



Nr. înregistrare: 857/29.07.2019.

Către: AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE

Domnului Președinte **BOGDAN PUȘCAȘ**

Referitor la: consilierea metodologică ANAP nr. 8882/18.07.2019 si nr 9216/18.07.2019

Stimate Domnule Președinte,

FPSC a transmis către ANAP solicitări referitoare la actualizarea valorii contractelor aflate în derulare, astfel:

1. Adresa 841/01.07.2019 privind creșterea exagerată a prețurilor de achiziție a materialelor de construcții, exemplificat pentru bitum, la care ANAP a răspuns cu adresa nr **8882/18.07.2019**
2. Adresa 845/09.07.2019 referitoare la actualizarea cheltuielilor indirecte și a profitului, ce a primit răspunsul ANAP cu nr **9216/18.07.2019**

Observăm că răspunsurile ANAP **rămân confuze și nu tratează în mod concret întrebările și situațiile prezentate în adresele noastre.**

Având în vedere că solicitările FPSC vin din necesitatea unor răspunsuri clarificatoare, argumentate, că în funcție de răspunsurile ANAP o firmă de construcții intră în insolvență/ faliment sau nu, o investiție este finalizată sau nu, vă rugăm să reveniți asupra răspunsurilor dvs, încercând să găsiți rezolvări la problemele prezentate, demonstrând punctual că afirmațiile noastre nu sunt corecte, nu numai că *"ne menținem opinia exprimată anterior"* (v adresa **8882/2019**).

În adresa nr 841/2019 sunt 7 argumente, pe care vă rugăm să le analizați punctual și să formulați răspunsuri în sensul solicitat. Vă rugăm să rețineți că modificări ale valorii cheltuielilor directe au fost efectuate ani de zile, inclusiv sub OUG 34/2006, în sensul recalculării valorii indirectelor, utilizând același procent la noua valoare. Dacă se renunță la unele lucrări, valoarea indirectelor rămâne aceeași? Așteptăm un răspuns la această întrebare, cu mențiunea că această abordarea – care ar trebui să fie, în mod normal, consecventă – ar permite să se execute mai puțin, dar să se încaseze mai mult datorită abordării cheltuielilor indirecte și a profitului ca sumă fixă. Aceasta să fie abordarea ANAP?

Asistăm la **o interpretare diferită a unor reglementări clare și explicite**, care s-au aplicat până la consilierea metodologică discutată astăzi în mod unitar, legal, de către toate entitățile contractante. O interpretarea diferită **conduce la o perturbare majoră a derulării contractelor, a decontării lucrărilor ce vor fi executate și, cu mult mai grav, a lucrărilor deja decontate.** Cât despre impactul asupra executanților, acestora nu le mai rămâne decât calea instanțelor de judecată, iar impactul asupra investițiilor va fi acela de suspendare a executării contractelor.

În adresa nr 845/2019 solicitam ca creșterile prețurilor la materiale să fie recunoscute ca situații imprevizibile, și aduceam două propuneri. Nici de data aceasta adresa ANAP nu pare a fi răspuns la întrebările și propunerile noastre concrete, limitându-se la un răspuns formal, afirmând că art 7 alin (2) din Instrucțiunea 2/2018 nu mai poate fi invocat. **În adresa noastră nr 845/2019 nu a fost invocat în niciun moment acest articol!** În schimb nu avem niciun răspuns legat de recunoaștere unor situații imprevizibile în cazul creșterii exagerate a prețului de achiziție a unui material, motivul pentru care această situație nu poate fi încadrată în art 221 (1) c) din Legea 98/2016, eventual cu trimitere la Directiva UE 24/2014 care ar interzice această abordare.

În finalul adresei dvs concluzionați: ” *În ceea ce privește necesitatea efectuării unei modificări în legătură cu revizuirea/ actualizarea prețului contractului, subliniem faptul că autoritatea contractantă va stabili, înainte de aprobarea și implementarea acestei modificări, dacă modificarea avută în vedere este (...) fie aplicarea directă a clauzelor contractuale (...), fie o modificare în condiții excepționale, fie una nesubstanțială, fie una substanțială, raportându-se prioritar la prevederile actelor normative de nivel superior în materie, respectiv prevederile art 221 din Legea nr 9/2016 și ale art 164 din Anexa la HG nr 395/2016*”.

Atât timp cât **legislația achizițiilor publice nu definește și nu tratează ”condițiile excepționale”** nicio autoritate nu le poate recunoaște, iar introducerea de către ANAP a acestei sintagme într-o consilere metodologică nu poate decât să ridice semne de întrebare asupra sensului răspunsul dvs. **Vă rugăm să definiți ”condițiile excepționale”** la care faceți trimitere. Decizia de a încadra modificarea valorii contractului datorită creșterii prețului la materiale, în categoria **modificărilor nesubstanțiale este imposibilă atât timp cât contractele se încheie la preț fix, iar Art 164 din Norme nu distinge între cele 6 posibile motive de modificare a contractului** în perioada de valabilitate.

Așa cum am sesizat de mai multe ori, prevederile Art 164, în loc să clarifice condițiile și modul în care se face modificarea contractului de achiziție publică, **dă loc la interpretări și limitează aplicabilitatea situațiilor descrise la lit a) – f) din art 221 (1) din Legea 98/2016.**

Asfel, inconsecvența în utilizarea termenilor (”modificare” în Lege, ”ajustare” în Norme) duce practic la **încălcarea drepturilor executanților de a modifica contractul de achiziție, așa cum este permis de Directiva UE 24/2014 privind achizițiile publice.** De ce? Pentru că Art 164 (2) precizează că ”*posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens*”. Despre ce ajustare este vorba, când în Lege nu există nicio prevedere referitoare la ajustare? Este evident că art 164 (2) nu se poate referi decât la lit a) și d) de la art 221 din Lege, dar nu așa reiese din fragmentul citat.

Astfel, concluziile transmise prin adresa 8882/18.07.2019 ar fi foarte utile și aplicabile dacă ”*actele normative de nivel superior în materie*” ar fi clare și ar respecta prevederile Directivei UE, **dacă art 164 ar face distincție între art 221 litera (a) sau (d),** caz în care sunt necesare ”clauze”, ”indici”, cunoașterea modului ”concret de ajustare a prețului”, **și art 221 în totalitatea lui,** care dă posibilitatea tratării unor situații imprevizibile fără a fi precizată această posibilitate în documentația de atribuire/ contract. În afară de cazurile de la lit a) și d), **toate celelalte litere din art 221 ar trebui să se aplice de drept, prin puterea legii,** fără a fi condiționate de clauzele contractuale speciale și/ sau profesionalismul celor care au pregătit documentația de atribuire.

Nu putem să nu menționăm că Directiva UE tratează – nu întâmplător – cazul de la lit f) a articolului 221

(1) din Legea 98 în mod distinct, cu următoarea mențiune: **”în plus, fără a exista nevoia de a verifica dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin (4) literele a) -d)...”**. Această sintagmă, extrem de importantă pentru economia contractului și echilibrul contractual, pentru a acoperi cheltuieli imprevizibile, chiar și indirecte, care ar permite modificări în limita unui procent de 15% pentru lucrări, este omisă din legislația românească. De ce legislația noastră este mai restrictivă decât spiritul legislației europene privind achizițiile publice?

Constatăm că cele 6 situații ce permit modificarea contractului conform **Directivei UE 24/2014, au fost transpuse distorsionat prin art 221 din Legea 98/2016, și au fost limitate prin Art 164 din Normele de aplicare, ceea ce duce practic la încălcarea legislației europene.**

În acest context apreciem că **și contractele încheiate la preț fix beneficiază/ ar trebui să beneficieze de modificarea contractului în situațiile de la lit b), c), e), f) din art 221 (1)**, mai mult, în cel din urmă caz fără nicio obligație suplimentară de verificare a condițiilor de la art 221 (7) din Legea 98.

Vă rugăm să primim răspunsuri concrete la adresele noastre anterioare, ca și la aspectele invocate în finalul prezentei adrese, într-o abordare responsabilă și constructivă, în cel mai scurt timp posibil.

Cu deosebită stimă,

Irina Forgo
Director FPSC

