

# D3.1: Ghid privind Contractul de Parteneriat Public-Privat

Metodologie și Ghid pentru Evaluarea Eficienței economice a proiectelor de PPP

REFORM/SC2021/077

Acest proiect este realizat cu finanțare de la Uniunea Europeană prin Instrumentul de Suport Tehnic și cu cooperare din partea DG REFORM a Comisiei Europene.



### **Declinare a răspunderii**

Acest Livrabil a fost elaborat cu asistență financiară din partea Uniunii Europene. Opiniile exprimate în prezentul Livrabil aparțin consultanților și nu reflectă în mod necesar opiniile Uniunii Europene.

Acest proiect este implementat de către AARC, în asociere cu Rebel și cu Leroy și Asociații



# CUPRINS

GHID PRIVIND CONTRACTELE DE PARTENERIAT PUBLIC-PRIVAT .....	7
<b>1. Introducere.....</b>	<b>7</b>
1.1 Conținutul și structura prezentului document .....	7
1.2 Definiții și abrevieri.....	7
<b>2. Contractele de PPP .....</b>	<b>8</b>
2.1 Legislația română aplicabilă PPP-urilor.....	8
2.1.1 Cadrul juridic principal.....	8
2.1.2 Atribuirea contractelor de PPP .....	8
2.2 Conceptul de PPP în dreptul român .....	9
2.3 Părțile unui contract de PPP .....	9
2.3.1 Partenerul Public .....	9
2.3.2 Partenerul Privat .....	10
2.3.3 Societatea de Proiect.....	10
2.4 Durata contractului de PPP .....	11
2.4.1 Introducere .....	11
2.4.2 Perioada Preliminară.....	11
2.4.3 Perioada Lucrărilor.....	12
2.4.4 Perioada Serviciilor .....	13
2.4.4.1 Calendarul Perioadei Serviciilor.....	13
2.4.4.2 Importanța Datei Planificate a Începerii Serviciilor .....	13
2.4.4.3 Consecințele începerii cu întârziere a Serviciilor .....	13
2.4.5 Perioada de returnare („ <i>hand-back period</i> ").....	14
<b>3. Documentația Contractuală.....</b>	<b>14</b>
<b>4. Inginerul Independent .....</b>	<b>14</b>
4.1 Cine este Inginerul Independent? .....	14
4.2 Care este rolul Inginerului Independent? .....	15
4.2.1 Atribuții legate de supravegherea executării Lucrărilor.....	15
4.2.2 Atribuții legate de supravegherea prestării Serviciilor .....	16
<b>5. Procedura de Revizuire .....</b>	<b>16</b>
5.1 Scopul Procedurii de Revizuire .....	16
5.2 Entitatea care Revizuieste .....	17
5.3 Gestionarea solicitărilor .....	17
<b>6. Drepturi de intervenție ale Finanțatorilor Principali („Senior Lenders’ step-in rights”) .....</b>	<b>18</b>
6.1 Justificarea drepturilor de intervenție ale Finanțatorilor Principali .....	18
6.2 Cele mai bune practici internaționale .....	18
6.3 Contextul românesc .....	19

<b>7.</b>	<b>Refinanțare.....</b>	<b>19</b>
<b>8.</b>	<b>Garanții cu privire la finalizarea Lucrărilor .....</b>	<b>20</b>
	8.1 Garanția de Bună Execuție.....	20
	8.2 Daune Interese Moratorii.....	21
<b>9.</b>	<b>Condițiile Amplasamentului și Descoperirile Arheologice.....</b>	<b>21</b>
<b>10.</b>	<b>Înregistrări și Rapoarte .....</b>	<b>22</b>
	10.1 Înregistrări.....	22
	10.2 Rapoarte .....	22
<b>11.</b>	<b>Inspecții la Încetare .....</b>	<b>22</b>
<b>12.</b>	<b>Asigurări .....</b>	<b>24</b>
	12.1 Introducere .....	24
	12.2 Neasigurabilitatea.....	25
	12.3 Mecanismul de Împărțire a Riscurilor privind Primele de Asigurare .....	25
<b>13.</b>	<b>Monitorizarea Execuției .....</b>	<b>25</b>
	13.1 Deduceri.....	25
	13.2 Drepturi de intervenție ale Partenerului Public.....	26
	13.2.1 Conceptul de intervenție.....	26
	13.2.2 Scopul drepturilor de intervenție ale Partenerului Public.....	26
	13.2.3 Domeniul de aplicare al drepturilor de intervenție .....	26
	13.2.4 Răspunderea Partenerului Public pentru pierderile Societății de Proiect în caz de intervenție .....	27
	13.2.4.1 Compensație/Plată în cazul unei intervenții care nu este declanșată de o neexecutare a Societății de Proiect .....	27
	13.2.4.2 Compensație/Plată în cazul unei intervenții declanșate de o neexecutare a Societății de Proiect.....	27
	13.2.5 Încetarea intervenției .....	28
<b>14.</b>	<b>Funcții Autorizate .....</b>	<b>28</b>
<b>15.</b>	<b>Mecanismul de Plată .....</b>	<b>29</b>
	15.1 Conceptul de mecanism de plată .....	29
	15.1.1 Ce este mecanismul de plată? .....	29
	15.1.2 Tipuri de mecanisme de plată.....	29
	15.1.3 Rolul mecanismelor de plată.....	29
	15.1.4 Indexarea plăților de disponibilitate.....	30
	15.1.5 Frecvența plăților de disponibilitate.....	30
	15.1.6 Deducerile pentru neexecutare .....	30
	15.1.7 Principiul plății zero pentru disponibilitate zero .....	31
	15.2 Impactul mecanismelor de plată asupra finanțării PPP-ului.....	31
	15.3 Riscul valutar.....	31

<b>16.</b>	<b>Procedura de modificare.....</b>	<b>31</b>
16.1	Modificări ale Partenerului Public.....	31
16.2	Modificări ale Societății de Proiect .....	32
<b>17.</b>	<b>Modificare Legislativă .....</b>	<b>32</b>
<b>18.</b>	<b>Cazuri de Compensare și Cazuri de Exonerare .....</b>	<b>34</b>
<b>19.</b>	<b>Forță Majoră.....</b>	<b>34</b>
19.1	Aspecte esențiale .....	34
19.2	Forța majoră „politică” în contractele de PPP.....	35
19.3	Efectele Cazurilor de Forță Majoră.....	35
<b>20.</b>	<b>Acțiune Adversă a Guvernului .....</b>	<b>36</b>
20.1	Conceptul de AAG și diferențele față de Forță Majoră.....	36
20.2	Definiția AAG .....	36
20.3	Clauzele AAG și clauzele de „Modificare Legislativă” .....	36
20.4	Pragul valoric minim .....	36
20.5	De ce contractele de PPP conțin clauze AAG? .....	37
<b>21.</b>	<b>Încetarea contractului de PPP .....</b>	<b>37</b>
21.1	Cazuri de Încetare .....	37
21.1.1	Încetarea ca urmare a neexecutării de către Partenerul Public: .....	38
21.1.2	Încetarea voluntară.....	38
21.1.3	Încetarea ca urmare a neexecutării de către Societatea de Proiect .....	38
21.1.4	Alte cazuri de încetare.....	39
21.2	Efectele încetării.....	39
21.3	Compensații la încetarea contractului .....	40
21.3.1	Aspecte esențiale .....	40
21.3.2	Principii de calcul al plăților la încetarea contractului .....	40
21.3.2.1	Încetarea în ipoteza unui Caz de Neexecutare de către Partenerul Public, unei AAG, unei Modificări Legislative sau unei încetări voluntare de către Partenerul Public .....	40
21.3.2.2	Compensații pentru acoperirea datoriei principale nerambursate .....	40
21.3.2.3	Rambursarea sumelor datorate investitorilor în capitalul Societății de Proiect.....	40
21.3.2.4	Rambursarea costurilor cu terții.....	42
21.3.2.5	Încetarea ca urmare a unui Caz de Neexecutare de către Societatea de Proiect.....	42
21.3.2.6	Încetarea ca urmare a prelungirii Forței Majore .....	43
21.3.2.7	Modalitatea de plată.....	43
<b>22.</b>	<b>Cesiune, schimbarea controlului și subcontractare .....</b>	<b>43</b>
22.1	Cesiune și subcontractare.....	43
22.2	Schimbare de Control .....	44

<b>23.</b>	<b>Informații și confidențialitate.....</b>	<b>44</b>
<b>24.</b>	<b>Procedura de Soluționare a Disputelor .....</b>	<b>45</b>
24.1	Elementele clauzei privind Soluționarea Disputelor .....	45
24.2	Scopul clauzelor privind Soluționarea Disputelor .....	45
24.3	Reguli ale instituțiilor de arbitraj (internaționale) cu reputație.....	45
24.3.1	Mediere, comitete de soluționare a disputelor și comisii de soluționare a disputelor .....	46
24.3.2	Experți Independenți pentru dispute tehnice .....	46
24.3.3	Recurgerea la arbitrajul internațional și ordinea publică .....	46
24.3.4	Renunțarea la imunități .....	46
24.3.5	Conexarea procedurilor arbitrale.....	46
<b>25.</b>	<b>Modificări .....</b>	<b>47</b>
<b>26.</b>	<b>Legea aplicabilă și competența .....</b>	<b>47</b>

# GHID PRIVIND CONTRACTELE DE PARTENERIAT PUBLIC-PRIVAT

## 1. Introducere

### 1.1 Conținutul și structura prezentului document

Acest document prezintă un set de orientări și comentarii cu privire la principalele clauze contractuale care se preconizează că vor fi cuprinse în contractele de PPP din România (în continuare, „**Ghidul Contractual**”). Prezentul *Ghid Contractual* este menit să ajute autoritățile și entitățile contractante din România să înțeleagă scopul și efectul principalelor clauze contractuale incluse în contractele de PPP, precum și să înțeleagă dacă/în ce modalitate să le utilizeze, să le completeze sau să le adapteze în contextul unor proiecte de PPP specifice.

*Ghidul Contractual* este însoțit de un set de clauze contractuale standard de PPP care reflectă cele mai bune practici internaționale și care au fost adaptate (după cum este necesar/corespunzător) la contextul PPP din România (denumite, în continuare, „**Clauzele Standard**”). *Ghidul Contractual* este destinat a fi utilizat ca punct de plecare pentru redactarea contractelor de PPP în cadrul proiectelor de PPP din România și este conceput astfel încât să poată fi reprodus în principalele sectoare de PPP. *Clauzele Standard* nu sunt menite să servească drept model obligatoriu.

*Ghidul Contractual* este menit a fi citit împreună cu clauzele relevante din *Clauzele Standard*. Ca atare, diferitele secțiuni ale *Ghidului Contractual* includ *trimiteri directe la secțiunile/articolele relevante din Clauzele Standard*, acolo unde astfel de trimiteri sunt necesare.

Anumite clauze incluse în *Clauzele Standard* sunt subliniate cu gri. Aceste clauze pot fi păstrate sau eliminate (sau modificate), după cum este necesar, în funcție de caracteristicile fiecărui proiect de PPP.

Având în vedere importanța tratamentului statistic al PPP-urilor (de exemplu, dacă un contract de PPP va fi considerat ca având sau nu un impact asupra cifrelor datoriei publice și deficitului), prezentul *Ghid Contractual* include trimiteri la secțiunile relevante din *Ghidul Statistic*. Autoritățile/entitățile contractante sunt încurajate să consulte *Ghidul Statistic* împreună cu prezentul *Ghid Contractual* pentru a dobândi o înțelegere adecvată a aspectelor statistice. Este important de menționat faptul că *Ghidul Statistic* poate fi actualizat periodic de autorii săi<sup>1</sup>. Prin urmare, autoritățile/entitățile contractante sunt, de asemenea, sfătuite să se asigure că consultă cea mai recentă ediție a *Ghidului Statistic* și că eventualele modificări implementate de autorii *Ghidului Statistic* nu invalidează niciuna dintre ipotezele formulate în prezentul *Ghid Contractual*.

### 1.2 Definiții și abrevieri

Cu excepția cazului în care se menționează altfel, definițiile și abrevierile utilizate în *Ghidul Contractual* sunt cele prevăzute la articolul 1 din *Clauzele Standard*, care sunt completate, pentru scopul prezentului *Ghid Contractual*, cu definițiile și abrevierile enumerate mai jos:

„O.U.G. nr. 39/2018”	înseamnă <i>Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat</i> , cu modificările și completările ulterioare.
„Ghidul BM 2019”	înseamnă Ediția din 2019 a <i>Ghidului privind prevederile contractuale ale Parteneriatului Public-Privat</i> publicat de Banca Mondială.

<sup>1</sup> La data finalizării prezentului *Ghid Contractual*, cea mai recentă actualizare a *Ghidului Statistic* a avut loc în 2016. Totodată, vă rugăm să aveți în vedere faptul că o listă de întrebări frecvente cu privire la *Ghidul Statistic* a fost publicată recent (iunie 2022) de către Eurostat și poate fi consultată online la următoarea adresă:

<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/12618762/Clarification+to+the+PPP+Guide+Q%26A.pdf/e928cb53-a0ae-e73f-11de-083bda4b096c?t=1655738471492>

„ <b>Legislația privind Atribuirea</b> ”	are înțelesul stabilit în Secțiunea 2.1.2 din prezentul <i>Ghid Contractual</i> .
„ <b>Acord Direct</b> ”	are înțelesul stabilit în Secțiunea 6.2 din prezentul <i>Ghid Contractual</i> .
„ <b>UE</b> ”	înseamnă Uniunea Europeană.
„ <b>Clauze Standard</b> ”	înseamnă modelul de clauze contractuale de PPP la care s-a făcut referire în Secțiunea 1.1 și care sunt incluse într-un document separat.
„ <b>UMIP</b> ”	înseamnă Unitatea de Management al Investițiilor Publice.
„ <b>PPP</b> ”	înseamnă parteneriat public-privat.
„ <b>Ghidul Contractual</b> ”	înseamnă setul de orientări și comentarii cuprinse în prezentul document.
„ <b>Legea nr. 31/1990</b> ”	înseamnă <i>Legea nr. 31/1990 privind societățile</i> , cu modificările și completările ulterioare.
„ <b>Ghidul Statistic</b> ”	înseamnă Ediția din 2016 a <i>Ghidului privind Tratatamentul Statistic al PPP-urilor</i> publicat de Eurostat și de Centrul European de Expertiză în domeniul PPP-urilor (CEEP) <sup>2</sup> .

## 2. Contractele de PPP

### 2.1 Legislația română aplicabilă PPP-urilor

#### 2.1.1 Cadrul juridic principal

În prezent, O.U.G. nr. 39/2018 este principalul act normativ care reglementează PPP-urile în România.

Dispozițiile O.U.G. nr. 39/2018 acoperă majoritatea (dar nu toate) chestiunilor referitoare la contractele de PPP. Prin urmare, dispozițiile acestea se completează cu acte normative mai generale care reglementează diverse aspecte legate de implementarea PPP-urilor (cum ar fi atribuirea contractului de PPP, finanțarea proiectului etc.).

#### 2.1.2 Atribuirea contractelor de PPP

O.U.G. nr. 39/2018 nu prevede reguli speciale pentru atribuirea contractelor de PPP. În schimb, contractele de PPP trebuie atribuite în conformitate cu dispozițiile legilor aplicabile achizițiilor publice<sup>3</sup>, achizițiilor sectoriale<sup>4</sup> sau concesiunilor de lucrări și servicii<sup>5</sup> („**Legislația privind Atribuirea**”). Legislația care reglementează procedura de atribuire și tipul de procedură care va fi utilizată sunt stabilite pe baza concluziilor studiului de fundamentare și, mai precis, în funcție de criteriul dacă o parte semnificativă a riscului de operare de natură economică (astfel cum este definit la articolul 6 din Legea nr. 100/2016) este transferată sau nu Societății de Proiect. În consecință:

- Dacă o parte semnificativă a riscului de operare de natură economică este transferată Societății de Proiect, contractul de PPP trebuie atribuit în conformitate cu regulile aplicabile concesiunilor de lucrări și de servicii.

<sup>2</sup> Documentul poate fi consultat în mod gratuit online la următoarea adresă:

<https://www.eib.org/en/publications/epcc-a-guide-to-the-statistical-treatment-of-ppps>

<sup>3</sup> *Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice* și legislația secundară relevantă.

<sup>4</sup> *Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale* și legislația secundară relevantă.

<sup>5</sup> *Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii* și legislația secundară relevantă.



- Dacă o parte semnificativă a riscului de operare de natură economică nu este transferată Societății de Proiect, contractul de PPP trebuie atribuit în conformitate cu regulile aplicabile achizițiilor publice/sectoriale.

## 2.2 Conceptul de PPP în dreptul român

Conform O.U.G. nr. 39/2018, contractul de PPP este o „cooperare” pe termen lung „între Partenerul Public și Partenerul Privat în vederea implementării unui proiect public” și implică o distribuire a riscurilor între Partenerul Public și Partenerul Privat. Obiectul acestuia poate consta în: (i) realizarea sau, după caz, reabilitarea și/sau extinderea unui bun (sau a unor bunuri) care vor aparține patrimoniului Partenerului Public și/sau în: (ii) operarea unui serviciu public. Beneficiarul direct al utilizării bunului sau serviciului public poate fi Partenerul Public, o altă entitate publică sau publicul (i.e., Utilizatorii) în general.

Pentru ca un contract să se califice drept PPP, trebuie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- Proiectul trebuie să fie finanțat în principal sau exclusiv din fonduri private (finanțarea obținută din fonduri private fiind esențială pentru a se asigura că Societatea de Proiect este expusă din punct de vedere financiar și, prin urmare, motivată să performeze); Participarea Partenerului Public la finanțarea proiectului are un impact asupra tratamentului statistic al contractului de PPP (*a se vedea: Tema 14.4 din Ghidul Statistic*);
- Peste 50% din veniturile obținute de Societatea de Proiect din utilizarea bunului (bunurilor) sau din operarea serviciului public trebuie să provină din plățile efectuate de Partenerul Public/de alte entități publice (i.e., plăți „guvernamentale”).

Trebuie reținut că *Ghidul Statistic* stabilește condiții suplimentare pentru ca un contract să fie tratat ca PPP din punct de vedere statistic, condiții care trebuie verificate cu atenție. (*a se vedea, de exemplu: valoarea cheltuielilor de capital efectuate de Partenerul Privat – pagina 23 din Ghidul Statistic, veniturile încasate de guvern din proiect – pagina 25 din Ghidul Statistic*).

*Ghidul Contractual* și *Clauzele Standard* se referă la: (1) PPP-urile care implică exclusiv plăți de disponibilitate, precum și: (2) PPP-urile care implică o combinație de plăți de disponibilitate și tarife de utilizare (cu condiția ca valoarea tarifelor de utilizare în astfel de contracte să nu depășească jumătate din veniturile Societății de Proiect).

## 2.3 Părțile unui contract de PPP

*A se vedea: Secțiunea introductivă a Clauzelor Standard.*

Toate contractele de PPP sunt încheiate, în final, între trei părți: (1) Partenerul Public, (2) Partenerul Privat și (3) Societatea de Proiect. O.U.G. nr. 39/2018 distinge între două tipuri de contracte de PPP, în funcție de structura acționariatului Societății de Proiect (*a se vedea: Secțiunea 2.3.3 pentru mai multe informații*).

### 2.3.1 Partenerul Public

O.U.G. nr. 39/2018 definește Partenerul Public prin trimitere la legislația ce reglementează atribuirea contractului de PPP (*a se vedea: Secțiunea 2.1.2 pentru mai multe informații*). Prin urmare, oricare dintre autoritățile/entitățile contractante definite în legislația privind achizițiile publice și în legislația privind concesiunile de lucrări și de servicii (sau o asocieră între astfel de autorități/entități contractante) poate acționa în calitate de Partener Public într-un contract de PPP. Dacă Partenerul Public este o asocieră între autorități/entități contractante, acordul de asocieră trebuie să acopere cel puțin aspectele enumerate la articolul 31 alin. (1) din O.U.G. din 2018.

Din punct de vedere statistic, Partenerul Public trebuie să fie clasificat în sectorul general al administrației publice pentru ca Eurostat să trateze contractul ca pe un PPP. Criteriul poate fi relevant în ceea ce privește anumite categorii de entități contractante, pe care Eurostat le-ar putea considera ca fiind entități non-guvernamentale

(cum ar fi o societate care este deținută de guvern dar care, din punct de vedere statistic, este considerată un „operator economic”/„market producer”) (*a se vedea: pagina 19 din Ghidul Statistic*).

### 2.3.2 Partenerul Privat

O.U.G. nr. 39/2018 definește Partenerul Privat drept investitorul privat (sau asocierea creată între mai mulți investitori privați) care a semnat contractul de PPP cu Partenerul Public. Cu alte cuvinte, Partenerul Privat este investitorul privat selectat de Partenerul Public în urma procedurii de atribuire a contractului de PPP. Cu toate acestea, trebuie menționat faptul că bunele practici internaționale (spre deosebire de O.U.G. nr. 39/2018) nu impun ca Partenerul Privat să semneze contractul de PPP cu Partenerul Public alături de Societatea de Proiect. **Prin urmare, ar trebui avută în vedere o aliniere la bunele practici internaționale printr-o modificare viitoare a O.U.G. nr. 39/2018.**

Definiția din O.U.G. nr. 39/2018 trebuie citită împreună cu legile aplicabile procedurii de atribuire a contractului de PPP (*a se vedea: Secțiunea 2.1.2 pentru mai multe informații*). Rezultă că investitorul (investitorii) privat(ți) ar trebui să se califice ca „operator(i) economic(i)” în sensul legii care reglementează procedura de atribuire a contractului de PPP pentru a fi eligibil(i) să acționeze în calitate de Partener Privat în sensul O.U.G. nr. 39/2018.

Deși Partenerul Privat este parte la contractul de PPP, trebuie menționat faptul că finanțările proiectelor de PPP sunt în mod obișnuit structurate „fără regres” (structură în care Finanțatorii Principali pot fi plătiți numai din veniturile Societății de Proiect, fără drept de regres împotriva Partenerului Privat) ori „cu regres limitat” (structură în care Finanțatorii Principali se bazează în principal pe veniturile Societății de Proiect pentru rambursarea împrumuturilor și au un regres limitat suplimentar împotriva Partenerului Privat).

Obligațiile Partenerului Privat în cadrul unui contract de PPP sunt limitate (*a se vedea: Articolul 40 (Garanții și Clauze de Exonerare de Răspundere) din Clauzele Standard*), întrucât proiectul, cu toate drepturile și obligațiile aferente, este realizat de către Societatea de Proiect.

### 2.3.3 Societatea de Proiect

În conformitate cu O.U.G. nr. 39/2018, Societatea de Proiect:

- trebuie înființată cu scopul exclusiv de a implementa contractul de PPP; în consecință, legea prevede că scopul Societății de Proiect trebuie să constea numai în acele activități care sunt necesare pentru ca Societatea de Proiect să execute contractul de PPP; această cerință oferă confort finanțatorilor, asigurând că finanțarea lor va fi utilizată numai pentru proiect și în niciun alt scop;
- trebuie să fie o societate reglementată de Legea nr. 31/1990; aceasta înseamnă că Societatea de Proiect va fi înființată fie ca societate pe acțiuni, fie ca societate cu răspundere limitată.

La înființarea Societății de Proiect, Partenerul Privat va lua în considerare, de obicei, avantajele și constrângerile specifice fiecărui tip de societate reglementată de Legea nr. 31/1990 (de exemplu, numărul minim de acționari/asociați, capitalul social minim (dacă există), structura de guvernare corporativă, regulile aplicabile transferului de acțiuni/părți sociale). Totuși, aceasta este o chestiune care privește Partenerul Privat și nu prezintă interes pentru Partenerul Public.

O.U.G. nr. 39/2018 distinge între două tipuri de PPP-uri, în funcție de structura acționariatului Societății de Proiect: (i) „PPP-uri contractuale”, în care acțiunile Societății de Proiect sunt deținute în integralitate de Partenerul Privat și; (ii) „PPP-uri instituționale”, în care atât Partenerul Privat cât și Partenerul public dețin acțiuni/părți sociale în Societatea de Proiect. În PPP-urile contractuale, Societatea de Proiect este înființată în prealabil de către Partenerul Privat și semnează contractul de PPP împreună cu Partenerul Privat și cu Partenerul Public. În PPP-urile instituționale, Partenerul Privat și Partenerul Public convin în contractul de PPP să înființeze o Societate de Proiect, iar Societatea de Proiect devine parte la contractul de PPP după ce sunt finalizate formalitățile de constituire la Registrul Comerțului.

Conflictele de interese și procedurile de luare a deciziilor la nivelul Societății de Proiect sunt două elemente esențiale care trebuie luate în considerare în mod corespunzător atunci când se optează pentru o structura de PPP instituțional. Pe piețele emergente fără un palmares în materie de PPP-uri (cum este România), PPP-urile contractuale sunt opțiunea preferabilă. Trebuie reținut faptul că gradul de control exercitat de Partenerul Public asupra Societății de Proiect poate influența tratamentul statistic al unui PPP. Cu toate acestea, un astfel de control poate exista chiar dacă Partenerul Public nu deține nicio participație în capitalul social al Societății de Proiect (de exemplu, în baza unui drept de veto al Partenerului Public asupra deciziilor importante ale Societății de Proiect într-un PPP contractual) (*a se vedea: pagina 20 și Tema 15 din Ghidul Statistic*).

## 2.4 Durata contractului de PPP

### 2.4.1 Introducere

*A se vedea: Articolul 1.4 din Clauzele Standard.*

De obicei, contractul de PPP intră în vigoare la Data Contractului și rămâne în vigoare până la Data Expirării (sau până la Data Încetării, dacă aceasta din urmă survine înainte de Data Expirării). Acest interval de timp (denumit Durata Contractului) este format din mai multe subintervale succesive: (1) Perioada Preliminară, (2) Perioada Lucrărilor, (3) Perioada Serviciilor și (4) perioada de returnare („hand-back”). Trebuie reținut că Data Încetării poate surveni în cursul oricăreia dintre aceste subperioade. De asemenea, este posibil să se stipuleze ca anumite obligații incluse în contractul de PPP (de exemplu, anumite obligații de confidențialitate) să supraviețuiască, pentru o perioadă limitată de timp, chiar și după încetarea Duratei Contractului.

Durata Contractului ar trebui stabilită pe baza concluziilor studiului de fundamentare și ar trebui să ia în considerare cel puțin criteriile și cerințele prevăzute în O.U.G. nr. 39/2018, și anume:

- Perioada de amortizare a investițiilor realizate de către Societatea de Proiect și mijloacele de finanțare a acestor investiții (de exemplu, disponibilitatea finanțării pe termen lung);
- Evitarea oricăror restricții artificiale ale concurenței (de exemplu, o Durată a Contractului prea lungă poate duce la crearea unui cvasi-monopol în favoarea Societății de Proiect);
- Asigurarea faptului că profitul obținut de Societatea de Proiect din exploatarea bunului (bunurilor) și din operarea serviciului public este rezonabil, în raport cu sectorul Proiectului;
- Asigurarea faptului că prețurile plătite de beneficiarii direcți ai serviciilor care constituie obiectul Proiectului (și anume, Plata de Disponibilitate și Tariful de Utilizare) sunt rezonabile și accesibile;
- Asigurarea faptului că durata contractului de PPP este suficient de lungă pentru a permite un transfer adecvat al riscurilor de la Partenerul Public la Societatea de Proiect.

În conformitate cu O.U.G. nr. 39/2018, Durata Contractului nu poate fi mai scurtă de 5 ani. Cu toate acestea, în scopuri statistice, este probabil ca Eurostat să trateze contractele cu o durată mai mică de 10 ani ca fiind cheltuieli publice convenționale, iar nu PPP-uri (*a se vedea: pagina 24 și Tema 13.2 din Ghidul Statistic*).

### 2.4.2 Perioada Preliminară

Perioada Preliminară începe la Data Contractului și se încheie la Data Efectivă (sau la Data Încetării, dacă aceasta din urmă survine anterior Datei Efective). Deși contractul de PPP este în vigoare în această perioadă, executarea efectivă a acestuia se limitează la obligațiile Părților care sunt necesare pentru îndeplinirea condițiilor suspensive stipulate pentru Data Efectivă (*a se vedea: Articolele 2.2-2.3 din Clauzele Standard*).

Condițiile suspensive uzuale includ: punerea la dispoziție a amplasamentului, semnarea documentelor proiectului (cum ar fi *Contractul de Proiectare și Construcție* și *Contractul de Operare*), obținerea permiselor și autorizațiilor necesare, emiterea polițelor de asigurare și semnarea Acordului Direct. De obicei, este prevăzută o perioadă cuprinsă între șase luni și un an pentru îndeplinirea acestor condiții suspensive.

O condiție suspensivă importantă prevăzută pentru Data Efectivă este, de asemenea, intrarea în vigoare a obligației Finanțatorilor Principali de a pune la dispoziție fondurile necesare pentru finanțarea Proiectului (și anume, Închiderea Financiară). Trebuie avut în vedere faptul că, de obicei, Finanțatorii Principali nu se vor angaja să finanțeze un proiect de PPP (prin încheierea unui Contract de Împrumut Principal cu Societatea de Proiect) decât ulterior semnării contractului de PPP. La rândul său, Închiderea Financiară este supusă unui set separat de condiții suspensive stabilite în Contractul de Împrumut Principal, inclusiv condiția ca Finanțatorii Principali să considere că atât contractul de PPP cât documentele proiectului sunt satisfăcătoare.

Pentru a limita comentariile semnificative din partea Finanțatorilor Principali cu privire la proiectul de contract de PPP în cursul Perioadei Preliminare, Partenerul Public ar trebui să desfășoare activități de studiere a pieței („*market sounding*”) (care sunt esențiale pentru un PPP finanțabil („*bankable*”) în etapa de pregătire a proiectului (și anume, anterior lansării procedurii de atribuire). Această abordare asigură că, până la momentul semnării contractului de PPP și al începerii Perioadei Preliminare, Partenerul Public va fi avut deja ocazia să primească observații din partea unor Finanțatori Principali cu privire la proiectul de contract de PPP și să implementeze modificările respective, astfel încât contractul de PPP să fie satisfăcător pentru Finanțatorii Principali. Cu toate acestea, Finanțatorii Principali vor avea în continuare observații anterior Închiderii Financiare, întrucât vor fi angajat servicii de consultanță juridică și experți tehnici pentru a revizui contractul de PPP și documentele proiectului.

Perioada Preliminară se încheie odată cu semnarea unei Notificări de Îndeplinire prin care Părțile recunosc și confirmă: (i) îndeplinirea integrală și necondiționată și/sau renunțarea la condițiile suspensive legate de contractul de PPP și; (ii) data la care survine Data Efectivă (*a se vedea: Articolul 2.8 din Clauzele Standard*).

### 2.4.3 Perioada Lucrărilor

Perioada Lucrărilor începe la Data Începerii Lucrărilor și se încheie la Data Finalizării Lucrărilor (sau la Data Încetării, dacă aceasta din urmă survine anterior Datei Finalizării Lucrărilor).

Lucrările pot începe numai după ce Inginerul Independent emite Certificatul de Începere a Lucrărilor. Înainte de emiterea acestuia, Inginerul Independent se asigură că au fost îndeplinite toate condițiile suspensive relevante stipulate în contractul de PPP (*a se vedea: Articolul 9.1 din Clauzele Standard*). În realizarea Lucrărilor, Societatea de Proiect trebuie să respecte Graficul de Execuție a Lucrărilor (*a se vedea: Articolul 13 din Clauzele Standard*).

Trebuie menționat faptul că, între Data Efectivă și Data Începerii Lucrărilor, există un interval care poate fi denumit „perioada de mobilizare”. În cursul perioadei de mobilizare, Societatea de Proiect desfășoară, de obicei, anumite activități care sunt necesare pentru începerea Lucrărilor (de exemplu, obținerea Autorizațiilor care sunt în responsabilitatea sa, activități de management de proiect, pregătirea programului de deviere a utilităților împreună cu Autoritățile Relevante, identificarea interfețelor de lucru cu Persoanele Interesate etc.). Aceste activități sunt definite în *Clauzele Standard* ca Lucrări și Activități de Mobilizare. Menționăm că, potrivit bunelor practici internaționale, Partenerul Public este cel care își asumă dezvoltarea rețelelor de utilități până la limitele Amplasamentului, Societatea de Proiect fiind ulterior responsabilă pentru conectarea la rețelele respective.

După finalizarea cu succes a Lucrărilor, Societatea de Proiect trebuie să notifice Inginerul Independent pentru ca acesta din urmă să inspecteze Lucrările. Dacă Lucrările sunt considerate satisfăcătoare, Inginerul Independent emite Certificatul de Finalizare a Lucrărilor (*a se vedea: Articolul 18 din Clauzele Standard*). Data Finalizării Lucrărilor trebuie să fie menționată și confirmată în Certificatul de Finalizare a Lucrărilor. Totodată, Certificatul de Finalizare a Lucrărilor constituie o condiție prealabilă pentru Începerea Serviciilor (*a se vedea: Articolul 19.1 din Clauzele Standard*).

## 2.4.4 Perioada Serviciilor

### 2.4.4.1 Calendarul Perioadei Serviciilor

Perioada Serviciilor începe la Data Începerii Serviciilor și se încheie la Data Expirării (sau la Data Încetării, dacă aceasta din urmă survine anterior Datei Expirării).

Serviciile pot începe numai după ce Inginerul Independent emite Certificatul de Începere a Serviciilor, care este supus îndeplinirii unui număr de condiții prealabile stipulate în contractul de PPP (*a se vedea: Articolul 19.1 din Clauzele Standard*). În prestarea Serviciilor, Societatea de Proiect trebuie să respecte Programele Anuale (*a se vedea: Articolul 21 din Clauzele Standard*).

Data Expirării are loc la expirarea unei perioade de timp care este stabilită în raport cu Data Efectivă (de exemplu, 30 de ani de la Data Efectivă). La stabilirea Datei Expirării, trebuie să se țină seama de criteriile și cerințele menționate în Secțiunea 2.4.1 cu privire la Durata Contractului.

### 2.4.4.2 Importanța Datei Planificate a Începerii Serviciilor

Partenerul Public este îndreptățit să se aștepte ca Data Începerii Serviciilor să aibă loc la Data Planificată a Începerii Serviciilor, aceasta din urmă fiind stabilită în raport cu Data Începerii Lucrărilor.

Având în vedere cele de mai sus, Societatea de Proiect are următoarele obligații:

- Să informeze Inginerul Independent și Partenerul Public cu privire la orice întârzieri preconizate în legătură cu îndeplinirea oricăreia dintre obligațiile sale care trebuie îndeplinite Anterior Datei Planificate a Începerii Serviciilor, precum și:
- Să ia toate măsurile rezonabile pentru a atenua consecințele unei astfel de întârzieri.

Dacă, în opinia rezonabilă a Societății de Proiect, o întârziere preconizată în îndeplinirea acestor obligații este consecința unui Caz de Compensare, a unui Caz de Exonerare sau a unui Caz de Forță Majoră și, în plus, Societatea de Proiect notifică în mod corespunzător întârzierea preconizată Inginerului Independent (precum și Partenerul Public), atunci întârzierea menționată mai sus va fi tratată ca un Caz de Compensare, ca un Caz de Exonerare sau ca un Caz de Forță Majoră, după caz (*a se vedea: Articolul 14 din Clauzele Standard*).

Trebuie reținut că Societatea de Proiect nu poate începe prestarea Serviciilor anterior Datei Planificate a Începerii Serviciilor fără aprobarea prealabilă a Partenerului Public (*a se vedea: Articolul 19.3.3 din Clauzele Standard*).

### 2.4.4.3 Consecințele începerii cu întârziere a Serviciilor

În cazul în care Data Începerii Serviciilor are loc ulterior Datei Planificate a Începerii Serviciilor:

- O Prelungire a Perioadei Inițiale a Serviciilor va fi adăugată la Perioada Serviciilor (și, implicit, la Durata Contractului). Prelungirea Perioadei Inițiale a Serviciilor este egală cu intervalul dintre Data Planificată a Începerii Serviciilor și Data Începerii Serviciilor, dar sub rezerva unei limite (sau „Data Limită”) care ar trebui stabilită în contractul de PPP (de exemplu, 12 luni în *Clauzele Standard*) (*a se vedea: Articolul 19.4.2 din Clauzele Standard*).
- Partenerul Public ar putea fi îndreptățit să aplice Daune Interese Moratorii (*a se vedea: Articolul 15.2 din Clauzele Standard și Secțiunea 8.2 din prezentul Ghid Contractual*).

Totodată, nerealizarea de către Societatea de Proiect a Începerii Serviciilor până la Data Limită constituie un caz de neexecutare a obligațiilor și îndreptățește Partenerul Public să rezilieze contractul de PPP (*a se vedea: Articolul 42.2 din Clauzele Standard*). Trebuie reținut faptul că acest remediu și aplicarea de Daune Interese Moratorii pentru intervalul cuprins între Data Planificată a Începerii Serviciilor și Data Încetării nu se exclud reciproc.

#### 2.4.5 Perioada de returnare („hand-back period")

*Clauzele Standard* sunt menite să garanteze că prestarea Serviciilor poate continua fără întrerupere la sfârșitul Duratei Contractului. Din acest motiv, este de așteptat ca procedurile de returnare să înceapă înainte de sfârșitul Perioadei Serviciilor, moment în care Partenerul Public ar trebui să fie în măsură să asigure continuarea prestării Serviciilor în mod independent față de Societatea de Proiect. Returnarea este o procedură complexă care implică nu numai transferul Bunurilor în sine (*a se vedea: Articolul 45 (Efectele Încetării) din Clauzele Standard*), ci și inspecții preliminare menite să asigure starea corespunzătoare a Bunurilor transferate Partenerului Public (*a se vedea: Articolul 23 (Inspecții la Încetare) din Clauzele Standard*).

### 3. Documentația Contractuală

*A se vedea: Articolul 3 (Documentație) din Clauzele Standard.*

Documentele Proiectului ar trebui enumerate într-o anexă a contractului de PPP și sunt, de obicei, următoarele:

- *Contractul de Proiectare și Construcție* care urmează să fie încheiat între Societatea de Proiect și Antreprenorul Construcției pentru proiectarea și construcția Lucrărilor și a oricăror alte lucrări;
- *Contractul de Operare* care urmează să fie încheiat între Societatea de Proiect și Operator pentru operarea și întreținerea Facilităților Proiectului (deși operarea și întreținerea pot fi efectuate direct de către Societatea de Proiect); și
- Alte contracte pot fi încheiate în funcție de tipul de PPP (de exemplu, contracte de furnizare, contracte de vânzare („*offtake contracts*")).

Contractele de Finanțare sunt contractele sau instrumentele încheiate între Societatea de Proiect și instituțiile financiare în legătură cu finanțarea sau refinanțarea PPP-ului. Contractele de Finanțare includ:

- *Documente de Finanțare Principală* încheiate între Finanțatorii Principali și Societatea de Proiect în scopul finanțării PPP-ului (incluzând *Contractele de Împrumut Principal* și contractele de *hedging* și de garanție aferente); și
- *Documentele de Finanțare Subordonată*, în temeiul cărora Partenerul Privat pune datorie subordonată la dispoziția Societății de Proiect.

Partenerul Public ar trebui să aprobe Documentele Proiectului și Contractele de Finanțare, precum și orice modificări semnificative ale acestora. Scopul acestei aprobări este de a se asigura că Documentele Proiectului reflectă cerințele de construcție și de operare cuprinse în contractul de PPP (așa-numitul principiu „*back-to-back*" sau „*pass through*") și, în cazul Contractelor de Finanțare, de a-i permite Partenerului Public să cunoască valoarea, durata și condițiile finanțării (deoarece va trebui să țină cont de acestea în ceea ce privește refinanțarea și compensațiile la încetare).

### 4. Inginerul Independent

*A se vedea: Articolul 6 (Inginerul Independent) din Clauzele Standard.*

#### 4.1 Cine este Inginerul Independent?

Inginerul Independent este un consultant extern selectat și angajat în comun de către Partenerul Public și de către Societatea de Proiect (adesea, costul serviciilor sale este împărțit între aceștia pentru a asigura neutralitatea sa). Condițiile de angajare a Inginerului Independent, precum și mecanismul de plată a serviciilor prestate de către Inginerul Independent ar trebui rezumate în documentația de atribuire aferentă contractului de PPP.



Inginerul Independent nu trebuie confundat cu alți consultanți tehnici care ar putea fi angajați de către Părți. De exemplu, Partenerul Public angajează adesea un „*reprezentant al proprietarului*” („*owner’s representative*”), care este un inginer consultant care asistă Partenerul Public în interacțiunea sa cu Societatea de Proiect în ceea ce privește aspectele tehnice pe parcursul Perioadei Lucrărilor (de exemplu, revizuri ale proiectului, monitorizarea progresului construcției și a conformității, ordine de modificare). În plus, Societatea de Proiect este adesea obligată să angajeze un „*consultant tehnic al Finanțatorilor*”, care se obligă față de Finanțatorii Principali să monitorizeze activitățile de construcție și progresul construcției și să certifice cererile lunare de tragere/finanțare a construcției. „*Consultantul tehnic al Finanțatorilor*” nu are obligații explicite față de Partenerul Public, însă oferă un nivel suplimentar de control și, prin urmare, de siguranță pentru Partenerul Public.

## 4.2 Care este rolul Inginerului Independent?

Rolul Inginerului Independent este relevant cu precădere pe parcursul Perioadei Lucrărilor (astfel cum este prevăzut în *Clauzele Standard*). În cazul proiectelor mai complexe, poate fi necesar sprijin tehnic și pe parcursul Perioadei Serviciilor (sau cel puțin la începutul acesteia (de exemplu, în primul an al Perioadei Serviciilor) pentru supravegherea activităților de tranziție și pentru asigurarea că Lucrările sunt finalizate în totalitate iar Perioada Serviciilor poate începe), situație în care rolul Inginerului Independent poate fi extins în funcție de nevoile Partenerului Public. Partenerul Public poate, de asemenea, să angajeze un consultant diferit de Inginerul Independent pentru a-l sprijini în legătură cu monitorizarea contractului pe parcursul Perioadei Serviciilor. Competențele atribuite Inginerului Independent sunt la aprecierea Partenerului Public, în funcție de caracteristicile fiecărui proiect și de capacitățile Partenerului Public de a gestiona proiectul respectiv.

Pentru a-și îndeplini sarcinile, Inginerul Independent ar trebui să beneficieze de acces nelimitat la Amplasament în orice moment rezonabil (*a se vedea: Articolul 50 din Clauzele Standard*).

Atribuțiile Inginerului Independent ar trebui să fie rezumate într-o anexă la contractul de PPP și stabilite în detaliu în Contractul cu Inginerul Independent). Firește, aceste atribuții trebuie să fie conforme cu termenii documentației de atribuire aferente contractului de PPP.

### 4.2.1 Atribuții legate de supravegherea executării Lucrărilor

Rolul principal al Inginerului Independent este de a certifica „*finalizarea semnificativă*” („*substantial completion*”) sau „*starea de ocupare*” („*occupancy readiness*”) la sfârșitul Perioadei Lucrărilor (*a se vedea: Articolul 18 din Clauzele Standard*). Aceasta este o etapă importantă care face ca proiectul de PPP să treacă de la Perioada Lucrărilor la Perioada Serviciilor și care declanșează, de asemenea, o serie de consecințe financiare (de exemplu, eliberarea Garanției de Bună Execuție (*a se vedea: Articolul 15.1 din Clauzele Standard*), finalizarea Lucrărilor / plata (plățile) de etapă (dacă este cazul), începerea plăților de disponibilitate sau, după caz, a plăților de disponibilitate și a Tarifului de Utilizare).

De obicei, pe parcursul Perioadei Lucrărilor, Inginerul Independent trebuie să îndeplinească sarcini precum:

- Revizuirea și aprobarea Proiectului Tehnic, a Detaliilor de Execuție și a altor Date de Proiectare și emiterea de instrucțiuni către Societatea de Proiect cu privire la executarea, finalizarea, punerea în funcțiune și testarea Lucrărilor (*a se vedea: Articolele 12 și 13 din Clauzele Standard*);
- Revizuirea Graficului de Execuție a Lucrărilor (și a oricărei revizuri sau modificări a acestuia) anterior punerii sale în aplicare (*a se vedea: Articolul 13 din Clauzele Standard*) și monitorizarea progresului în raport cu Graficul de Execuție a Lucrărilor;
- Aprobarea Documentației de Calitate referitoare la Lucrări (și a oricărei modificări, revizuri sau completări aduse acestei documentații) (*a se vedea: Articolul 26 din Clauzele Standard*);
- Emiterea Certificatului de Începere a Lucrărilor și a Certificatului de Finalizare a Lucrărilor (conform prevederilor *Clauzelor Standard*, Certificatul de Finalizare a Lucrărilor este emis după finalizarea

procedurii obligatorii de recepție a Lucrărilor (*a se vedea: Articolul 18.1 din Clauzele Standard*), care trebuie să se desfășoare conform prevederilor *Regulamentului privind recepția construcțiilor*<sup>6</sup>);

- Emiterea de instrucțiuni către Societatea de Proiect în legătură cu Descoperirile Arheologice (*a se vedea: Articolul 16 din Clauzele Standard*);
- Determinarea dacă a avut loc sau nu un Caz de Compensare (*a se vedea: Articolul 37.1 din Clauzele Standard*) sau un Caz de Exonerare (*a se vedea: Articolul 37.2 din Clauzele Standard*), precum și consecințele producerii unui astfel de eveniment;
- Aprobarea Planul de Restabilire (*a se vedea: Articolul 24.2 din Clauzele Standard*);
- consilierea Părților cu privire la orice aspecte legate de Lucrări și efectuarea de Determinări ori de câte ori acestea sunt solicitate în cadrul contractului de PPP (*a se vedea: Articolele 6.4 și 6.5.1 din Clauzele Standard*).

#### 4.2.2 Atribuții legate de supravegherea prestării Serviciilor

După cum s-a menționat mai sus, nu este uzual ca rolul Inginerului Independent să acopere întreaga durată a Perioadei Serviciilor (cu excepția, uneori, a începutului acesteia (de exemplu, primul an al Perioadei Serviciilor), pentru a supraveghea activitățile de tranziție și pentru a se asigura că Lucrările sunt complet finalizate și că Perioada Serviciilor poate începe).

În *Clauzele Standard*, rolul Inginerului Independent în timpul Perioadei Serviciilor este limitat la revizuirea și aprobarea Programului Anual inițial (*a se vedea: Articolele 19 și 21 din Clauzele Standard*) și la emiterea Certificatului privind Începerea Serviciilor (*a se vedea: Articolul 19.3 din Clauzele Standard*).

## 5. Procedura de Revizuire

*A se vedea: Articolul 49 (Procedura de Revizuire) din Clauzele Standard.*

### 5.1 Scopul Procedurii de Revizuire

Scopul Procedurii de Revizuire este de a stabili un set de reguli care vor guverna solicitările făcute de către Societatea de Proiect, ori de câte ori astfel de solicitări sunt impuse în contractul de PPP. În *Clauzele Standard*, acesta este cazul, de exemplu, în ceea ce privește aprobarea Documentelor Proiectului (*a se vedea: Articolul 3.2 din Clauzele Standard*), aprobarea, revizuirea și aplicarea Graficului de Execuție a Lucrărilor (*a se vedea: Articolele 9.1 și 13 din Clauzele Standard*), aprobarea, revizuirea și aplicarea Programului Anual (*a se vedea: Articolul 21 din Clauzele Standard*), aprobarea Planului de Monitorizare a Serviciilor (*a se vedea: Articolul 22.1 din Clauzele Standard*), aprobarea termenilor și condițiilor de asigurare (*a se vedea: Articolul 24.1 din Clauzele Standard*), aprobarea și revizuirea Documentației de Calitate (*a se vedea: Articolul 26 din Clauzele Standard*), revizuirea Notificării Societății de Proiect privind Modificarea (*a se vedea: Articolul 35.2 din Clauzele Standard*), numirea și concedierea anumitor subcontractanți (*a se vedea: Articolul 47.5 din Clauzele Standard*).

Procedura de Revizuire este prevăzută de obicei într-o anexă la contractul de PPP. Totodată, având în vedere implicarea Inginerului Independent, conținutul Procedurii de Revizuire trebuie să fie compatibil nu numai cu clauzele contractului de PPP, ci și cu cele ale Contractului cu Inginerul Independent.

Principalele elemente care sunt acoperite în mod obișnuit de Procedura de Revizuire sunt discutate mai jos.

<sup>6</sup> Adoptat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994.



## 5.2 Entitatea care Revizuieste

Solicitările prevăzute în contractul de PPP sunt prezentate de Societatea de Proiect „**Entității care Revizuieste**”. Entitatea care Revizuieste este fie Inginerul Independent, fie Partenerul Public, după cum se prevede, de la caz la caz, în clauza din contractul de PPP care impune solicitarea.

Indiferent de persoana care acționează în calitate de Entitate care Revizuieste cu privire la o anumită solicitare, cealaltă persoană (și anume, Inginerul Independent sau Partenerul Public) ar trebui să primească o copie a solicitării. Persoana care nu acționează în calitate de Entitate care Revizuieste în ceea ce privește o anumită solicitare poate face observații cu privire la solicitarea respectivă, dar (cu excepția cazului în care contractul de PPP prevede altfel) Societatea de Proiect ar trebui să aibă dreptul discreționar de a nu lua în considerare aceste observații. În orice caz, Entitatea care Revizuieste ar trebui să aibă dreptul de a sesiza și/sau de a se consulta cu persoana care nu acționează în calitate de Entitate care Revizuieste cu privire la o anumită solicitare.

## 5.3 Gestionarea solicitărilor

După primirea și examinarea unei solicitări, Entitatea care Revizuieste returnează o copie a propunerii Societății de Proiect cu una dintre următoarele mențiuni: (a) „aprobat”, (b) „aprobat cu observații” sau (c) „observații”. Acțiunile ulterioare ale Societății de Proiect depind de mențiunea primită pe solicitare, după cum urmează:

- Solicitățile care primesc mențiunea „aprobat” pot fi implementate;
- Solicitățile care primesc mențiunea „aprobat cu observații” pot fi puse în aplicare cu condiția ca: (i) solicitarea să fie modificată în prealabil de către Societatea de Proiect pentru a ține cont de observațiile Entității care Revizuieste și: (ii) un raport privind modul în care sunt tratate observațiile să fie prezentat de către Societatea de Proiect Entității care Revizuieste înainte de implementarea solicitării.
- Solicitățile care au primit mențiunea „comentarii” nu pot fi implementate. În aceste cazuri, Societatea de Proiect trebuie să modifice solicitarea și să o transmită din nou Entității care Revizuieste.

Entitatea care Revizuieste ar trebui să aibă dreptul de a solicita informații suplimentare înainte de a oferi un răspuns.

Secțiunea cea mai semnificativă a Procedurii de Revizuire va conține motivele care îi dau dreptul Entității care Revizuieste să formuleze observații cu privire la solicitare. De obicei, Procedura de Revizuire include o listă detaliată a acestor motive, după cum urmează: (i) o listă generală a motivelor în baza cărora pot fi formulate observații (aplicabilă în orice situație în care contractul de PPP face referire la Procedura de Revizuire) și: (ii) liste separate cuprinzând motivele în baza cărora pot fi formulate observații referitoare la fiecare situație în care contractul de PPP face trimitere la Procedura de Revizuire. În timp ce motivele care pot justifica observații (și în special cele menționate la punctul (ii) de mai sus) vor fi diferite de la un proiect la altul, lista motivelor generale care pot justifica observații ar trebui să includă cel puțin: (1) motivele prevăzute în mod expres în contractul de PPP; (2) motivul că aprobarea solicitării nu ar fi conformă cu obligațiile legale ale Partenerului Public, cu clauzele contractului de PPP sau cu Legea aplicabilă; (3) motivul că Societatea de Proiect nu a furnizat toate informațiile necesare pentru revizuirea solicitării; și (4) motivul că solicitarea se referă în totalitate sau în mod substanțial la o solicitare anterioară care a primit mențiunea „observații” și în legătură cu care nu au fost aduse modificări substanțiale. Dacă Societatea de Proiect consideră că răspunsul la solicitările sale este întemeiat pe alte motive decât cele permise de Procedura de Revizuire, Societatea de Proiect ar trebui să aibă dreptul să declanșeze Procedura de Soluționare a Disputelor.

Procedura de Revizuire ar trebui să prevadă un termen general pentru răspunsul la solicitări, care să se aplice ori de câte ori contractul de PPP nu stabilește un termen specific. Dacă Entitatea care Revizuieste nu răspunde la o solicitare în termenul aplicabil (indiferent că este vorba despre termenul general sau despre un termen specific), ar trebui să se considere că Entitatea care Revizuieste a furnizat un răspuns cu mențiunea „aprobat”.

## 6. Drepturi de intervenție ale Finanțatorilor Principali („Senior Lenders’ step-in rights”)

### 6.1 Justificarea drepturilor de intervenție ale Finanțatorilor Principali

După cum s-a menționat mai sus, majoritatea proiectelor de PPP sunt finanțate conform modelului de finanțare fără drept de regres („*no recourse*”) sau cu drept de regres limitat („*limited recourse*”) pe baza fluxurilor de numerar estimate a fi generate de proiectul de PPP (și anume, veniturile obținute din Plata de Disponibilitate, precum și, în cazul mecanismelor de finanțare mixte, din Tariful de Utilizare). Aceste venituri rezultă din contractul de PPP încheiat între Partenerul Public și Societatea de Proiect.

Finanțatorii Principali nu sunt părți contractante la contractul de PPP, dar proiectul de PPP nu ar putea fi realizat fără aceștia. Drept urmare, Finanțatorii Principali vor încerca să își protejeze interesele prin reglementarea dreptului Partenerului Public de a înceta contractul de PPP în cazul în care Societatea de Proiect nu își execută obligațiile (deoarece o astfel de neexecutare ar opri fluxul de venituri pe care Societatea de Proiect l-ar utiliza pentru a rambursa împrumuturile acordate de Finanțatorii Principali).

Drepturile de Intervenție ar trebui considerate ca fiind benefice de către Partenerii Publici, deoarece ele le conferă un drept (dar nu și o obligație) Finanțatorilor Principali de a „salva” un proiect de PPP aflat în dificultate și care se confruntă cu o posibilă încetare, cu un potențial impact negativ asupra serviciului public și cu un risc de plată a compensației la încetare.

### 6.2 Cele mai bune practici internaționale

Interesele Finanțatorilor Principali sunt gestionate de obicei prin intermediul unui acord („**Acordul Direct**”) încheiat între Partenerul Public, Societatea de Proiect și Finanțatorii Principali, în temeiul căruia Finanțatorii Principali solicită de obicei anumite drepturi: (1) drepturi de informare în cazul în care Societatea de Proiect nu își respectă obligațiile asumate prin contractul de PPP, ceea ce i-ar putea permite Partenerului Public să rezilieze contractul de PPP; (2) o perioadă de așteptare, conform căreia Partenerul Public se va angaja să notifice Finanțatorii Principali cu privire la intenția sa de a rezilia contractul de PPP și se va angaja să nu rezilieze contractul pentru o anumită perioadă de timp; (3) desemnarea unui debitor suplimentar care să „întervină” și să devină răspunzător în solidar cu Societatea de Proiect pentru a remedia orice motive care au dat naștere dreptului Partenerului Public la reziliere; (4) consimțământul pentru garanția care va fi acordată Finanțatorilor Principali asupra fluxurilor de venituri din contractul de PPP (și anume, Plata de Disponibilitate și, în cazul mecanismelor cu finanțare mixtă, Tariful de Utilizare), precum și consimțământul pentru cesiuni către asiguratorii și garanți la plata creanțelor; și (5) dreptul Finanțatorilor Principali de a nova drepturile și obligațiile Societății de Proiect rezultate din contractul de PPP către o Societate de Proiect înlocuitoare.

Termenii Acordului Direct sunt, în general, negociați intens, iar Finanțatorii Principali vor insista, în general, să utilizeze propriile formulare standard. În consecință, de obicei, nu este necesar să se stabilească pe larg termenii Acordului Direct în contractul de PPP. Finanțatorii Principali vor dori totuși să vadă un angajament clar din partea Partenerului Public de a accepta și de a încheia un Acord Direct și o recunoaștere a drepturilor lor de intervenție.

În general, Finanțatorii Principali vor solicita drepturile de intervenție (și Acordul Direct corespunzător) sub forma unei condiții suspensive pentru tragerea de fonduri în temeiul Documentelor de Finanțare Principală. Trebuie subliniat faptul că Acordul Direct nu este o garanție de stat, ci mai degrabă o metodă contractuală pentru a acorda Finanțatorilor Principali anumite drepturi limitate față de Partenerul Public și de contractul de PPP.

### 6.3 Contextul românesc

Conform O.U.G. nr. 39/2018<sup>7</sup>, Partenerul Public poate înlocui Partenerul Privat la cererea Finanțatorilor Principali, cu condiția îndeplinirii următoarelor condiții cumulative:

- Societatea de Proiect (sau Partenerul Privat) nu și-a îndeplinit obligațiile prevăzute în contractul de PPP și/sau obligațiile față de Finanțatorii Principali, și;
- Posibilitatea de a înlocui Partenerul Privat în scenariul susmenționat a fost prevăzută în documentația de atribuire și în contractul de PPP.

Noul Partener Privat este desemnat în urma consultărilor dintre Partenerul Public și Finanțatorii Principali, cu condiția ca Partenerul Public și Finanțatorii Principali să aibă o relație contractuală directă (aceasta se va realiza prin intermediul Acordului Direct).

Clauza care stabilește posibilitatea de înlocuire a Partenerului Privat la cererea Finanțatorilor Principali trebuie să respecte condițiile aplicabile clauzelor de revizuire prevăzute de legea care reglementează procedura de atribuire a contractului de PPP (*a se vedea: Articolul 2.1.2 din prezentul Ghid Contractual*)<sup>8</sup>.

*Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii* prevede posibilitatea includerii unei clauze care să stipuleze, în favoarea Finanțatorilor Principali, dreptul de a cesiona contractul de concesiune unui alt concesionar, cu condiția ca noul concesionar să îndeplinească criteriile de calificare și de selecție stabilite prin documentația de atribuire<sup>9</sup>.

Merită remarcat faptul că *Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii* se referă în mod explicit la dreptul Finanțatorilor Principali de a cesiona contractul de concesiune unui alt concesionar.

O aliniere a Articolelor 28 și 39 din O.U.G. nr. 39/2018 (care stabilesc dreptul Partenerului Public de a înlocui Partenerul Privat pe baza consultării cu Finanțatorii Principali) cu buna practică internațională într-o modalitate similară cu *Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii* ar putea fi avută în vedere ca o modificare viitoare a O.U.G. nr. 39/2018.

## 7. Refinanțare

*A se vedea: Articolul 3.4 (Refinanțare) din Clauzele Standard.*

Contractele de PPP și Documente de Finanțare Principală sunt încheiate pe termen lung. Modificările condițiilor de piață și evoluția profilului de risc al proiectului de PPP pe termen lung pot determina o Societate de Proiect să concluzioneze că ar putea obține condiții de finanțare mai bune decât cele prevăzute în documentele de finanțare inițiale. Observația este valabilă mai ales după ce implementarea proiectului de PPP a ajuns în punctul în care principalele riscuri de construcție vor fi fost depășite. Condiții mai bune de refinanțare pot fi disponibile din mai multe motive. Unele dintre acestea se află sub controlul Societății de Proiect, cum ar fi buna performanță a proiectului de PPP. Altele ar putea fi considerate ca fiind determinate de autoritățile publice din România (îmbunătățirea cadrului de reglementare, reducerea riscului de țară). În fine, unele nu pot fi atribuite niciunei părți, cum ar fi schimbările în condițiile de piață sau creșterea interesului instituțiilor financiare pentru anumite sectoare. Drept urmare, piața PPP-urilor a recunoscut din ce în ce mai mult faptul că ar putea să nu fie corect ca

<sup>7</sup> Articolul 39, coroborat cu articolele 25 și 28.

<sup>8</sup> În conformitate cu articolul 39 din O.U.G. nr. 39/2018 și cu dispozițiile din Legislația privind Atribuirea care reglementează regimul clauzelor de revizuire, o clauză de revizuire trebuie să fie redactată în termeni clari, precizi și neechivoci, să precizeze obiectul, limitele și natura eventualelor modificări, precum și condițiile în care se poate recurge la mecanismul de revizuire. În plus, aplicarea clauzei de revizuire nu trebuie să afecteze sub nicio formă caracterul general al contractului de PPP.

<sup>9</sup> Articolul 105 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Societatea de Proiect să se bucure de toate beneficiile câștigurilor din refinanțarea datoriilor pentru care nu este pe deplin responsabilă.

Partenerul Public ar trebui să monitorizeze îndeaproape orice modificare a structurii de finanțare și orice refinanțare, deoarece compensația la încetare plătită de Partenerul Public Societății de Proiect se va baza pe sumele plătibile în temeiul Documentelor Financiare Principale – iar valoarea compensației ar putea fi afectată negativ de o refinanțare (de exemplu, obligațiile Partenerului Public pot crește, profilul de risc al contractului de PPP se poate schimba, capacitatea noului finanțator poate fi limitată). Prevederile privind refinanțarea sunt destul de complexe, iar implicațiile lor trebuie analizate cu atenție de Partenerul Public și de consilierii săi. Punctele cheie care trebuie luate în considerare sunt: (i) ce ar trebui să fie considerată o „refinanțare” pentru a se asigura că Partenerul Public poate evalua în mod corespunzător o propunere de refinanțare, inclusiv raportul cost-beneficiu („value for money”) (*a se vedea: definiția Refinanțării Calificate de la Articolul 1.1 din Clauzele Standard*), (ii) dreptul Partenerului Public de a aproba în prealabil (*a se vedea: Articolele 3.4.2 și 3.4.3 din Clauzele Standard*), (iii) modul în care ar trebui calculat câștigul din refinanțare (*a se vedea: definiția Câștigului din Refinanțare de la Articolul 1.1 din Clauzele Standard*), (iv) în ce proporții trebuie repartizat între Părți câștigul din refinanțare, cu mențiunea că această repartizare poate avea impact asupra tratamentului statistic al contractului de PPP (*a se vedea: Articolul 3.4.4 din Clauzele Standard și Tema 14.6.2 din Ghidul Statistic*), și (v) modul în care Partenerul Public va primi plata părții sale (*a se vedea: Articolul 3.4.5 din Clauzele Standard*). Exercițarea drepturilor Partenerului Public în temeiul prevederilor privind refinanțarea va fi posibilă numai dacă Partenerul Public este pe deplin familiarizat cu termenii și cu structura Documentelor de Finanțare Principală încheiate de Societatea de Proiect pentru scopul proiectului de PPP.

Având în vedere complexitatea implicată, este recomandat ca Partenerul Public să numească consultanți externi în legătură cu orice refinanțare (sau potențială refinanțare) și cu calcularea Câștigului din Refinanțare.

## 8. Garanții cu privire la finalizarea Lucrărilor

### 8.1 Garanția de Bună Execuție

*A se vedea: Articolul 15.1 (Garanție de Bună Execuție) din Clauzele Standard.*

O.U.G. nr. 39/2018 nu conține dispoziții exprese cu privire la garanțiile de bună execuție, exceptând o mențiune potrivit căreia regimul garanțiilor de bună execuție furnizate de către Societatea de Proiect trebuie să fie prevăzut în contractul de PPP.

Legislația privind Atribuirea (care reglementează atribuirea contractelor de PPP (*a se vedea: Secțiunea 2.1 din prezentul Ghid Contractual*)) conține dispoziții privind garanțiile de bună execuție. Măsura în care aceste dispoziții pot fi considerate ca reglementând atribuirea contractelor și, prin urmare, aplicabile contractului de PPP trebuie clarificată cu Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Dacă dispozițiile Legislației privind Atribuirea care reglementează garanțiile de bună execuție sunt considerate inaplicabile contractelor de PPP, atunci garanția de bună execuție va fi guvernată exclusiv de clauzele contractului de PPP. Dacă, în schimb, se consideră că dispozițiile susmenționate ale Legislației privind Atribuirea sunt aplicabile contractelor de PPP, atunci clauzele contractului de PPP trebuie să respecte dispozițiile relevante ale Legislației privind Atribuirea. Aceste dispoziții relevante sunt definite în funcție de legea care reglementează procedura de atribuire a contractului de PPP:

- În cazul contractelor de PPP atribuite în conformitate cu normele aplicabile concesiunilor de lucrări și servicii, regimul juridic nu stabilește cerințe speciale privind garanțiile de bună execuție și, prin urmare, autoritățile/entitățile contractante pot beneficia de o marjă de libertate sporită în stabilirea și/sau negocierea regimului garanției de bună execuție;

- Pentru contractele atribuite conform normelor aplicabile achizițiilor publice sau sectoriale, regimul juridic este mai restrictiv și acoperă, printre altele, furnizarea garanției de bună execuție (și anume, circumstanțele în care garanția este/nu este obligatorie, termenul de furnizare a acesteia, mijloacele de furnizare și valoarea acesteia), executarea garanției de bună execuție și eliberarea acesteia.

Articolul 15.1 (Garanția de bună execuție) din *Clauzele Standard* conține toate elementele esențiale necesare pentru ca această clauză să funcționeze, iar conținutul său nu ar trebui să necesite modificări, în ipoteza în care contractul de PPP este atribuit în conformitate cu normele aplicabile concesiunilor de lucrări și servicii. În cazul în care contractul de PPP este atribuit conform normelor aplicabile contractelor de achiziții publice/contractelor sectoriale, atunci clauza ar trebui citită în coroborare cu dispozițiile legale care reglementează regimul garanțiilor de bună execuție în astfel de contracte<sup>10</sup>.

## 8.2 Daune Interese Moratorii

*A se vedea: Articolul 15.2 (Daune Interese Moratorii) din Clauzele Standard.*

Daunele Interese Moratorii pot fi percepute de către Partenerul Public în cazul în care Societatea de Proiect nu realizează Începerea Serviciilor până la Data Planificată a Începerii Serviciilor (*a se vedea: Articolul 15.2 din Clauzele Standard și Secțiunea 2.4.4.3 din prezentul Ghid Contractual*). Daunele Interese Moratorii sunt menite să constituie o estimare prealabilă rezonabilă a pierderilor suferite de Partenerul Public ca urmare a întârzierii. Societățile de Proiect se vor opune adesea impunerii de Daune Interese Moratorii în contractele de PPP, susținând că este în interesul lor să finalizeze la timp, astfel încât să poată începe să încaseze venituri. Într-adevăr, în Europa, daunele interese moratorii nu sunt frecvente în contractele de PPP bazate pe plăți de disponibilitate. Cu toate acestea, *Clauzele Standard* prevăd Daune Interese Moratorii, iar utilizarea acestui remediu ar trebui să fie decisă pentru fiecare proiect în parte.

## 9. Condițiile Amplasamentului și Descoperirile Arheologice

*Clauzele Standard* prevăd că riscul legat de condițiile de amplasament îi revine Societății de Proiect. Aceasta presupune, desigur, faptul că Societății de Proiect i s-au acordat timp și acces adecvat la Amplasament pentru a-și asuma acest risc în mod satisfăcător. În multe proiecte, cum ar fi cele din domeniul sănătății sau al educației, amplasamentul se va afla într-o zonă urbană, unde condițiile solului sunt deja bine cunoscute. Pe de altă parte, în cazul PPP-urilor pentru autostrăzi, în care amplasamentul se întinde pe mai mulți kilometri și poate implica construirea de tuneluri, ar trebui luată în considerare posibilitatea ca Partenerul Public să rețină o parte din riscurile legate de amplasament, dacă acestea sunt imprevizibile pentru un antreprenor prudent. În caz contrar, Partenerul Public se poate aștepta ca tarifele sau taxele de utilizare să fie mai mari, deoarece Societatea de Proiect va lua în considerare o „primă” pentru asumarea acestui risc.

*Clauzele Standard* prevăd, de asemenea, un regim de alocare a riscurilor pentru condițiile de mediu preexistente neprevăzute (așa-numitele „Contaminări”). Dacă astfel de Contaminări sunt descoperite de către Societatea de Proiect, aceasta are obligația de a efectua remedierea, dar (sub rezerva unui prag convenit) pe cheltuiala Partenerului Public. Drept urmare, aceste Contaminări sunt clasificate drept „Cazuri de Compensare”, ceea ce îi conferă dreptul Societății de Proiect să solicite timp și bani.

Societatea de Proiect va fi, bineînțeles, responsabilă pentru toată poluarea produsă în timpul perioadei de derulare a contractului de PPP.

<sup>10</sup> La momentul redactării prezentului *Ghid Contractual*, cadrul juridic relevant privind garanțiile de bună execuție în contractele de achiziții publice/sectoriale este în curs de modificare. Autoritățile/entitățile contractante sunt sfătuite să consulte întotdeauna cea mai recentă versiune a Legii nr. 98/2016 (sau a Legii nr. 99/2016, după caz), precum și cea mai recentă versiune a legislației secundare de punere în aplicare a acestor legi.

Conform legislației românești, Descoperirile Arheologice de pe Amplasament sunt proprietate a Statului. Ca atare, *Clauzele Standard* prevăd că, în cazul în care sunt descoperite, Societatea de Proiect va notifica Ministerul Culturii, Partenerul Public și Inginerul Independent. Societatea de Proiect trebuie să păstreze și să protejeze descoperirile și să permită autorităților publice competente să pătrundă pe Amplasament în scopul gestionării acestora în conformitate cu legea. Astfel de descoperiri sunt clasificate drept „Caz de Compensare”, ceea ce îi conferă dreptul Societății de Proiect să solicite timp și bani.

## 10. Înregistrări și Rapoarte

### 10.1 Înregistrări

*A se vedea: Articolul 28 (Înregistrări) din Clauzele Standard.*

Contractele de PPP prevăd, de obicei, obligația Societății de Proiect de a păstra înregistrări referitoare la Proiect, deși contractele în sine nu conțin o listă exhaustivă a acestor evidențe. În schimb, lista completă a înregistrărilor este, în mod ideal, inclusă într-o anexă la contractul de PPP (*a se vedea: Articolul. 28.1.4 din Clauzele Standard*). Anexa ar trebui să stabilească, de asemenea, termenul (termenele) de păstrare a fiecărei categorii de înregistrări (*a se vedea: Articolul. 28.4 din Clauzele Standard*).

Anexa privind înregistrările trebuie să enumere înregistrările necesare separat pentru fiecare fază a proiectului:

- *înregistrări referitoare la Perioada Lucrărilor*: (1) înregistrări privind proiectarea Lucrărilor, cum ar fi Standarde Tehnice utilizate în proiectarea lucrărilor permanente, documentele de proiectare și înregistrările parametrilor și presupunerilor aferente proiectării, planșele de execuție proiectate, certificatele/atestările privind proiectarea, auditerile de siguranță în muncă, modificările și altele, după caz, și: (2) înregistrări privind Lucrările, cum ar fi Declarațiile de Metodă, avizele și autorizațiile necesare execuției lucrărilor de construcții, jurnalele de șantier și alte înregistrări documentate (inclusiv rezultatele testelor, instrucțiunile emise de Inginerul Independent, modificările la nivel de amplasament etc.), fotografiile de progres al Lucrărilor, planșele post-execuție, detalii privind producătorii oricăror produse brevetate utilizate în Lucrările Permanente (inclusiv garanții și planuri de reînnoire), certificate privind Lucrările, după caz (inclusiv începerea și terminarea Lucrărilor) etc.
- *înregistrări referitoare la Perioada Serviciilor*: înregistrări și manuale de întreținere privind verificările structurale, manuale de întreținere și programe de reînnoire, programe de reparații capitale și de reparații curente (inclusiv planșe post-execuție și alte înregistrări documentare), Rapoarte Lunare, Sisteme de Management al Calității și sisteme de gestionare a proiectului etc.

### 10.2 Rapoarte

*A se vedea: Articolul 27 (Rapoarte) din Clauzele Standard.*

Tipurile de rapoarte și numărul de exemplare ale acestora pe care Societatea de Proiect trebuie să le furnizeze în temeiul contractului de PPP sunt detaliate cel mai bine într-o anexă la contract. Lista rapoartelor solicitate va varia în funcție de natura PPP-ului dar, de obicei, se va distinge între rapoartele care trebuie prezentate pe parcursul Perioadei Lucrărilor și cele care trebuie prezentate pe parcursul Perioadei Serviciilor.

## 11. Inspecții la Încetare

*A se vedea: Articolul 23 (Inspecții la Încetare) din Clauzele Standard.*

Contractele de PPP implică, de obicei, prestarea unui serviciu prin construirea („*greenfield*”) sau reabilitarea („*brownfield*”) unui activ de infrastructură semnificativ.



Durata de viață rămasă a activului de infrastructură depășește adesea durata contractului, iar Partenerul Public dorește ca bunul să îi fie restituit în bune condiții la expirarea sau încetarea anticipată a contractului de PPP, astfel încât bunul să poată fi operat în continuare și/sau să poată fi prestat în continuare serviciul relevant.

Circumstanțele legate de restituire vor varia de la un contract de PPP la altul și vor depinde de intențiile Partenerului Public în legătură cu utilizarea post-PPP, de natura bunului (de exemplu, drumurile și majoritatea clădirilor sunt utilizabile pentru o perioadă mult mai lungă decât durata inițială a proiectului de PPP), de stadiul în care încetează contractul de PPP (înainte de termen sau la expirare) și de împrejurarea că încetarea are loc în timpul construcției sau al operării. În cele din urmă, prevederile contractului de PPP trebuie adaptate pentru a ține seama de natura specifică a proiectului de PPP și de orice cerințe prevăzute de O.U.G. nr. 39/2018.

În jurisdicțiile de drept civil, precum România, bunurile construite pe terenuri proprietate publică și/sau utilizate pentru un serviciu public vor face adesea obiectul unor restricții speciale. De exemplu, restituirea obligatorie la încetarea contractului poate fi stabilită în principii ori în legislația de drept administrativ și pot exista drepturi de acces sau de utilizare obligatorii pentru terți. Proprietatea va aparține Partenerului Public pe toată durata contractului de PPP, bunurile construite pe un astfel de teren devenind automat proprietatea Partenerului Public de îndată ce sunt construite, iar bunurile sunt predate cu titlu gratuit la expirare. În ciuda acestui fapt, contractul de PPP ar trebui să stabilească detaliile specifice privind starea bunurilor și obligațiile de cooperare, ținând cont de dispozițiile legale obligatorii. Părțile vor dori să stabilească cerințele și procesul privind restituirea pentru a asigura claritatea și a evita consecințele neașteptate. Experiența actuală sugerează că Partenerul Public ar trebui să înceapă să se pregătească pentru restituire cu 5-7 ani înainte de expirarea contractului.

*Clauzele Standard* conțin: (a) o clauză menită să asigure respectarea de către Societatea de Proiect a standardelor de calitate pe parcursul Duratei Contractului (*a se vedea: Articolul 22 (Controlul Calității și Verificări) din Clauzele Standard*), precum și: (b) o clauză menită să asigure că bunurile respectă Cerințele Transferului la Data Expirării și că Partenerul Public este în măsură să asigure funcționarea lor după această dată (*a se vedea: Articolul 23 (Inspecții la Încetare) din Clauzele Standard*).

Procedura de transfer a Facilităților Proiectului de la Societatea de Proiect la Partenerul Public implică:

- Obligația Societății de Proiect de a colabora cu Partenerul Public (atât înainte, cât și după Data Expirării, dar numai pentru o perioadă limitată de timp) în scopul de a se asigura că operarea Serviciilor continuă fără întreruperi, precum și un transfer al „cunoștințelor” necesare pentru ca Partenerul Public să preia operarea Serviciilor după Data Expirării;
- Inspecții periodice ale Facilităților Proiectului în ultimul deceniu al Duratei Contractului, inclusiv o Inspecție pentru Garanție care are loc cu cel puțin 2 și cel mult 3 ani înainte de Data Expirării și inspecția finală care are loc în ultimele 6 luni ale Duratei Contractului; Inspecțiile sunt efectuate de un expert independent și imparțial însărcinat cu identificarea oricăror lucrări de întreținere necesare pentru ca bunurile să îndeplinească Cerințele Transferului la Data Expirării; Societatea de Proiect are obligația de a furniza Partenerului Public o garanție care să acopere costurile de întreținere identificate de expert ca fiind necesare în urma Inspecției pentru Garanție;
- O inspecție de „transfer” efectuată imediat înainte de Data Expirării și care, dacă se încheie cu succes, dă naștere obligației Partenerului Public de a emite Certificatul de Transfer la Data Expirării. Scopul Certificatului de Transfer este de a confirma îndeplinirea Cerințelor Transferului și îndeplinirea de către Societatea de Proiect a tuturor obligațiilor legate de transferul bunurilor (*a se vedea: Articolul 23.4.6 din Clauzele Standard*); În cazul în care Certificatul de Transfer nu este emis la Data Expirării (ca urmare a neîndeplinirii condițiilor relevante), contractul de PPP încetează la Data Expirării, conform calendarului, cu excepția obligațiilor Societății de Proiect care mai trebuie îndeplinite pentru emiterea Certificatului de Transfer.

Garanția de Transfer poate fi eliberată numai după emiterea Certificatului de Transfer.

## 12. Asigurări

### 12.1 Introducere

*A se vedea: Articolul 24 (Asigurări) din Clauzele Standard.*

Asigurările sunt un domeniu foarte specializat. Drept urmare, Partenerul Public va avea nevoie de consultanță din partea unui specialist în domeniul asigurărilor, pentru fiecare proiect în parte, în vederea stabilirii și negocierii cerințelor de asigurare.

Atât Partenerul Public cât și Finanțatorii Principali au interesul să îi solicite Societății de Proiect să asigure bunurile PPP-ului atât pe Perioada Lucrărilor, cât și pe Perioada Serviciilor. Astfel, în caz de accident, bunul poate fi reparat sau reconstruit, iar serviciul public poate continua. Deși interesele Partenerului Public și ale Finanțatorilor Principali vor fi, de obicei, aliniate, în anumite circumstanțe, care implică distrugerea majorității bunurilor sau a tuturor bunurilor, poate apărea un conflict între Finanțatorii Principali, care ar putea prefera să utilizeze veniturile din asigurare pentru rambursarea datoriilor, și Partenerul Public, care ar dori ca bunul să fie reconstruit.

Tipurile de asigurări necesare vor varia de la un proiect la altul, iar Partenerul Public ar trebui să solicite consultanță independentă din partea unor experți cu experiență în asigurări. O asigurare uzuală va include: (i) „toate riscurile” pentru pierderi fizice sau deteriorări ale infrastructurii și echipamentelor pe Perioada Lucrărilor (inclusiv *marine cargo*) și pe Perioada Serviciilor, (ii) întârzierea punerii în funcțiune (care acoperă pierderea de venituri sau de profit pe Perioada Lucrărilor) și întreruperea activității (care acoperă pierderea de venituri sau de profit pe Perioada Serviciilor) și: (iii) răspunderea față de terți. Aceste detalii vor fi stabilite într-o anexă la Clauzele Standard (*a se vedea: Articolul 24.1.1 din Clauzele Standard*).

Contractul de PPP trebuie să stabilească, pentru fiecare categorie de asigurare, principalele caracteristici ale poliței, și anume nivelul minim de acoperire, principalele excluderi, franșizele maxime, asigurătorii acceptați (*a se vedea: Articolul 24.1.12 din Clauzele Standard*). Termenii și condițiile propuse pentru orice asigurare trebuie să fie aprobate în prealabil de Partenerul Public (*a se vedea: Articolul 24.1.2 din Clauzele Standard*). În plus, Finanțatorii Principali vor insista, de obicei, asupra unor cerințe specifice în cadrul polițelor de asigurare – de exemplu, să fie numiți ca părți suplimentare sau coasigurate (*a se vedea: Articolul 24.1.4(a) din Clauzele Standard*), consimțământul lor cu privire la orice modificare a termenilor poliței, renunțarea la subrogare – până când Finanțatorii Principali vor fi rambursați integral.

Uneori, Partenerul Public poate obține un raport cost-beneficiu mai bun prin păstrarea responsabilității pentru anumite tipuri de asigurări (de exemplu, un Partener Public poate obține condiții mai favorabile decât Societatea de Proiect datorită asigurării unui portofoliu mare de bunuri publice – economii de scară – sau prin autoasigurarea unui grup mare de riscuri). Totodată, în perioade de mare incertitudine, este posibil ca piața asigurărilor să nu fie stabilă și, astfel, costul asigurării pe parcursul unui PPP pe termen lung (de exemplu, 20-30 de ani) să nu fie suficient de previzibil. În astfel de situații, este probabil ca ofertanții să recurgă la includerea în ofertele lor a unor cheltuieli neprevăzute foarte mari pentru a ține cont de incertitudinea pe termen lung. Este deci necesară o evaluare de la caz la caz a termenilor, costurilor și disponibilității asigurării pentru Societatea de Proiect în comparație cu acoperirea și costul acelei asigurări dacă ar fi menținută de Partenerul Public.

Partenerul Public ar trebui să fie conștient de faptul că regimurile mecanismelor de evaluare comparativă a asigurărilor, deși simple din punct de vedere conceptual, s-ar putea dovedi foarte dificil de pus în practică. Aceasta se datorează subiectivității pronunțate și insuficienței abordărilor standardizate pentru a distinge dacă/în ce măsură o creștere a primelor de asigurare se datorează forțelor generale ale pieței sau, alternativ, acțiunilor/faptelor Societății de Proiect.



## 12.2 Neasigurabilitatea

*A se vedea: Articolul 24.3 (Riscuri Neasigurabile) din Clauzele Standard.*

Conceptul de „neasigurabilitate” acoperă: (i) situațiile în care asigurarea nu este disponibilă pentru un anumit risc, precum și: (ii) situațiile în care asigurarea este disponibilă, dar numai la un cost prohibitiv. Ambele tipuri de evenimente de neasigurabilitate sunt de interes pentru Partenerul Public, care, de obicei, își asumă (sau cel puțin participă la) impactul riscurilor neasigurabile.

Conform *Clauzelor Standard*, Societatea de Proiect nu are obligația de a încheia o asigurare împotriva riscurilor neasigurabile, cu excepția cazului în care Societatea de Proiect este responsabilă pentru faptul că acest risc (aceste riscuri) a (au) devenit neasigurabil(e).

*Clauzele Standard* stabilesc procedura care trebuie urmată în cazul în care, fără nicio vină din partea Societății de Proiect, un risc care este asigurat în mod obișnuit (*a se vedea: Secțiunea 12.1 din prezentul Ghid Contractual*) sau pentru care este necesară o asigurare în temeiul Legii sau al Contractului devine neasigurabil. În funcție de circumstanțe și în urma discuțiilor dintre Părți, Contractul poate continua în condițiile prevăzute la articolul 24.3.3 din *Clauzele Standard* sau (dacă riscul devenit neasigurabil se referă la răspunderea față de terți) Partenerul Public poate deveni îndreptățit să înceteze Contractul (cu plata unei compensații Societății de Proiect).

## 12.3 Mecanismul de Împărțire a Riscurilor privind Primele de Asigurare

*A se vedea: Articolul 24.5 (Mecanismul de Împărțire a Riscurilor privind Primele de Asigurare) din Clauzele Standard.*

Mecanismul de Împărțire a Riscurilor privind Primele de Asigurare este detaliat, de obicei, într-o anexă la contractul de PPP. Este așteptat ca anexa să stabilească o procedură de revizuire utilizată pentru a determina dacă există o creștere excepțională a costurilor cu asigurarea sau o economie excepțională a costurilor cu asigurarea în raport cu valoarea costului de asigurare de bază relevant (calculat conform metodei stabilite în anexa menționată anterior). Dacă se constată acest lucru, Partenerul Public va participa la creșterea/economia excepțională a costurilor, în măsura prevăzută în anexă. În cazul în care creșterea/economia costurilor de asigurare nu se califică drept excepțională, diferența este suportată exclusiv de Societatea de Proiect. Trebuie remarcat faptul că, în anumite circumstanțe, mecanismul de împărțire a riscurilor poate influența tratamentul statistic al contractului de PPP (*a se vedea: Tema 9.3 din Ghidul Statistic*).

# 13. Monitorizarea Execuției

## 13.1 Deduceri

*A se vedea: Articolul 29 (Monitorizarea execuției) din Clauzele Standard.*

Monitorizarea execuției este o activitate desfășurată de Partenerul Public în conformitate cu sistemul de management al performanței prevăzut în contractul de PPP. Deducerile efectuate de Partenerul Public din Plățile de Disponibilitate stipulate în contractul de PPP servesc drept stimulent împotriva performanțelor slabe ale Societății de Proiect. Parametrii de performanță utilizați de Partenerul Public pentru a măsura performanța Societății de Proiect (și pentru a aplica deduceri, după caz) trebuie stabiliți într-o manieră clară, măsurabilă și obiectivă (de preferință, în anexa care conține mecanismul de plată). În caz contrar (de exemplu, în cazul în care calcularea sau aplicarea deducerilor necesită negocieri suplimentare între Părți), contractul de PPP este inclus automat în bilanțul public (*a se vedea: Tema 4 din Ghidul Statistic*). Societatea de Proiect trebuie să notifice Partenerul Public (și, ori de câte ori este vorba de lucrări, Inginerul Independent) cu privire la apariția oricărei încălcări a obligațiilor sale contractuale (*a se vedea: Articolul 29.1.1 din Clauzele Standard*).

Partenerul Public nu poate cumula Deducerile aplicate pentru mai multe încălcări ale Societății de Proiect (în astfel de cazuri, va fi luată în considerare doar încălcarea care atrage cel mai mare quantum de Deduceri), cu

excepția Deducerilor aplicate pentru încălcări legate de siguranță, care pot fi cumulate cu alte categorii de Deduceri (*a se vedea: Articolul 29.2.4 din Clauzele Standard*). În orice caz, neîndeplinirea de către Societatea de Proiect a obligațiilor contractuale după aplicarea Deducerilor îndreptățește Partenerul Public să recurgă la o monitorizare sporită a activităților Societății de Proiect (*a se vedea: Articolele 29.4 și 29.5 din Clauzele Standard*). În cele din urmă, acumularea unui nivel de Deduceri într-o perioadă de timp convenită va da naștere unui drept al Partenerului Public de a rezilia contractul de PPP pentru neîndeplinirea obligațiilor Societății de Proiect.

## 13.2 Drepturi de intervenție ale Partenerului Public

*A se vedea: Articolul 29.6 (Drepturi de Intervenție ale Partenerului Public) din Clauzele Standard.*

### 13.2.1 Conceptul de intervenție

O descriere obișnuită a noțiunii de „intervenție” în context contractual este aceea că îi permite unei părți să „ia locul” altei părți și să îi exercite drepturile și, în unele cazuri, să îi îndeplinească obligațiile contractuale în anumite circumstanțe. Aceasta poate avea loc atunci când cealaltă parte se află într-o situație gravă de neîndeplinire a obligațiilor sau în cazul în care a avut loc sau subzistă un eveniment care necesită o astfel de acțiune. Intervenția este, de obicei, limitată în timp și este menită să îi ofere părții care intervine posibilitatea de a gestiona și de a remedia situația fără a rezilia contractul în cauză.

### 13.2.2 Scopul drepturilor de intervenție ale Partenerului Public

Pe parcursul derulării unui contract de PPP pot apărea circumstanțe în care este oportun ca Partenerul Public să poată lua el însuși măsuri rapide în legătură cu Lucrările sau Serviciile. Astfel de situații implică, de obicei, o urgență reală și/sau o amenințare legată de structura Facilităților Proiectului sau a Lucrărilor, de sănătate și siguranță sau de mediu sau de securitatea națională, sau în cazul în care Partenerul Public trebuie să asigure îndeplinirea unei obligații legale (*a se vedea: Articolul 29.6.1 din Clauzele Standard*). Aceasta poate fi consecința unui eveniment extern care nu se află sub controlul Societății de Proiect sau, alternativ, poate fi consecința unei performanțe slabe semnificative a Societății de Proiect și/sau a încălcării obligațiilor sale contractuale. Prin intervenția sa, Partenerul Public preia efectiv o parte sau toate obligațiile contractuale ale Societății de Proiect de gestionare a proiectului de PPP pentru o perioadă de timp, cu scopul de a rezolva sau de a gestiona o problemă gravă pe termen scurt.

În timp ce Partenerul Public poate avea competențe legislative pentru a acționa în anumite situații de urgență, este o bună practică, atunci când este posibil, ca Partenerul Public să se asigure că are, totodată, capacitatea contractuală necesară pentru a gestiona întregul proiect de PPP sau partea afectată a acestuia în locul Societății de Proiect, indiferent de motivul intervenției. Părțile vor dori, de asemenea, ca în contractul de PPP să se precizeze în mod clar responsabilitatea pentru costurile de intervenție și pentru orice răspundere care decurge din aceasta. Partenerii Publici ar trebui să rețină că drepturile de intervenție pot să nu fie adecvate pentru toate tipurile de proiecte de PPP în întreaga măsură descrisă în această secțiune (sau chiar deloc). Acesta poate fi cazul, de exemplu, atunci când Partenerul Public nu dispune de expertiză operațională relevantă pentru un anumit tip de proiect de PPP și nu există posibilitatea de a găsi contractori calificați corespunzător care să îl asiste, caz în care Partenerul Public ar putea prefera să se bazeze pur și simplu pe alte prevederi contractuale.

### 13.2.3 Domeniul de aplicare al drepturilor de intervenție

Capacitatea de a interveni ar trebui să fie întotdeauna un drept al Partenerului Public, dar nu și o obligație a acestuia, iar contractul de PPP ar trebui să stabilească în mod clar condițiile în care este permisă intervenția. Partenerul Public nu ar trebui să aibă nicio obligație contractuală în temeiul contractului de PPP, al oricărui Document de Proiect sau al Acordului Direct cu Finanțatorii Societății de Proiect de a remedia vreo încălcare sau de a atenua vreun risc în legătură cu care intervine.

### 13.2.4 Răspunderea Partenerului Public pentru pierderile Societății de Proiect în caz de intervenție

Partenerul Public trebuie să ia în considerare măsura în care este responsabil din punct de vedere contractual pentru orice pierdere suferită de Societatea de Proiect ca urmare a intervenției Partenerului Public și să fie conștient de orice implicații pe care poziția sa cu privire la această chestiune de alocare a riscurilor le poate avea asupra prețurilor. De obicei, poziția diferă în funcție de motivul intervenției sale (de exemplu, dacă aceasta se datorează sau nu unei încălcări a obligațiilor Societății de Proiect). Tratamentul va depinde, de asemenea, de împrejurarea dacă motivul intervenției este atribuibil unui eveniment abordat într-o altă parte a contractului de PPP (cum ar fi forța majoră – *a se vedea Secțiunea 19 (Forța Majoră) din prezentul Ghid Contractual*) – caz în care tratamentul acestor evenimente ar trebui să se supună aceluiași principii, în măsura în care este posibil.

#### 13.2.4.1 Compensație/Plată în cazul unei intervenții care nu este declanșată de o neexecutare a Societății de Proiect

Dacă Partenerul Public intervine din motive care nu se datorează nici unei neexecutări a Societății de Proiect, nici unui risc pentru care Societatea de Proiect este responsabilă, principiul de bază este că Partenerul Public ar trebui să compenseze Societatea de Proiect în ceea ce privește efectele intervenției pentru a lăsa Societatea de Proiect în aceeași poziție în care ar fi fost dacă nu ar fi avut loc intervenția. În cazul în care motivul intervenției este imputabil unor evenimente tratate în alte clauze în contractul de PPP (cum ar fi Forța majoră – *a se vedea Secțiunea 19 (Forța Majoră) din prezentul Ghid Contractual*), atunci principiile convenite cu privire la aceste clauze ar trebui să se aplice în măsura în care este posibil, iar drepturile de intervenție nu ar trebui să ocolească clauzele respective.

Un exemplu de abordare într-un scenariu de intervenție care nu este declanșat de o situație de neexecutare a obligațiilor sau de un risc al Societății de Proiect este următorul:

- dacă intervenția are loc pe parcursul Perioadei Lucrărilor, Societatea de Proiect are dreptul la o prelungire a termenului și la compensații pentru costurile și pierderile sale;
- dacă intervenția are loc pe parcursul Perioadei Serviciilor, Societatea de Proiect are dreptul la plata integrală (și anume, într-un model „*guvernul plătește*”, plata de disponibilitate integrală) ca și cum serviciile ar fi fost prestate integral de Societatea de Proiect, sub rezerva: (i) deducerilor pentru economiile de costuri de operare pe care le obține Societatea de Proiect în timpul perioadei de intervenție; (ii) deducerilor de indisponibilitate sau de performanță care ar urma să fie aplicate în ceea ce privește părțile din Servicii încă prestate de Societatea de Proiect și neafectate de intervenția Partenerului Public; și
- Societatea de Proiect este de acord să îi ofere asistență rezonabilă Partenerului Public pe durata intervenției (cu condiția ca Partenerul Public să ramburseze Societății de Proiect pentru orice costuri suplimentare pe care le aceasta suportă).

Dacă proiectul de PPP implică un model de tip „*utilizatorul plătește*” sau o altă formă de generare de venituri de la terți, Părțile trebuie să ia în considerare cum vor calcula compensația în ceea ce privește această formă de venit, însă aceasta este o problemă care va apărea și în legătură cu alte tipuri de compensație. O astfel de compensație este probabil să se bazeze pe Modelul Financiar Inițial sau pe veniturile generate într-o anumită perioadă de timp anterioară intervenției.

Mecanismele de determinare a compensației vor fi similare cu cele pentru alte evenimente de tip „*cazuri în care nu există o neîndeplinire a obligațiilor de către Societatea de Proiect*”.

#### 13.2.4.2 Compensație/Plată în cazul unei intervenții declanșate de o neexecutare a Societății de Proiect

În măsura în care intervenția se datorează unei neexecutări a Societății de Proiect sau unui caz de risc pentru care Societatea de Proiect este responsabilă, un exemplu de abordare este următorul:

- atunci când intervenția are loc în Perioada Lucrărilor, Societatea de Proiect nu va avea dreptul la o prelungire a termenului sau la compensații în ceea ce privește costurile și pierderile sale;
- atunci când intervenția are loc pe parcursul Perioadei Serviciilor, Partenerul Public ar trebui să analizeze dacă Societatea de Proiect ar trebui să aibă dreptul la plata: (a) integrală (și anume, într-un model „*guvernul plătește*”, la plata de disponibilitate integrală) ca și cum serviciile ar fi fost executate integral; sau: (b) parțială (adică, reflectând neexecutarea de către Societatea de Proiect a obligațiilor afectate), ceea ce poate duce la consecința de a nu fi datorată nicio plată (sau la o consecință similară dacă există deduceri pentru indisponibilitate și de performanță nelimitate).

În fiecare caz, o astfel de plată ar trebui să fie supusă (fără a se lua în considerare de două ori):

- deducerilor pentru orice economii de costuri de operare pe care Societatea de Proiect le realizează în timpul perioadei de intervenție, conform unei estimări rezonabile a Partenerului Public;
- deducerilor pentru orice costuri și obligații suportate de Partenerul Public;
- deducerilor pentru indisponibilitate sau de performanță care urmează să fie aplicate în ceea ce privește părțile serviciilor prestate în continuare de către Societatea de Proiect și neafectate de intervenția Partenerului Public; și
- acordului Societății de Proiect de a-i oferi asistență rezonabilă Partenerului Public pe durata intervenției, pe cheltuielile Societății de Proiect.

Dacă, pe parcursul Perioadei Serviciilor, deducerile aplicate plăților lunare conduc la un rezultat negativ, acesta va reprezenta o datorie plătitibilă de Societatea de Proiect Partenerului Public (care poate fi compensată cu Plățile Lunare ulterioare sau cu alte sume datorate Partenerului Public, dacă este cazul).

Dacă proiectul de PPP implică un model de tip „*utilizatorul plătește*” sau o altă formă de generare de venituri de la terți, Părțile trebuie să ia în considerare cum vor calcula plata pentru această formă de venit. Este probabil ca ea să urmeze o abordare similară celei convenite pentru o intervenție fără neexecutare/risc în ceea ce privește astfel de venituri, cu reduceri/modificări corespunzătoare pentru a reflecta scenariul de neexecutare /risc.

### 13.2.5 Încetarea intervenției

*A se vedea: Articolele 29.6.10 și 29.6.11 din Clauzele Standard.*

Oricare ar fi factorul declanșator al intervenției, Partenerul Public ar trebui să aibă întotdeauna dreptul de a se retrage în orice moment, cu o notificare rezonabilă adresată Societății de Proiect și cu privire la o parte sau la întregul proiect de PPP. Odată ce Partenerul Public a transmis o astfel de notificare, acesta ar trebui să se retragă în conformitate cu notificarea respectivă. Perioada de preaviz ar trebui să reprezinte timpul minim rezonabil pentru ca Societatea de Proiect să se mobilizeze din nou pentru a-și relua obligațiile contractuale.

## 14. Funcții Autorizate

*A se vedea: Articolul 30 (Funcții Autorizate) din Clauzele Standard.*

Lista Funcțiilor Autorizate va fi puternic influențată de natura proiectului, deoarece anumite tipuri de proiecte se pretează mai mult decât altele la Funcții Autorizate. Funcțiile Autorizate sunt importante în mod special în cazul proiectelor de drumuri și pot include funcții precum: (1) asigurarea întreținerii drumului public și menținerea stării corespunzătoare a acestuia pentru siguranța traficului; (2) instalarea și întreținerea semnalizării rutiere, a marcajelor etc.; (3) emiterea de autorizații speciale de transport pentru vehicule cu încărcătură agabaritică; (4) emiterea de restricții temporare de circulație pentru efectuarea anumitor lucrări; (5) luarea tuturor măsurilor pentru restabilirea traficului în situații de urgență; (6) aprobarea instalării și întreținerii panourilor publicitare și de reclamă; (7) emiterea de avize pentru diverse evenimente care au loc pe/în Facilitățile Proiectului (de exemplu, competiții sportive, concerte) etc. În schimb, PPP-urile pentru școli și spitale se pretează la Funcții Autorizate

într-o măsură mult mai mică. În cele din urmă, domeniul de aplicare al Funcțiilor Autorizate trebuie convenit pentru fiecare proiect în parte, ținând cont de nevoile specifice ale Părților și de măsura în care aceste nevoi pot fi satisfăcute prin instituirea de Funcții Autorizate în temeiul legislației aplicabile.

## 15. Mecanismul de Plată

*A se vedea: Articolul 32 (Tarifele de Utilizare) din Clauzele Standard.*

### 15.1 Conceptul de mecanism de plată

#### 15.1.1 Ce este mecanismul de plată?

Mecanismul de plată constituie esența transferului de risc și al abordării bazate pe performanță pentru PPP-uri. În cadrul proiectelor de PPP, Partenerul Privat este plătit numai la livrarea Lucrărilor (în cazul plăților de etapă pentru construcții) sau la prestarea serviciilor pe durata contractului de PPP. Prin caracterul bazat pe performanță al plăților, Partenerul Privat este puternic motivat să finalizeze lucrările la timp și să presteze serviciile în conformitate cu specificațiile de realizare și cu standardele de calitate stabilite în contract. În acest mod, PPP-ul asigură livrarea la timp și la o calitate constantă.

Mecanismul de plată stabilește regimul contractual al plăților la care va avea dreptul Societatea de Proiect pentru prestarea Serviciilor. Mecanismul de plată ia, de obicei, forma unui set detaliat de clauze și, prin urmare, în mod ideal, acesta este prevăzut într-o anexă separată la contractul de PPP.

#### 15.1.2 Tipuri de mecanisme de plată

Mecanismul de plată este strâns legat de caracteristicile contractului de PPP. Sursele de finanțare utilizate în cadrul PPP-ului sunt deosebit de relevante în acest sens, deoarece O.U.G. nr. 39/2018 distinge între:

- PPP-urile bazate exclusiv pe plăți efectuate de Partenerul Public/de alte entități de drept public; și
- PPP-urile bazate pe o combinație între plățile efectuate de Partenerul Public/ de alte entități de drept public, pe de o parte, și tarifele suportate de utilizatorii serviciilor prestate (și anume, Tariful de Utilizare), pe de altă parte.

Plățile efectuate de Partenerul Public/de alte entități de drept public sunt denumite „plăți de disponibilitate” pentru că nu sunt influențate de cererea reală a Utilizatorilor pentru serviciul (serviciile) Societății de Proiect. În schimb, plățile de disponibilitate sunt influențate de criteriile de performanță stipulate în contractul de PPP.

Spre deosebire de plățile de disponibilitate, venitul rezultat din tarifele plătite de Utilizatori este direct influențat de cererea pentru serviciul (serviciile) Societății de Proiect, la fel ca orice alt serviciu prestat pe piața liberă (așa-numitul „risc comercial”). Trebuie remarcat faptul că tarifele pentru utilizatori nu sunt adecvate pentru anumite tipuri de proiecte de PPP (de exemplu, închisori).

#### 15.1.3 Rolul mecanismelor de plată

Mecanismul de plată nu se limitează la stabilirea sumei și a calendarului plăților primite de Societatea de Proiect. Este, de asemenea, esențial ca aceste plăți să fie legate de performanța Serviciilor în conformitate cu standardele impuse de către Partenerul Public. Mecanismul de plată este, astfel, un instrument important pentru motivarea Societății de Proiect să presteze Serviciile în conformitate cu contractul de PPP (și, după caz, pentru sancționarea neîndeplinirii obligațiilor de către Societatea de Proiect) și trebuie să fie însoțit de un sistem eficient de monitorizare a performanței (*a se vedea: Secțiunea 13 din prezentul Ghid Contractual*).

Indiferent de tipul de mecanism de plată utilizat (plăți de disponibilitate sau o combinație între plăți de disponibilitate și tarife de utilizare), Societatea de Proiect nu ar trebui să aibă dreptul de a primi plăți pentru servicii care nu sunt efectiv prestate. În mod similar, Societatea de Proiect nu ar trebui să aibă dreptul de a primi

plăți integrale pentru Serviciile care nu sunt prestate la standardele stipulate în contractul de PPP. În acest din urmă caz, plățile permise de Societatea de Proiect ar trebui să fie supuse unor deduceri proporționale cu gradul de neîndeplinire, pe baza unor criterii care ar trebui convenite în detaliu în cadrul mecanismului de plată (*a se vedea: Secțiunea 13.1 din prezentul Ghid Contractual*).

#### 15.1.4 Indexarea plăților de disponibilitate

De obicei, riscul de escaladare a costurilor de construcție poate fi gestionat în mod eficient și evaluat în mod eficient de Societatea de Proiect, întrucât Perioada Lucrărilor este, în mod uzual, relativ scurtă. Cu toate acestea, Societatea de Proiect nu va putea să gestioneze riscul de escaladare a costurilor pe termen lung și, având în vedere că o parte semnificativă a plății de disponibilitate este alocată pentru servicii sau materiale – de obicei legate de operare și întreținere – ale căror costuri sunt susceptibile de a se modifica în timp, transferul acestui risc către Societatea de Proiect este probabil să conducă la prețuri neatractive. Prin urmare, Partenerii Publici rețin de obicei o parte din acest risc printr-o formulă de indexare aplicată plății de disponibilitate. Deoarece veniturile Partenerului Public, constând în impozite și taxe, sunt de obicei legate de inflație, acest lucru acoperă, cel puțin parțial, expunerea sa la inflație. În majoritatea tranzacțiilor de PPP, doar partea din plata de disponibilitate alocată operării și întreținerii este indexată pentru a acoperi acest risc de inflație asociat costurilor de operare pentru Societatea de Proiect, în vreme ce partea asociată finanțării investițiilor de capital rămâne constantă în timp.

#### 15.1.5 Frecvența plăților de disponibilitate

Atât Societatea de Proiect cât și Partenerul Public au un interes în ceea ce privește frecvența plăților de disponibilitate. Pentru Partenerul Public, frecvența plăților de disponibilitate are un impact asupra procesului de bugetare. Pentru Societatea de Proiect, plățile de disponibilitate vor fi utilizate pentru a acoperi plățile dobânzilor către creditori și plățile către subcontractanți.

Există avantaje și dezavantaje între plățile de disponibilitate mai scăzute și mai frecvente. Plățile mai frecvente generează costuri de tranzacție mai mari pentru Partenerul Public, deoarece costurile de facturare și decontare a plăților sunt mai frecvente. Pe de altă parte, plățile mai frecvente pot motiva Societatea de Proiect să rezolve mai rapid o problemă potențială.

Plățile mai puțin frecvente creează, la rândul lor, mai multe provocări. În primul rând, este necesară o facilitare de capital de lucru mai mare, ceea ce duce la o structură de finanțare ceva mai puțin eficientă. În al doilea rând, relația dintre performanță și plată se diminuează pe măsură ce Partenerul Public are nevoie de mai mult timp pentru a plăti Societatea de Proiect. Acest efect poate fi atenuat, totuși, prin sisteme de monitorizare care urmăresc performanța Societății de Proiect în timp real sau de mai multe ori pe parcursul unei anumite perioade de plată. În plus, problemele pot fi adesea abordate înainte de a se efectua plata, prin programarea unor întâlniri mai frecvente între părțile interesate. Această abordare îi poate oferi Societății de Proiect informațiile necesare pentru a rezolva problemele pe măsură ce apar și pentru a maximiza plățile de disponibilitate.

Plățile lunare de disponibilitate sunt cele mai frecvente în practica internațională. Cu toate acestea, preferințele și procedurile Partenerului Public pot fi luate în considerare pentru a utiliza o frecvență diferită. Nu se recomandă ca plățile de disponibilitate să fie efectuate mai rar decât trimestrial, din motivele descrise mai sus.

#### 15.1.6 Deducerile pentru neexecutare

Un mecanism de deduceri bine conceput motivează Societatea de Proiect să respecte specificațiile de performanță (*a se vedea: Secțiunea 13.1 din prezentul Ghid Contractual*). Valoarea economică a unui eșec ar trebui să fie cea care determină deducerile; eșecurile care sunt costisitoare pentru Partenerul Public ar trebui să fie costisitoare și pentru Societatea de Proiect. Neexecutarea de mică însemnătate ar trebui să aibă ca rezultat penalități relativ mici. Neexecutarea de importanță mai mare sau neexecuțiile de importanță redusă și repetate ar trebui să aibă ca rezultat penalități substanțial mai mari, în timp ce o neexecutare esențială pe termen lung



poate duce la încălcarea contractului. Pentru a obține acest efect, dimensionarea penalităților este esențială. În cazul în care penalitățile sunt prea mici, Societatea de Proiect ar putea prefera să accepte penalitățile în loc să rezolve problema de bază. Scopul unei penalități este de a motiva Societatea de Proiect să găsească o soluție dar, dacă penalitățile sunt prea mari, Societatea de Proiect ar putea fi pedepsită în mod nedrept – și, eventual, ar putea ajunge într-un caz de neexecutare din cauza unei încălcări minore.

### 15.1.7 Principiul plății zero pentru disponibilitate zero

Pentru ca un contract de PPP să fie eligibil pentru tratamentul extrabilanțier, Plata Lunară trebuie să fie zero în cazul indisponibilității bunului (*a se vedea: Tema 4.6.1 din Ghidul Statistic*). Acesta este principiul „plăți zero pentru disponibilitate zero”.

## 15.2 Impactul mecanismelor de plată asupra finanțării PPP-ului

Mecanismul de plată ar trebui să fie strict, dar echitabil pentru Societatea de Proiect, deoarece impunerea unor condiții nerezonabile poate face imposibilă asigurarea finanțării PPP-ului de către Societatea de Proiect (sau poate duce la falimentul Societății de Proiect în cazul în care Partenerul Public impune condiții care împiedică viabilitatea economică a proiectului). „Corectitudinea” mecanismului de plată este, desigur, un subiect complex, care trebuie analizat și calibrat cu atenție de Partenerul Public pentru fiecare proiect în parte (în consultare cu potențialii finanțatori și, dacă Partenerul Public consideră necesar, cu angajarea unui consultant extern specializat).

De regulă, costurile suportate efectiv de Societatea de Proiect nu ar trebui să constituie un criteriu pentru calcularea plăților efectuate pentru prestarea Serviciilor (mai degrabă, după cum s-a menționat mai sus, aceste plăți ar trebui să fie legate de performanța Societății de Proiect). Cu toate acestea, elementele de cost care sunt în afara controlului Societății de Proiect (de exemplu, impozitele locale directe sau indirecte) ar putea fi rambursate de către Partenerul Public (în baza mecanismului denumit „*pass-through*”).

## 15.3 Riscul valutar

*A se vedea: Articolul 34.3 (Plăți) din Clauzele Standard.*

Reglementările valutare din România impun ca plățile curente între rezidenții români să fie efectuate în RON. Întrucât sumele de plătit în cadrul contractului de PPP vor fi probabil denominate în EUR, articolul 34.3 din *Clauzele Standard* stabilește un mecanism contractual care abordează eventualele variații ale cursului de schimb valutar EURO/RON între data emiterii unei facturi și data plății acesteia.

## 16. Procedura de modificare

### 16.1 Modificări ale Partenerului Public

*A se vedea: Articolul 35.1 (Modificări ale Partenerului Public) din Clauzele Standard.*

Partenerul Public ar trebui să aibă întotdeauna libertatea de a modifica sau de a schimba termenii Lucrărilor sau Serviciilor, sub rezerva respectării anumitor standarde stabilite în *Clauzele Standard*, inclusiv respectarea legislației aplicabile, posibilității de a obține autorizațiile necesare și, în general, faptului că o astfel de modificare nu trebuie să afecteze natura de bază a Proiectului (inclusiv profilul de risc). Desigur, Partenerul Public trebuie să recunoască faptul că astfel de modificări ale Partenerului Public vor necesita compensații, timp și exonerări de la executare.

Mecanismul de modificare de către Partenerul Public cuprins în *Clauzele Standard* este în mod necesar complex pentru a se asigura că Societatea de Proiect este protejată și remunerată în mod corespunzător pentru ceea ce reprezintă, în esență, o modificare a contractului convenit. Ar putea fi luată în considerare posibilitatea de a

permite o abordare mai simplă (eventual implicând numai aprobarea Inginerului Independent și/sau incluzând costuri sau mecanisme de stabilire a prețurilor convenite în prealabil) pentru anumite modificări „minore” (sub un anumit prag valoric).

## 16.2 Modificări ale Societății de Proiect

*A se vedea: Articolul 35.2 (Modificări ale Societății de Proiect) din Clauzele Standard.*

Societatea de Proiect poate, de asemenea, să propună modificări, dar Partenerul Public nu este obligat să le accepte. Cu toate acestea, este în interesul Partenerului Public să ia în considerare astfel de modificări, deoarece acestea pot reflecta inovații și economii de costuri.

Dacă o modificare inițiată de Societatea de Proiect are ca rezultat economii pentru Societatea de Proiect (datorită unei scăderi a costurilor Societății de Proiect sau ale unui Subcontractant), întrebarea care se pune este cine ar trebui să aibă dreptul de a păstra aceste economii. Deși Partenerul Public ar putea păstra integral economiile, un mecanism care implică o împărțire a economiilor se va dovedi probabil mai dezirabil pe termen lung. Aceasta se datorează faptului că, din punctul de vedere al Societății de Proiect, faptul de a avea dreptul la o cotă-parte din economiile rezultate în urma modificărilor pe care le inițiază poate constitui un stimulent puternic pentru a inova și a face posibile modificările care implică o reducere a costurilor. Prin urmare, aceasta este abordarea reflectată în *Clauzele Standard*.

## 17. Modificare Legislativă

*A se vedea: Articolul 36 (Modificare Legislativă) din Clauzele Standard.*

Conform contractului de PPP, Societatea de Proiect trebuie să respecte în permanență Legea aplicabilă și va stabili prețul ofertei sale ținând cont de costul asociat cu Legea aplicabilă, în raport cu data ofertei sale. Cu toate acestea, modificarea legislației este un risc politic care nu poate fi controlat de Societatea de Proiect. Drept urmare, majoritatea contractelor de PPP includ clauze care reglementează consecințele anumitor modificări legislative survenite după data depunerii ofertei, în urma cărora Societatea de Proiect înregistrează întâzieri, costuri suplimentare și/sau nu poate îndeplini vreuna dintre obligațiile sale semnificative în temeiul contractului de PPP. Astfel de clauze pot viza și situația în care modificarea legii este benefică și, într-o astfel de situație, Partenerul Public ar trebui să beneficieze și el. Principiul protejării Societății de Proiect împotriva modificării legislației întâmpină deseori rezistență din partea multor Parteneri Publici, deoarece Societatea de Proiect va obține drepturi care, în general, nu sunt acordate altor investitori decât investitorilor din proiectele de PPP. Justificările pentru includerea protecției împotriva modificărilor legislative în contractele de PPP sunt următoarele: (a) protecția împotriva modificării legislației îi permite Societății de Proiect să se bazeze pe cadrul juridic aplicabil la data la care și-a depus oferta și la care a efectuat verificările necesare – aceasta, la rândul său, îi va permite Societății de Proiect să reducă suma care corespunde evenimentelor neprevăzute din oferta sa; (b) Partenerul Public va fi, în general, într-o poziție mai bună decât Societatea de Proiect pentru a controla o modificare a legislației, cu toate că aceasta va varia în funcție de rolul Partenerului Public și; (c) Finanțatorii Principali vor solicita, în general, un anumit tip de protecție împotriva modificării legislației, în special în jurisdicțiile în care modificarea legislației este considerată mai probabilă (cum ar fi cele din țările în curs de dezvoltare) și nu vor fi de acord ca acest risc să fie suportat de Societatea de Proiect, devenind astfel o problemă de „finanțabilitate” („*bankability*”).

Un aspect care trebuie reținut atunci când se iau în considerare clauzele privind modificările legislative este că aceste clauze nu obligă (și nici nu ar putea obliga) autoritățile publice să nu modifice Legea aplicabilă și nici nu au ca efect înghețarea cadrului aplicabil Societății de Proiect (așa cum s-a întâmplat uneori în cazul anumitor proiecte miniere și petroliere din anumite jurisdicții). Aceste clauze au doar efectul de a aloca riscul unor astfel de modificări unei părți sau alteia, oferindu-i Societății de Proiect o exonerare de obligațiile sale, timp și/sau costuri suplimentare.



Există mai multe abordări pentru alocarea riscului de modificare a legislației, dar capacitatea unui Partener Public de a împărți riscul de modificare a legislației cu Societatea de Proiect va depinde de riscul de volatilitate legislativă sau de reglementare în jurisdicția și sectorul în cauză, precum și de maturitatea pieței. De asemenea, va fi relevantă și măsura în care creșterea rezultată a costurilor poate fi transferată către utilizatorii terți. În anumite jurisdicții în curs de dezvoltare în care riscul de modificare a legislației este perceput ca fiind ridicat de către investitori și bănci, poate fi necesar ca o clauză de modificare a legislației să acopere toate modificările legislative. Cu toate acestea, având în vedere că România este membră a Uniunii Europene, *Clauzele Standard* adoptă o abordare mai dezvoltată a împărțirii riscului de modificare a legislației, așa cum a fost observată în anumite jurisdicții și a devenit parte a modelelor standardizate de contracte, iar aceasta se bazează pe următoarea alocare a riscurilor:

- *Modificări Legislative Discriminatorii* – acestea sunt modificări legislative care sunt discriminatorii, deoarece se aplică proiectului de PPP și nu unor proiecte similare, sau Societății de Proiect și nu altor persoane, sau operatorilor de PPP și nu altor părți;
- *Modificări Legislative Specifice* – acestea sunt modificări legislative care au un impact specific asupra prestării de servicii identice sau similare cu serviciile proiectului de PPP sau asupra asociaților/acționarilor întreprinderilor care prestează astfel de servicii (Partenerul Public va dori să definească în mod clar natura serviciilor);

Riscul de Modificări Legislative Discriminatorii și de Modificări Legislative Specifice ale legislației este alocat Partenerului Public pentru a răspunde preocupării Societății de Proiect cu privire la posibilitatea adoptării unor legi care ar putea avea ca efect o diferențiere a sa sau a operatorilor privați de infrastructură într-un mod care ar avea un impact negativ asupra rentabilității preconizate a capitalului propriu. De exemplu, ar putea fi vorba de introducerea unui impozit sau a unei suprataxe care se aplică numai proiectului său de PPP sau care se aplică numai activității sale, deoarece este operată de sectorul privat, sau de punerea în aplicare a unor reglementări de mediu mai semnificative care nu sunt impuse operatorilor din sectorul public ai unor bunuri similare;

- *Modificări Legislative Generale care impun cheltuieli de capital în perioada de operare* – acestea sunt modificări generale ale legislației (și anume altele decât Modificările Legislative Discriminatorii și Modificările Legislative Specifice) care impun Societății de Proiect să suporte cheltuieli de capital după finalizarea Lucrărilor în cursul perioadei de operare. Riscul acestor modificări este, de asemenea, alocat Partenerului Public având în vedere că, în jurisdicțiile în care se aplică, se consideră că această abordare oferă un raport cost-beneficiu mai bun, deoarece Societatea de Proiect nu are mijloacele de a absorbi costuri potențial semnificative odată ce proiectul de PPP este operațional iar bunul relevant este construit și ar putea include în preț costurile referitoare la situațiile neprevăzute; și
- *Orice Alte Modificări Legislative* – acestea sunt toate celelalte modificări legislative, inclusiv cele care presupun cheltuieli de capital în Perioada Lucrărilor (dar cu excepția categoriilor de mai sus). Riscul acestor modificări este alocat Societății de proiect pe întreaga durată a contractului de PPP, având în vedere că Societatea de Proiect este capabilă să gestioneze și să absoarbă orice impact asupra prețurilor.

Cu toate acestea, capacitatea de a transfera riscul modificărilor care necesită cheltuieli de capital în Perioada Lucrărilor va depinde de durata Perioadei Lucrărilor și de predictibilitatea regimului juridic. O perioadă deosebit de lungă și/sau un regim mai puțin stabil ar putea impacta finanțabilitatea proiectului („*bancability*”) și ar putea fi necesară o altă alocare a riscurilor. În cadrul acestei abordări mai dezvoltate de împărțire a riscurilor, Societatea de Proiect va suporta (o parte din) riscul general de afacere care se aplică tuturor întreprinderilor.

Trebuie reținut că alocarea către Partenerul Public a riscurilor legate de Modificările Legislative Generale poate, în anumite circumstanțe, aibă un impact asupra tratamentului statistic al contractului de PPP (*a se vedea: Tema 8 din Ghidul Statistic*).

## 18. Cazuri de Compensare și Cazuri de Exonerare

Articolul 37 din *Clauzele Standard* tratează mecanismul pentru „Cazuri de Compensare” și „Cazuri de Exonerare”. Distincția este importantă pentru Partenerul Public, deoarece Cazurile de Exonerare îi oferă Societății de Proiect dreptul la o prelungire a termenului, în timp ce Cazurile de Despăgubire vor da naștere la plăți de către Partenerul Public, în plus față de prelungirea termenului. După cum s-a discutat mai sus, Contaminările și Descoperirile Arheologice pot constitui, în anumite circumstanțe, Cazuri de Compensare. Totodată, o Acțiune Adversă a Guvernului îi conferă Societății de Proiect dreptul la compensații.

## 19. Forță Majoră

*A se vedea: Articolul 38 (Forța majoră) din Clauzele Standard.*

### 19.1 Aspecte esențiale

Legea română definește forța majoră ca fiind „*orice eveniment extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil*”. Regimul juridic al Forței Majore se aplică în măsura în care părțile nu convin altfel. Contractul de PPP poate conține deci (și ar trebui să conțină) o clauză de forță majoră proprie adaptată la cerințele specifice proiectului.

În general, scopul unei clauze de Forță Majoră într-un contract de PPP este: (a) să definească evenimentele sau circumstanțele asupra cărora Părțile au convenit că ar trebui considerate Forță Majoră; (b) să scutească Partea Afectată de răspundere și să o exonereze de îndeplinirea în continuare a obligațiilor care îi revin în temeiul contractului de PPP pe perioada în care Cazul de Forță Majoră continuă; (c) să prevadă obligațiile Părților în legătură cu Cazul de Forță Majoră (de obicei, informare și atenuare); (d) să prevadă drepturi de încetare în ipoteza unui Caz de Forță Majoră care depășește o anumită perioadă de timp ; și (e) să precizeze alocarea costurilor rezultate ca urmare a Cazului de Forță Majoră și să determine plățile la încetarea Contractului.

La negocierea clauzelor privind Forța Majoră, se presupune că riscul apariției unui Caz de Forță Majoră este dincolo de controlul Părților și nu ar trebui să fie atribuit unei singure Părți. În consecință, consecințele financiare care rezultă în urma producerii unui Caz de Forță Majoră ar trebui să fie împărțite. Clauzele privind Forța Majoră ar trebui, de asemenea, să se distingă de clauzele de impreviziune, care se referă la circumstanțe neașteptate în care executarea devine mai oneroasă, fără a fi imposibilă.

Societatea de Proiect și Finanțatorii Principali vor analiza în detaliu clauzele privind Forța Majoră și vor dori să se asigure că definiția Cazului de Forță Majoră, precum și drepturile și obligațiile sale în legătură cu Forța Majoră din contractul de PPP sunt reflectate în celelalte Documente ale Proiectului și, în special, în *Contractul(ele) de Proiectare și Construcție* și în orice acorduri necesare referitoare la operarea și întreținerea proiectului de PPP.

În linii mari, există două abordări pentru redactarea clauzelor de forță majoră:

- abordarea „*deschisă*”, în care se stabilește o definiție contractuală generală a forței majore (cum ar fi imprevizibilitatea, inevitabilitatea și imposibilitatea de a executa), iar o listă nelimitativă de evenimente sau circumstanțe este furnizată doar ca exemplu, presupunând că acestea corespund definiției; și
- abordarea „*limitativă*”, în care este furnizată o listă exhaustivă de evenimente.

Cele mai multe jurisdicții de drept civil utilizează abordarea deschisă (deoarece aceasta urmează abordarea codului civil) iar această abordare poate fi, totodată, mai adecvată pe piețele emergente (cum este România), unde așteptarea ca Societatea de Proiect să gestioneze (și să stabilească un preț pentru) toate acele riscuri care nu se încadrează într-o listă limitativă ar putea fi o provocare mai mare. Cu toate acestea, trebuie remarcat faptul că natura „*deschisă*” a definiției Forței Majore este un element cu un impact semnificativ asupra tratamentului statistic (*a se vedea: paginile 74-77 din Ghidul Statistic*).

Pentru motivele prezentate mai sus, *Clauzele Standard* au adoptat o abordare limitativă. Partenerul Public și consultanții săi ar trebui să discute acest aspect la începutul procesului de redactare a contractului de PPP pentru a adopta o poziție.

## 19.2 Forța majoră „politică” în contractele de PPP

În contractele comerciale încheiate între entități private, evenimentele care nu pot fi controlate de părți vor include în mod tradițional calamități naturale (cum ar fi dezastrelor naturale, epidemiile etc.), precum și evenimente „politice” care pot fi controlate sau influențate de autoritățile guvernamentale (cum ar fi grevele generale, naționalizările, refuzul de a acorda licențe etc.). Atunci când această abordare este luată în considerare în contractele de PPP, trebuie manifestată prudență, având în vedere că Partenerul Public, fiind o entitate guvernamentală, are un anumit control asupra unor astfel de evenimente politice și ar trebui, fără îndoială, să suporte acest risc. În cazul în care există cazuri de risc politic alocate Partenerului Public, aceste evenimente vor necesita un tratament separat. În prezentul *Ghid Contractual*, astfel de cazuri sunt tratate ca „Acțiune Adversă a Guvernului”.

## 19.3 Efectele Cazurilor de Forță Majoră

Apariția unui Caz de Forță Majoră îi permite Societății de Proiect să fie scutită de obligațiile care îi revin în temeiul contractului de PPP, în măsura în care această exonerare este consecința directă a Cazului de Forță Majoră.

Atunci când Cazul de Forță Majoră intervine în Perioada Lucrărilor, acesta va include, în special, amânarea datei la care infrastructura ar fi trebuit să fie finalizată de către Societatea de Proiect.

În situația în care Cazul de Forță Majoră intervine în Perioada Lucrărilor:

- În acele contracte de PPP în care Societatea de Proiect își asumă riscul comercial în ceea ce privește utilizatorii privați (cum ar fi drumurile cu taxă), apariția unui Caz de Forță Majoră care face imposibilă executarea va duce la pierderea de venituri de către Societatea de Proiect.
- În alte contracte de PPP, în care Partenerul Public are obligații de plată față de Societatea de Proiect pentru serviciile prestate sau pentru infrastructura pusă la dispoziție, apariția unui Caz de Forță Majoră poate să nu scutească Partenerul Public de obligația sa de plată, chiar dacă Societatea de Proiect este scutită de executare. Cu toate acestea, pentru a reflecta principiul de alocare a riscurilor stabilit mai sus, Partenerul Public poate lua în considerare reducerea valorii acestor plăți la o sumă egală cu serviciul datoriei și la o sumă suficientă pentru a acoperi costurile fixe de operare ale Proiectului (dar nu și costurile variabile sau profitul).

În funcție de tipul de proiect, Partenerul Public trebuie să analizeze dacă este necesară luarea în considerare și a altor exonerări specifice (cum ar fi, de exemplu, exonerarea de deduceri la plată). Întrucât consecințele Cazului de Forță Majoră ar trebui să fie împărțite între Părți, apariția unui Caz de Forță Majoră nu ar trebui, totuși, să-i permită Societății de Proiect să solicite costuri suportate ca urmare a unui Caz de Forță Majoră.

În multe contracte de PPP, un Caz de Forță Majoră prelungit (de obicei, peste 6-12 luni consecutive) va declanșa dreptul ambelor părți de a înceta contractul de PPP. În cazul în care Societatea de Proiect dorește să înceteze contractul în temeiul unui Caz de Forță Majoră prelungit, s-ar putea argumenta că Partenerul Public ar trebui să aibă opțiunea de a solicita continuarea contractului de PPP, cu condiția ca Societatea de Proiect să fie compensată în mod corespunzător.

Nu este neobișnuit să se specifice evenimente care sunt excluse în mod expres din definiția Forței Majore sau care se califică drept Forță Majoră doar dacă se produc într-o măsură suficientă. În acest caz, redactarea se va concentra pe ceea ce nu este Forță Majoră iar nu pe ceea ce este. De exemplu, în țările în care anumite evenimente naturale au loc în mod frecvent (cum ar fi ploile sezoniere care duc la inundații) și care ar fi trebuit să facă parte din măsurile de precauție ale Societății de Proiect atunci când și-a formulat prețul propus, ar trebui

specificat gradul acestor evenimente, astfel încât numai evenimentele „excepționale” să fie considerate Forță Majoră (de exemplu, inundații de o amploare care nu se produce mai frecvent decât o dată la fiecare [100] ani sau cutremure cu o intensitate seismică specifică). Aceeași abordare poate fi adecvată în ceea ce privește anumite evenimente de risc climatic (de exemplu, includerea doar a ploilor abundente peste o rată specificată sau a temperaturilor în afara unui interval specificat). Având în vedere caracterul general al *Clauzelor Standard*, această abordare nu este inclusă, dar poate fi luată în considerare de Partenerul Public în funcție de caracteristicile unui anumit PPP.

## 20. Acțiune Adversă a Guvernului

*A se vedea: Articolul 39 (Acțiune Adversă a Guvernului) din Clauzele Standard.*

### 20.1 Conceptul de AAG și diferențele față de Forță Majoră

Conceptul de Acțiune Adversă a Guvernului (sau AAG), care este denumit uneori și „forță majoră politică”, se regăsește de obicei doar în contractele în care una dintre părți este o entitate de drept public sau un guvern. Scopul clauzelor AAG este de a aloca anumite tipuri de riscuri „politice” Partenerului Public.

AAG prezintă similitudini cu apariția unui Caz de Forță Majoră. De exemplu, în cazul în care se produce o AAG, este convenit, în general, că Societatea de Proiect poate solicita o exonerare de la obligațiile care îi revin în temeiul contractului de PPP. Procedura pe care trebuie să o urmeze Societatea de Proiect pentru a stabili că este necesară o exonerare este, de asemenea, foarte asemănătoare cu procedura urmată după apariția unui Caz de Forță Majoră. În cele din urmă, ambele Părți ar avea, de obicei, dreptul de a înceta contractul de PPP în cazul în care o AAG durează mai mult de o anumită perioadă de timp (în general, între 6 și 12 luni). Cu toate acestea, în contractele de PPP, riscul apariției unei AAG este alocat Partenerului Public, ceea ce are consecințe semnificative. În primul rând, Societatea de Proiect va avea dreptul de a solicita compensații pentru pierderile suferite ca urmare a apariției AAG. În al doilea rând, sumele care trebuie plătite Societății de Proiect în caz de încetare ca urmare a unei AAG ar trebui să fie similare cu cele care trebuie plătite în caz de neexecutare a obligațiilor de către Partenerul Public.

### 20.2 Definiția AAG

Întrucât AAG este un risc alocat Partenerului Public, apariția acestuia poate duce la plata de către Partenerul Public a unor compensații semnificative. În consecință, Partenerul Public ar trebui să analizeze cu atenție domeniul de aplicare al AAG, cu o listă foarte limitată de evenimente AAG. În funcție de proiectul de PPP, definiția AAG ar trebui, totodată, adaptată pentru a lua în considerare riscurile specifice ale unui anumit proiect de PPP (de exemplu, poluarea apei în amonte de un proiect de PPP din sectorul apei sau construirea unui port sau aeroport concurent la o anumită distanță de portul sau aeroportul operat de Societatea de Proiect).

### 20.3 Clauzele AAG și clauzele de „Modificare Legislativă”

Modificarea Legislativă este adesea inclusă ca un element al definiției AAG. Cu toate acestea, există anumite avantaje în tratarea separată a celor două subiecte, așa cum s-a procedat în prezentul *Ghid Contractual*. Modificările Legislative pot fi în beneficiul sau în detrimentul uneia dintre Părți sau al ambelor Părți, în timp ce o AAG – prin definiție – poate apărea numai dacă există un impact negativ asupra Societății de Proiect.

### 20.4 Pragul valoric minim

La fel ca în cazul clauzei privind Modificarea Legislativă, Partenerul Public trebuie să analizeze dacă toate AAG ar trebui să declanșeze consecințele contractuale prevăzute de aceasta (exonerare, compensare, încetare) sau dacă ar trebui specificat un prag valoric minim. În cazul în care se specifică un prag valoric, numai AAG care au consecințe peste pragul valoric minim îi vor permite Societății de Proiect să solicite compensații și/sau încetarea.

## 20.5 De ce contractele de PPP conțin clauze AAG?

Riscurile AAG nu se află sub controlul Societății de Proiect, dar Societatea de Proiect poate fi afectată în mod negativ de apariția acestora. Din cauza impactului potențial al evenimentelor AAG asupra capacității Societății de Proiect de a-și îndeplini obligațiile contractuale și de a fi plătită, Societatea de Proiect și Finanțatorii Principali vor evalua cu atenție riscul apariției unor astfel de evenimente și se vor aștepta ca orice risc AAG semnificativ să fie identificat și alocat Partenerului Public în cadrul contractului de PPP. Transferul oricăror riscuri AAG către Societatea de Proiect este posibil să aibă două consecințe din cauza lipsei de control al Societății de Proiect asupra apariției sau gestionării unor astfel de evenimente: (i) cel puțin, să atragă o primă de preț ridicată (care ar putea face ca proiectul de PPP să devină nesuportabil) sau; (ii) pur și simplu să facă proiectul de PPP neatractiv pentru sectorul privat (cu riscul de a nu exista ofertanți) și nefinanțabil („*non-bankable*”). Prin urmare, scopul unei clauze AAG (și al inserării unei astfel de clauze în *Clauzele Standard*) este de a-i aloca Partenerului Public anumite tipuri de riscuri politice convenite, de a aborda consecințele apariției unor astfel de riscuri (inclusiv posibila încetare) și de a-i oferi Societății de Proiect o exonerare și o compensație corespunzătoare.

## 21. Încetarea contractului de PPP

### 21.1 Cazuri de încetare

*A se vedea: Articolul 42 (Caz de Neexecutare de către Societatea de Proiect), Articolul 43 (Caz de Neexecutare de către Partenerul Public) și Articolul 44 (Alte cazuri de încetare) din Clauzele Standard.*

Atunci când Partenerii Publici și Societățile de Proiect încheie contracte de PPP, obiectivul este ca aceste contracte să își urmeze cursul și ca drepturile și obligațiile să rămână valabile pe toată durata contractului, adesea timp de mai multe decenii. Totuși, precum în cazul oricărui contract – și în special al unui contract pe termen lung de această natură – pot exista cazuri excepționale în care una sau ambele Părți pot dori sau pot fi nevoite să înceteze contractul de PPP înainte de termen. În mod obișnuit, aceasta ar fi consecința unor evenimente care au un impact foarte grav asupra proiectului sau asupra Părților și care nu sunt remediate sau rezolvate în alt mod pentru a permite continuarea proiectului, cum ar fi: (a) neîndeplinirea de către Partenerul Public a unor obligații semnificative, o modificare a legislației sau un eveniment AAG, (b) neîndeplinirea de către Societatea de Proiect a unor obligații semnificative și; (c) cazuri de Forță Majoră prelungită sau indisponibilitatea unor asigurări esențiale proiectului. În conformitate cu O.U.G. nr. 39/2018, Partenerul Public deține, de asemenea, un drept de încetare unilaterală pentru motive care țin de interesul public sau pentru alte motive.

În absența unor clauze contractuale adecvate privind încetarea contractului, este posibil ca Partenerul Public să nu poată înceta contractul de PPP sau să fie expus unor cereri de compensare disproportionat. Este posibil chiar să nu poată atrage nivelul dorit de concurență între participanții la procedura de atribuire a proiectului de PPP, deoarece părțile din sectorul privat se pot afla în imposibilitatea de a încheia un contract de PPP fără clauze exprese privind încetarea. Aceasta se datorează faptului că practica din piață a arătat că, în sectorul privat, investitorii profesioniști și prudenți nu sunt dispuși să se angajeze în proiecte de PPP, iar Finanțatorii Principali nu sunt pregătiți să acorde împrumuturi, fără o asigurare rezonabilă că drepturile Societății de Proiect în temeiul contractului de PPP – și investiția lor (atât capitaluri proprii, cât și datorii) – beneficiază de o protecție rezonabilă împotriva oricărei încetări neașteptate sau anticipate a contractului de PPP și că vor fi compensați în mod echitabil în cazul unei încetări anticipate. Este în interesul ambelor Părți ca încetarea să aibă loc numai în circumstanțe definite în mod expres – și excepționale – și să se aplice, totodată, clauze extensive privind consecințele încetării, inclusiv un mecanism clar de compensare.

Evenimentele tipice de încetare anticipată abordate în mod expres în contractele de PPP (și în *Clauzele Standard*) pot fi rezumate după cum urmează:

### 21.1.1 Încetarea ca urmare a neexecutării de către Partenerul Public:

Societatea de Proiect va solicita, de obicei, dreptul expres de a rezilia contractul de PPP (și de a fi compensată) în cazul unor încălcări ale Partenerului Public care au un efect negativ semnificativ asupra proiectului sau asupra Societății de Proiect (cum ar fi neplata, în cazul în care Societatea de Proiect nu a încălcat contractul). Acțiunile sau inacțiunile specifice ale Partenerului Public (cum ar fi nerespectarea obligației de a construi o infrastructură de conectare esențială) sau apariția anumitor evenimente pentru care Partenerul Public este responsabil în temeiul contractului de PPP (cum ar fi o modificare a legislației (*a se vedea: Secțiunea 17 (Modificare Legislativă) din prezentul Ghid Contractual*) sau alte evenimente menționate în *Secțiunea 20 (Acțiune Adversă a Guvernului) din prezentul Ghid Contractual*), care, în fiecare caz, au un efect negativ semnificativ asupra proiectului sau asupra Societății de Proiect pot fi uneori abordate în cadrul unor clauze specifice separate care dau naștere, totodată, unor drepturi de încetare similare ale Societății de Proiect.

### 21.1.2 Încetarea voluntară

*A se vedea: Articolul 44.2 din Clauzele Standard.*

Partenerul Public va încerca în mod uzual să înceteze contractul de PPP, la discreția sa, din motive de oportunitate sau care țin de interesul public. Acest drept de încetare poate avea diverse denumiri, inclusiv încetare/denunțare unilaterală, încetare/denunțare voluntară sau încetare/denunțare pentru oportunitate ori pentru motive ce țin de interesul public. Societatea de Proiect nu are un drept reciproc.

O.U.G. nr. 39/2018 îi permite în mod expres Partenerului Public să înceteze unilateral contractul de PPP din motive care țin de interesul public, cu condiția îndeplinirii următoarelor condiții cumulative:

- Acest drept, inclusiv categoriile de motive excepționale legate de interesul public pe care Partenerul Public le poate invoca, a fost prevăzut în documentația de atribuire, precum și în contractul de PPP, într-un mod clar, precis și neechivoc; motivele menționate anterior pot fi legate, de exemplu, de sănătatea publică, de protecția mediului, de standardele de siguranță și de calitate, de suportabilitatea Tarifelor de Utilizare, de necesitatea de a asigura accesul nelimitat la un anumit serviciu public etc.; și
- Notificarea prealabilă a Partenerului Privat, a Societății de Proiect și a Finanțatorilor Principali.

În cazul în care încetarea contractului de PPP de către Partenerul Public, din motive care țin de interesul public, este în detrimentul Partenerului Privat sau al Societății de Proiect, atunci acesta/aceasta din urmă are dreptul la o compensație. Mecanismul de calcul al compensației este prevăzut în contractul de PPP (*a se vedea: Articolul 46 din Clauzele Standard*).

### 21.1.3 Încetarea ca urmare a neexecutării de către Societatea de Proiect

Partenerul Public va dori să se protejeze pentru a nu fi legat de un contract pe termen lung care nu este executat la standardul contractual convenit de către Societatea de Proiect. Partenerul Privat, Societatea de Proiect și Finanțatorii Principali vor accepta încetarea pentru neexecutare de către Societatea de Proiect (sub rezerva drepturilor de intervenție ale Partenerului Public și ale Finanțatorilor Principali discutate mai sus) cu privire la o listă de încălcări grave. Toate părțile vor dori să evite încetarea contractului în cazul unor încălcări minore („tehnice” sau „hair-trigger”) și al unor încălcări care pot fi remediate cu preaviz și în timp util. Lista obișnuită a încălcărilor grave (și cea inclusă în *Clauzele Standard*) ar include: orice neexecutare care are un efect semnificativ și negativ asupra Serviciilor care urmează să fie prestate în cadrul contractului de PPP, acumularea de încălcări numeroase neremediate în timp, abandonarea proiectului, acumularea de penalități pentru neexecutare peste un anumit prag valoric și/sau la timp, nefinalizarea Lucrărilor într-o perioadă convenită după data programată de finalizare („Data Limită”), falimentul și încălcările în materie de anticorupție și de sănătate & siguranță. Fiecare sector economic și proiect va avea, de asemenea, propriile exemple de încălcări specifice proiectului respectiv.



### 21.1.4 Alte cazuri de încetare

Atât Societatea de Proiect cât și Partenerul Public vor dori să se protejeze împotriva unei legături contractuale pe termen lung care nu poate fi executată în totalitate ca urmare a unei împrejurări care nu este consecința culpei niciuneia dintre Părți și dacă nu s-a convenit asupra unei soluții pentru continuarea contractului de PPP (de exemplu, din cauza unei situații de Modificare Legislativă Calificată (*a se vedea: Articolul 36.3 din Clauzele Standard*), a unei situații de Forță Majoră prelungită (*a se vedea: Articolul 38.3 din Clauzele Standard*), a unei situații de AAG prelungite (*a se vedea: Articolul 39.8 din Clauzele Standard*) sau a indisponibilității unei asigurări esențiale).

## 21.2 Efectele încetării

*A se vedea: Articolul 45 (Efectele încetării) din Clauzele Standard.*

În urma încetării contractului de PPP:

- Drepturile stabilite de Partenerul Public în favoarea Partenerului Privat sau a Societății de Proiect încetează automat (*a se vedea: Articolul 45.1.1 din Clauzele Standard*);
- Partenerul Public poate prelua acțiunile/părțile sociale ale Partenerului Privat în Societatea de Proiect, în conformitate cu clauzele contractului de PPP (*a se vedea: Articolul 45.2 din Clauzele Standard*); Partenerul Public poate prelua acțiunile/părțile sociale fie cu titlu gratuit (în cazul în care contractul de PPP a expirat), fie în schimbul unui preț stabilit în conformitate cu documentația de atribuire și cu clauzele contractului de PPP (în cazul în care contractul de PPP a încetat înainte de expirarea sa) (*a se vedea: Articolul 46 din Clauzele Standard*);
- Bunurile realizate sau dobândite de Societatea de Proiect și care constituie obiectul contractului de PPP, precum și bunurile necesare derulării serviciului public sunt transferate Partenerului Public (în acest scop, bunurile trebuie să fie libere de sarcini, funcționale și exploatabile, conform standardelor aplicabile serviciului public și/sau bunurilor similare, conform contractului de PPP) (*a se vedea: Articolul 45.1 din Clauzele Standard*); Bunurile sunt transferate Partenerului Public fie cu titlu gratuit (în cazul în care contractul de PPP a expirat), fie în schimbul unei compensații calculate conform unui mecanism stabilit în contractul de PPP (în cazul în care contractul de PPP încetează înainte de expirarea sa) (*a se vedea: Articolul 46 din Clauzele Standard*);
- Regimul oricăror alte categorii de bunuri în caz de încetare poate fi stabilit în contractul de PPP (de exemplu, *Clauzele Standard* stabilesc dreptul Partenerului Public de a solicita novația în favoarea sa a Contractului de Operare și dreptul de a cumpăra de la Societatea de Proiect (sau de la oricare dintre Afiliații acesteia din urmă) toate sau o parte din Bunuri, stocurile de materiale, piesele de schimb și alte bunuri mobile deținute de Societatea de Proiect (sau de oricare dintre Afiliații acesteia) și care sunt în mod rezonabil necesare Proiectului (*a se vedea: Articolul 45.1.5 din Clauzele Standard*).

Totodată, în conformitate cu *Clauzele Standard* (*a se vedea: Articolul 45.1.3 din Clauzele Standard*), în cazul în care contractul de PPP încetează înainte de emiterea Certificatului de Finalizare a Lucrărilor, atunci:

- Societatea de Proiect trebuie să îi transfere Partenerului Public orice Lucrări deja realizate, dar care nu fac încă parte din Facilitățile Proiectului; și
- Partenerul Public are dreptul de a solicita: (1) novația în favoarea sa a *Contractului de Proiectare și Construcție* și; (2) ca Echipamentele de Construcție, Echipamente și materialele necesare pentru finalizarea Lucrărilor să rămână la dispoziția sa pentru o perioadă limitată de timp.

## 21.3 Compensații la încetarea contractului

*A se vedea: Articolul 46 (Compensații în caz de încetare) din Clauzele Standard.*

### 21.3.1 Aspecte esențiale

Compensațiile la încetarea contractului reprezintă un element esențial al alocării riscurilor în contractul de PPP și sunt esențiale pentru a determina dacă proiectul de PPP va putea fi finanțat de către Finanțatorii Principali (sau „bancabil”). Acestea acoperă cazurile în care contractul de PPP poate fi încetat înainte de termenul său normal, fie: (i) de către Partenerul Public în cazul nerespectării de către Societatea de Proiect a obligațiilor sale sau pentru motive legate de interesul public, (ii) de către Societatea de Proiect în cazul nerespectării de către Partenerul Public a obligațiilor sale, sau: (iii) de către oricare dintre Părți în cazul unui Caz de Forță Majoră prelungită, al unei AAG sau al unei Modificări Legislative (vă rugăm să consultați orientările relevante în acest sens de mai sus), precum și suma care va fi plătită de către Partenerul Public Societății de Proiect.

### 21.3.2 Principii de calcul al plăților la încetarea contractului

Suma care trebuie plătită Societății de Proiect la încetarea anticipată a contractului de PPP va depinde de motivele pentru care contractul de PPP încetează. Prevederile din prezenta Secțiune se bazează pe următoarele principii:

#### *21.3.2.1 Încetarea în ipoteza unui Caz de Neexecutare de către Partenerul Public, unei AAG, unei Modificări Legislative sau unei încetări voluntare de către Partenerul Public*

În cazul în care contractul de PPP este încetat ca urmare a neexecutării de către Partenerul Public, a prelungirii unei AAG, a unei Modificări Legislative sau a încetării unilaterale de către Partenerul Public din motive legate de interesul public, Societatea de Proiect ar trebui să obțină rambursarea sumelor utilizate pentru finanțarea proiectului de PPP (capitaluri proprii și datorii), precum și a randamentelor preconizate pentru un număr determinat de ani care urmează să fie negociat între Părți și care nu depășește durata contractului de PPP.

Pentru a fi lăsată în aceeași situație ca și cum contractul de PPP nu ar fi fost încetat, Societatea de Proiect se va aștepta, de asemenea, să fie compensată pentru orice plăți compensatorii datorate personalului concediat, precum și pentru costurile plătibile ca urmare a încetării anticipate a contractelor cu subcontractanții săi.

#### *21.3.2.2 Compensații pentru acoperirea datoriei principale nerambursate*

Calculul plăților care trebuie efectuate către Societatea de Proiect pentru rambursarea sumelor datorate Finanțatorilor Principali include, în general: (i) principalul restant conform Documentelor de Finanțare Principală, precum și: (ii) orice dobânzi, penalități și comisioane, și: (iii) costurile cu încetarea relației contractuale care decurg din acordurile de *hedging* aplicabile.

Anumite sume ar trebui deduse din sumele plătite Finanțatorilor Principali, cum ar fi: (i) orice sume creditate în contul bancar al Societății de proiect (care sunt garantate în beneficiul Finanțatorii Principali), (ii) orice profituri rezultate din încetarea acordurilor de *hedging*, (iii) orice venituri primite din asigurări și: (iv) în general, orice alte sume recuperate de Finanțatorii Principali anterior datei la care se plătește compensația la încetare.

În consecință, este recomandabil ca Partenerul Public să studieze termenii Documentelor de Finanțare Principală, pentru a înțelege pe deplin sumele care pot deveni plătibile în cazul încetării anticipate a contractului.

#### *21.3.2.3 Rambursarea sumelor datorate investitorilor în capitalul Societății de Proiect*

Partenerul Public ar trebui să ia în considerare diferite opțiuni pentru calculul valorii compensației care trebuie plătită în plus față de datoria principală nerambursată, pentru a compensa investitorii în capitalul Societății de Proiect.

Următoarea listă descrie o parte a acestor opțiuni:



### **Abordarea bazată pe Modelul Financiar Inițial [Opțiunea 1a]**

Conform acestei abordări, compensația pe care Partenerul Public trebuie să o plătească pentru a compensa investitorii în capitalul Societății de Proiect este determinată în funcție de randamentele preconizate în Modelul Financiar Inițial. În consecință, Partenerul Public va trebui să plătească suma care, împreună cu toate sumele deja plătite investitorilor în capitalul Societății de Proiect anterior datei la care contractul de PPP încetează, va asigura că investitorii în capitalul Societății de Proiect recuperează rata internă de rentabilitate prevăzută în Modelul Financiar Inițial.

Principalul avantaj al acestei abordări constă în ușurința punerii sale în aplicare și în faptul că lasă mai puțin loc de dispute decât celelalte abordări.

Cu toate acestea, un dezavantaj semnificativ este faptul că această opțiune presupune că Societatea de Proiect a funcționat conform planificării din Modelului Financiar Inițial. Cu alte cuvinte, abordarea nu ia în considerare performanța reală a Societății de Proiect în cadrul contractului de PPP. Prin urmare, suma plătită de Partenerul Public în cadrul acestei abordări va fi redusă în cazul în care Societatea de Proiect a avut performanțe mai bune decât cele preconizate, ceea ce ar putea motiva Partenerul Public să înceteze un contract de PPP în cadrul căruia Societatea de Proiect are performanțe bune. În mod similar, dacă Societatea de Proiect a avut performanțe mai slabe decât cele preconizate, va exista un stimulent puternic pentru a se asigura că proiectul de PPP este încetat, deoarece compensația de încetare va fi mai „profitabilă” decât executarea efectivă a contractului de PPP.

### **Abordarea bazată pe valoarea de piață [Opțiunea 1b]:**

Conform acestei abordări, compensația pe care Partenerul Public trebuie să o plătească pentru a compensa investitorii în capitalul Societății de Proiect este determinată prin evaluarea prețului pe care investitorii terți ar fi dispuși să îl plătească pentru: (i) acțiunile/părțile sociale Societății de Proiect și: (ii) creanțele care decurg din datoria subordonată, sub rezerva anumitor prezumții (inclusiv aceea că evenimentul care a dat naștere la încetarea anticipată nu a avut loc).

Comparativ cu abordarea bazată pe Modelul Financiar Inițial, această opțiune permite luarea în considerare integrală a performanței reale a Societății de Proiect în cadrul contractului de PPP, asigurând că nu este plătită de către Partenerul Public o compensație supraestimată sau subestimată.

Cu toate acestea, deși este cea mai echitabilă abordare în teorie, implementarea practică a acestei metode este complexă și este foarte probabil să conducă la dispute îndelungate privind evaluarea, deoarece este posibil să nu existe o „piață”.

### **Abordarea bazată pe Modelul Financiar Inițial ajustat [Opțiunea 1c]:**

Conform acestei abordări, compensația plătită de către Partenerul Public pentru a compensa investitorii în capitalul Societății de Proiect este determinată prin trimitere la distribuiri pe care aceștia s-ar fi așteptat să le recupereze pe baza Modelului Financiar Inițial, dar numai de la data încetării. În consecință, suma plătită în conformitate cu această metodă va fi suma totală a distribuțiilor anticipate în Modelului Financiar Inițial a fi efectuate după data de încetare, actualizată folosind Rata Internă de Rentabilitate a capitalului stabilită în Modelului Financiar Inițial.

Această abordare permite luarea în considerare a performanțelor Societății de Proiect în cadrul contractului de PPP până la data încetării. De asemenea, oferă o mai mare certitudine în ceea ce privește determinarea sumei care trebuie plătită pentru a compensa investitorii în capitalul Societății de Proiect, deoarece nu implică utilizarea unui mecanism de evaluare a pieței.

Cu toate acestea, abordarea nu ia în considerare performanța Societății de Proiect ulterior datei încetării. În consecință, există un risc rezidual de evaluare eronată a compensației, în special dacă contractul de PPP încetează într-un stadiu incipient.

Un aspect esențial care trebuie luat în considerare în cazul alegerii acestei abordări este acela că există riscul dublei contabilizări în cazul în care Societatea de Proiect a contractat o datorie suplimentară anterior datei încetării. În consecință, valoarea plății trebuie ajustată pentru a lua în considerare efectul oricărei refinanțări care are loc anterior datei încetării, pentru a evita dubla contabilizare. În orice caz, alegerea între aceste trei opțiuni ar trebui analizată cu atenție de Partenerul Public pentru a lua în considerare particularitățile bunului, ale pieței și ale jurisdicției. În redactarea *Clauzelor Standard* a fost utilizată abordarea bazată pe Modelul Financiar Inițial ajustat.

#### 21.3.2.4 Rambursarea costurilor cu terții

Societatea de Proiect va suporta probabil anumite costuri ca urmare a încetării anticipate a contractului de PPP, inclusiv plățile compensatorii achitate propriilor angajați și subcontractanților săi, precum și alte costuri plătibile subcontractanților săi în conformitate cu termenii subcontractelor relevante. Dacă încetarea este cauzată de Partenerul Public, Societatea de Proiect ar trebui să fie compensată pentru toate costurile suportate în acest sens. Partenerul Public ar trebui totuși să se asigure că răspunderea sa în legătură cu costurile suportate cu terții este limitată, prin:

- efectuarea de verificări prealabile cu privire la subcontractele principale;
- limitarea categoriilor de costuri pentru care va oferi compensații;
- limitarea duratei pentru care va compensa orice pierdere de profit pentru subcontractanți; și
- impunerea obligației Societății de Proiect să reducă aceste costuri (și să se asigure că subcontractanții săi își vor reduce propriile costuri).

Principiul și aplicarea acestor clauze trebuie analizate cu atenție în funcție de jurisdicția locală, în special în ceea ce privește sumele care pot deveni datorate de Partenerul Public în legătură cu plățile compensatorii de achitat propriilor angajați și subcontractanților săi.

#### 21.3.2.5 Încetarea ca urmare a unui Caz de Neexecutare de către Societatea de Proiect

În cazul în care contractul de PPP încetează ca urmare a unei neexecutări a Societății de Proiect, Finanțatorii Principali ar trebui să fie totuși compensați, cel puțin într-o anumită măsură. Aceasta se datorează faptului că: (i) în caz contrar, Partenerul Public ar putea profita de pe urma neexecutării Societății de Proiect (de exemplu, prin păstrarea bunului fără a plăti nicio compensație) și ar fi astfel motivat să înceteze contractul de PPP și: (ii) Finanțatorii Principali nu vor fi de acord să finanțeze un proiect de PPP în care nicio compensație nu le este plătabilă în cazul în care Societății de Proiect (cu alte cuvinte, proiectul de PPP nu ar fi „bancabil”).

În general, sunt luate în considerare trei opțiuni pentru calculul compensației în acest caz:

- *Compensarea bazată pe datorie (cea mai comună abordare pe piețele emergente):* prin care Societatea de Proiect (sau, în realitate, Finanțatorii Principali) este compensată pe baza sumelor plătibile în temeiul Documentelor de Finanțare Principală. Un dezavantaj major este că, potrivit acestei metode, Finanțatorii Principali au un interes limitat în a se asigura că proiectul de PPP este performant și s-ar putea implica mai puțin în monitorizarea și restructurarea proiectului de PPP. Prin urmare, nivelul compensației ar trebui să reprezinte un procent din datoria totală (iar nu întreaga sumă). Acest lucru este denumit în mod obișnuit „haircut”.
- *Valoarea de piață:* Dacă bunul este suficient de lichid și se poate aștepta în mod rezonabil ca Proiectul să fie reatribuit, cea mai corectă abordare este de a calcula compensația plătabilă Societății de Proiect prin raportare la valoarea de piață a infrastructurii, determinată în urma unei proceduri de atribuire. Aceasta asigură, în teorie, că Partenerul Public nu îi va plăti Societății de Proiect mai mult decât valoarea infrastructurii construite de Societatea de Proiect. Prin urmare, acest calcul protejează interesele Partenerului Public, asigurându-se în același timp că acesta nu beneficiază în mod injust de

pe urma neexecutării Societății de Proiect. Totuși, trebuie remarcat faptul că, în anumite jurisdicții sau în legătură cu anumite bunuri, Finanțatorii Principali pot fi reticenți în a se baza pe metoda de evaluare bazată pe piață, de teama unei subevaluări. Acesta este cazul în special pe piețele emergente, cum ar fi România. Partenerii Publici ar trebui aprecieze dacă pot fi avute în vedere compensații la încetare bazate pe piață, în funcție de fiecare proiect în parte.

- *Valoarea Contabilă:* Deși mai simplu, calculul compensației pe baza valorii contabile nu este recomandat, deoarece rezultatul poate să nu reflecte cu exactitate realitatea sumelor datorate.

Alegerea între opțiunile menționate mai sus constituie o problemă de politică importantă de luat în considerare de către UMIP. *Clauzele Standard* utilizează abordarea compensațiilor bazate pe datorie, pe care o considerăm cea mai potrivită pentru o piață emergentă precum România. Trebuie reținut că această opțiune influențează tratamentul statistic al contractului de PPP și trebuie evaluată în combinație cu orice alte prevederi privind finanțarea guvernamentală (*a se vedea: Tema 12.1.5 din Ghidul Statistic*).

### 21.3.2.6 Încetarea ca urmare a prelungirii Forței Majore

După cum s-a discutat mai sus, fiecare Parte ar trebui să poată să înceteze contractul de PPP ca urmare a prelungirii Forței Majore. În general, se consideră că riscul apariției unui caz de Forță Majoră nu ar trebui să fie alocat unei singure Părți și că, în consecință, toate pierderile financiare ar trebui să fie împărțite. Deși această regulă poate fi ajustată de la caz la caz, clauza propusă se bazează pe principiul conform căruia Societății de Proiect îi sunt plătite: (i) valoarea datoriei principale și: (ii) o parte sau întreaga valoare a capitalului investit, dar că aceasta nu ar trebui să fie compensată pentru pierderea veniturilor viitoare.

### 21.3.2.7 Modalitatea de plată

Modalitatea de plată a compensației la încetare a contractului ar trebui, de asemenea, să fie luată în considerare de către Partenerul Public. Partenerul Public ar urma să plătească orice compensație datorată la încetarea contractului de PPP sub forma unei sume globale, deoarece, în general, nu este o bună practică ca Partenerul Public să plătească compensația în mai multe tranșe (întrucât, în acest caz, Partenerul Public ar plăti dobânzi la suma datorată). Opțiunea de a plăti compensația în mai multe tranșe nu este inclusă în *Clauzele Standard*.

## 22. Cesiune, schimbarea controlului și subcontractare

### 22.1 Cesiune și subcontractare

*A se vedea: Articolele 47.3 și 47.5 din Clauzele Standard.*

Cu excepția situațiilor prevăzute în mod expres în O.U.G. nr. 39/2018: (a) Partenerul Public și Societatea de Proiect nu pot cesiona sau greva cu sarcini drepturile și obligațiile lor care decurg din contractul de PPP și: (b) Partenerului Privat îi este interzis să înstrăineze sau să greveze cu sarcini acțiunile/părțile sociale deținute în Societatea de Proiect fără acordul expres și prealabil al Partenerului Public și al finanțatorilor.

În plus, cu excepția situațiilor prevăzute în mod expres în O.U.G. nr. 39/2018, Partenerului Privat și Societății de Proiect le este interzis: (a) să subconcesioneze bunurile, serviciile sau lucrările care le-au fost concesionate de către Partenerul Public și: (b) să încredințeze realizarea obiectului contractului de PPP unei alte persoane.

Clauzele contractului de PPP trebuie să cuprindă procedura de aprobare de către Partenerul Public a contractelor încheiate de Partenerul Privat și de Societatea de Proiect cu afiliații Partenerului Privat, precum și procedura și limitele aplicabile subcontractării.

## 22.2 Schimbare de Control

*A se vedea: Articolul 47.4 (Schimbare de Proprietate și Schimbare de Control) din Clauzele Standard.*

Clauzele privind Schimbarea de Control sunt menite să restricționeze schimbarea acționarilor/investitorilor inițiali dintr-un proiect de PPP. În consecință, poate fi necesar ca redactarea lor să fie adaptată la fiecare structură corporativă specifică pe care Partenerul Privat o creează pentru un proiect de PPP.

Partenerul Public nu ar trebui să se abțină de la extinderea domeniului de aplicare a restricțiilor privind Schimbarea Controlului dacă aceasta este oportună având în vedere, printre altele, natura unui anumit proiect de PPP. De exemplu, Partenerul Public poate lua în considerare interzicerea transferului de control asupra PPP-urilor sensibile (de exemplu, proiecte de școli și spitale) către societăți care activează în sectoare care ar putea fi considerate controversate (de exemplu, industriile tutunului și alcoolului). În plus, Partenerul Public trebuie să se aștepte ca Finanțatorii Principali (în special organizațiile multilaterale) să formuleze propuneri de restricții suplimentare privind Schimbarea Control și ca Finanțatorii Principali să insiste ca aceste restricții să fie incluse în contractul de PPP.

## 23. Informații și confidențialitate

*A se vedea: Articolul 51 (Informații și confidențialitate) din Clauzele Standard*

În mod tradițional, clauza de confidențialitate este o clauză prin care Părțile se angajează să nu divulge informații legate de contractul de PPP sau de proiectul de PPP sau, cel puțin, anumite informații sensibile din punct de vedere comercial conținute în acestea. Abordarea modernă a unor guverne, organizații neguvernamentale și organizații internaționale se îndreaptă acum către o transparență sporită față de public.

Scopul unei clauze de confidențialitate „transparente” este de a se asigura că informațiile privind proiectul de PPP și contractul de PPP vor fi împărtășite de către Societatea de Proiect, în cea mai mare măsură posibilă, cu Partenerul Public și, în mod corespunzător, cu publicul. Obiectivele pot fi multiple: (a) reducerea nivelului de corupție; (b) asigurarea publicului în legătură cu standardele serviciilor și cu costurile; (c) încurajarea concurenței; (d) facilitarea monitorizării contractului de PPP de către Partenerul Public; (e) accesul la informații importante de natură comercială etc.

România dispune de legi sau reglementări care le impun Partenerilor Publici obligații de divulgare și/sau care asigură accesul deplin al cetățenilor la informațiile privind achizițiile publice<sup>11</sup>. Prezenta clauză de confidențialitate a fost redactată în urma unei analize a acestor prevederi, iar Partenerul Public trebuie să decidă dacă obligațiile de divulgare trebuie să depășească obligațiile prevăzute de Legea aplicabilă.

Contractele de PPP includ, de obicei, o anexă care enumeră: (i) informațiile care vor fi tratate ca Informații Sensibile din punct de vedere Comercial, precum și: (ii) perioada în care se va aplica acest tratament. Contractul de PPP poate include clauze de confidențialitate pentru fiecare categorie de Informații Sensibile din punct de vedere Comercial, sau o clauză generală de confidențialitate, sau o combinație între clauze specifice și o clauză generală. Cea din urmă abordare este cea recomandabilă, având în vedere că le permite Părților să personalizeze condițiile confidențialității fără a fi nevoite să stabilească o listă exhaustivă.

De principiu, este util să se distingă între clauzele negociate și cele nenegociate:

- Informațiile Sensibile din punct de vedere Comercial nu ar trebui să includă clauze și anexe declarate ca fiind nenegociabile de către Partenerul Public în timpul procedurii de atribuire a contractului de PPP, având în vedere că informațiile conținute în acestea sunt deja cunoscute publicului (sau, cel puțin, celorlalți ofertanți) și vor fi fost reiterate fără modificări în contractul de PPP semnat.

<sup>11</sup> A se vedea: *Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public*, precum și diversele dispoziții privind publicitatea cuprinse în legislația achizițiilor publice.

- În schimb, clauzele (și anexele) negociate pot reitiera informații conținute în oferta Partenerului Privat sau informații negociate și cu privire la care Partenerul Public a luat o decizie, ceea ce poate justifica calificarea lor drept confidențiale (desigur, sub rezerva obligațiilor legale, cum ar fi obligația Partenerului Public de a publica anunțurile de atribuire la sfârșitul procedurilor de atribuire finalizate). Aceasta nu înseamnă că clauzele (și anexele) negociate ar trebui considerate în mod automat ca fiind Informații Sensibile din punct de vedere Comercial, fie în totalitate, fie în parte. Domeniul de aplicare efectiv al Informațiilor Sensibile din punct de vedere Comercial va varia de la un proiect la altul dar, în orice caz, ar trebui să se limiteze la datele cu caracter personal, la secretele tehnice sau comerciale și la datele care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, a căror divulgare ar putea aduce atingere intereselor legitime ale proprietarului lor de drept. Partenerul Privat trebuie să identifice Informațiile Sensibile din punct de vedere Comercial în toate documentele legate de atribuire care provin de la acesta și să furnizeze dovezi adecvate că datele în cauză se califică drept Informații Sensibile din punct de vedere Comercial.

## 24. Procedura de Soluționare a Disputelor

*A se vedea: Articolul 53 (Procedura de Soluționare a Disputelor) din Clauzele Standard.*

### 24.1 Elementele clauzei privind Soluționarea Disputelor

Contractele de PPP sunt documente lungi și complexe, menite să fie derulate pe parcursul multor ani, în cursul cărora circumstanțele (și persoanele responsabile din partea Partenerului Public și a Societății de Proiect) se pot schimba. Vor exista în mod inevitabil dispute (unele minore, altele majore, iar unele pur „tehnice” sau financiare), iar o clauză de soluționare a disputelor bine redactată ar trebui să includă o modalitate de încurajare a soluționării amiabile, o soluție rapidă și eficientă din punct de vedere al costurilor pentru problemele tehnice și, numai în cazul în care aceasta eșuează, recurgerea la arbitraj.

Într-un contract de PPP, clauza de soluționare a disputelor stabilește de obicei: (1) legea care guvernează contractul de PPP (dacă nu este specificată într-o altă clauză); (2) obligația încercării de a ajunge la o soluționare rapidă și amiabilă; (3) un mecanism specific de soluționare a disputelor tehnice care pot fi soluționate de un expert independent; (4) recurgerea la arbitrajul internațional și normele precise care reglementează această procedură; (5) obligația de a continua executarea contractului de PPP pe durata disputei; (6) renunțarea la imunități; și (7) o clauză de conexare în cazul mai multor contracte conexe. Clauza trebuie să precizeze, pentru fiecare etapă, dacă hotărârea este definitivă și obligatorie și cum ar trebui alocate costurile suportate cu arbitrii sau cu experții.

### 24.2 Scopul clauzelor privind Soluționarea Disputelor

Scopul unei clauze de soluționare a disputelor este soluționarea disputelor: (1) într-un mod eficient din punct de vedere al costurilor; (2) într-un mod eficient din punct de vedere al timpului; (3) în urma unui proces clar în care regulile de procedură au fost convenite ANTERIOR disputei și într-un mod cât mai puțin dăunător posibil pentru relația dintre Părți; și (4) în conformitate cu o procedură în care Societatea de Proiect este sigură că procesul va fi corect și că o eventuală hotărâre favorabilă va putea fi pusă în executare. Această ultimă prevedere este crucială pentru investitori și pentru finanțabilitatea contractelor de PPP deoarece, adesea, există temerea că instanțele locale nu ar fi în măsură să pronunțe o hotărâre imparțială.

### 24.3 Reguli ale instituțiilor de arbitraj (internaționale) cu reputație

Este recomandabil ca, în locul redactării unei clauze excesiv de lungi privind soluționarea disputelor, contractul de PPP să fie supus regulilor unei instituții de arbitraj internațional independente (cum ar fi Camera de Comerț Internațională („CCIR”) menționată în *Clauzele Standard – a se vedea: Articolul 53.4 din Clauzele Standard*).

### 24.3.1 Mediere, comitete de soluționare a disputelor și comisii de soluționare a disputelor

Relevanța și eficiența medierii și a comisiilor de soluționare a disputelor sunt foarte dezbătute, cu susținători fervenți și adversari puternici. Există mai multe moduri de a desemna o comisie de soluționare a disputelor sau un comitet de soluționare a disputelor. Acestea pot fi compuse din mediatori independenți sau se pot încadra într-o procedură de recurs în fața persoanelor cu funcții executive superioare ale ambelor Părți. Problema esențială este adesea dacă hotărârea comisiei sau a comitetului de soluționare a disputelor va fi definitivă și obligatorie sau dacă va fi doar consultativă. Dacă hotărârea comisiei sau a comitetului de soluționare a disputelor nu este definitivă și obligatorie, procesul riscă să fie considerat o încetinire a soluționării disputelor într-un contract de PPP care poate fi de mare importanță pentru economia României. **Nu am inclus această opțiune în clauza noastră model.**

### 24.3.2 Experți Independenți pentru dispute tehnice

Este recomandabil, în scopul eficientizării timpului și a costurilor, să se prevadă o clauză privind soluționarea „disputelor tehnice”. Întrucât cel mai important element al unor astfel de clauze este definirea a ceea ce constituie o dispută tehnică și pentru a se evita discuțiile lungi pe acest subiect în etapa precontencioasă, este utilă enumerarea fiecărei clauze din contractul de PPP în temeiul căreia o dispută este considerată avea natură tehnică. Procesul este, prin urmare, simplu. Desigur, Părțile pot conveni să supună procesului de soluționare a disputelor tehnice o chestiune care nu se află pe listă, iar contractul de PPP ar trebui să le permită aceasta. Pentru ca acest proces de „soluționare a disputelor tehnice” să fie eficient, se recomandă ca hotărârea expertului tehnic să fie definitivă și obligatorie din punct de vedere contractual, cu excepția cazurilor de eroare vădită sau de fraudă. Totuși, această abordare trebuie analizată și confirmată cu atenție, deoarece anumite jurisdicții și convenții internaționale nu permit ca hotărârea unui expert să fie definitivă și obligatorie, chiar dacă acest lucru este convenit în mod expres în contractul de PPP.

### 24.3.3 Recurgerea la arbitrajul internațional și ordinea publică

Recurgerea la arbitrajul internațional este permisă în temeiul O.U.G. nr. 39/2018. România este parte semnatară a Convenției de la New York din 1958 pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine. În plus, în conformitate cu Codul de procedură civilă, orice hotărâre arbitrală străină este recunoscută și poate fi executată în România cu condiția ca: (a) disputa care formează obiectul acesteia să poată fi soluționată prin arbitraj în România și: (b) hotărârea arbitrală să nu conțină prevederi contrare ordinii publice de drept internațional privat român. Instanța sesizată cu o cerere de recunoaștere și executare a unei hotărâri arbitrale străine nu poate reexamina hotărârea respectivă pe fond.

### 24.3.4 Renunțarea la imunități

Pentru multe Societăți de Proiect și mulți Finanțatori Principali, o clauză „curată” de renunțare la imunitatea suverană este o prevedere obișnuită așteptată de comunitatea investitorilor atunci când sunt încheiate contracte comerciale cu entități suverane. Această abordare este reflectată în clauza propusă.

### 24.3.5 Conexarea procedurilor arbitrale

Contractul de PPP va face parte dintr-o „rețea mai largă de contracte” între diverse persoane. Societatea de Proiect poate, de exemplu, să încheie un contract de PPP cu Partenerul Public în ceea ce privește facilitatea de bază, dar toate fluxurile de numerar pot fi guvernate de un acord separat între un cumpărător și Societatea de Proiect. În acest caz, Societatea de Proiect poate solicita ca toate contractele aferente proiectului de PPP să conțină o clauză de conexare similară, prin care toate părțile la contractele conexe sunt de acord să supună disputele aceluiași tribunal arbitral, conform aceluiași reguli.

Pentru o eficiență sporită, se recomandă ca toate contractele să conțină clauze similare de soluționare a disputelor. Totuși, principiul nu se aplică în legătură cu contractele încheiate cu subcontractanții, întrucât disputele care apar în cadrul acestor contracte ar trebui să fie responsabilitatea exclusivă a Societății de Proiect.

## 25. Modificări

Contractul de PPP poate fi modificat în conformitate cu dispozițiile legii care a reglementat procedura sa de atribuire. De asemenea, modificarea trebuie să fie aprobată de autoritatea deliberativă care a aprobat inițial semnarea contractului de PPP. Este permisă utilizarea clauzelor de revizuire a contractului, cu condiția ca aceste clauze să fi fost incluse în documentația de atribuire într-un mod clar, precis și neechivoc.

## 26. Legea aplicabilă și competența

*A se vedea: Articolul 60 (Legea Aplicabilă și Competența) din Clauzele Standard.*

Conform O.U.G. nr. 39/2018, contractele de PPP trebuie să fie guvernate de legea română.