se vedea punctul 84 din Orientări: „Avantajul poate consta, de exemplu, în reducerea prețului, în sporirea calității sau în oferirea unor condiții mai bune legate de termenele de livrare și de execuție, de garanții și de sprijinul post-vânzare, de condițiile de plată, de

acordurile privind nivelul serviciilor, de flexibilitatea contractuală, de respectarea specificațiilor tehnice, de gestionarea riscurilor, de inovare, de valorile sociale și de durabilitate în ceea ce privește achiziția în cauză.”

[8] Articolul 27 din FSR clarifică faptul că acest mecanism urmărește contracararea subvențiilor străine „care permit unei întreprinderi să depună o ofertă care este **avantajoasă în mod nejustificat** în raport cu lucrările, produsele sau serviciile la care se referă”.

În acest context, FSR introduce o noțiune nouă pentru a descrie aspectele pe care intenționează să le abordeze, și anume ofertele avantajoase în mod nejustificat – “*unduly advantageous tender*”. Deși textul în limba engleză a FSR este consecvent în utilizarea noțiunii de “*unduly advantageous tender*”, trebuie remarcat că varianta în limba română a textului variază între noțiunea de „ofertă anormal de avantajoasă” și „ofertă avantajoasă în mod nejustificat”. Pentru consecvența și analiza în continuare a subiectului propus vom utiliza noțiunea de “ofertă avantajoasă în mod nejustificat”.

[9] Astfel, potrivit art. 3 alin. (2) din Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2023/1441: „Notificările și declarațiile în cadrul procedurilor de achiziții publice se transmit autorității contractante sau entității contractante de către **operatorul economic** sau, în cazul grupurilor de operatori economici, subcontractanți principali și de furnizori principali, **de către contractantul principal sau concesionarul principal** menționat la articolul 29 alineatul (6) din Regulamentul (UE) 2022/2560, **în numele sau și în numele oricărei părți care face notificarea și al tuturor părților care fac notificarea**, astfel cum se menționează la articolul 2 punctul 3. Fiecare parte care face notificarea este responsabilă numai pentru corectitudinea informațiilor legate de contribuțiile financiare străine care i-au fost acordate”.