

30 ianuarie 2023

ÎN ATENȚIA: **Doamnei Iuliana FECLISTOV**
Președinte, Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP)

SPRE ȘTIINȚA: **Domnului Adrian CÂCIU**
Ministrul Finanțelor

REF: **Modalitatea de ajustare a prețurilor contractelor de achiziții publice**

Stimată doamnă Președinte,
Stimate domnule Ministru,

În numele Camerei de Comerț Americane în România (AmCham România), aducem în atenția dumneavoastră îngrijorarea membrilor noștri în ceea ce privește impactul negativ al creșterii galopante a prețurilor asupra angajamentelor operatorilor economici în materie de contracte de achiziții publice/acorduri-cadru aflate în derulare, cumulat cu o serie de factori care au influențat activitatea de producție și furnizare a produselor, serviciilor sau lucrărilor ce fac obiectul acestor angajamente, de la momentul lansării procedurilor de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru și până în prezent. Întrucât această preocupare este resimțită de operatori din multiple sectoare reprezentate la nivelul organizației noastre, vă recomandăm să aveți în vedere o intervenție legislativă care să faciliteze modificarea Acordurilor-cadru/contractelor de achiziții publice în sensul **introducerii unei clauze de indexare a prețului prin raportare la indicele prețurilor de consum comunicat de către Institutul Național de Statistică.**¹

Raportat la contextul fără precedent, cadrul legal și instituțional privind achizițiile publice este unul insuficient adaptat dinamicii actuale. Deși principiile care prevăd posibilitatea de ajustare a prețului contractelor pentru a reflecta modificări ale costurilor există la nivelul legislației primare și secundare în domeniul achizițiilor publice, constatăm că, în practică, autoritățile contractante evită introducerea în contracte a unor astfel de clauze, ceea ce poate contribui inclusiv la generarea unei situații de blocaj în piață.

În susținerea prezentei cereri, atragem atenția asupra faptului că principalii factori ce au determinat creșterea costului de producție sunt:

- creșterea cursului de schimb valutar USD-RON;²
- creșterea ratei inflației și a cursului de schimb valutar USD-RON, direct influențate de situația politico-economică creată de conflictul armat din Ucraina;³

¹ <https://insse.ro/cms/ro/tags/comunicat-indicele-preturilor-de-consum>

² <https://www.bnr.ro/Cursul-de-schimb-3544-Mobile.aspx>

³ <https://www.bnr.ro/Proiectii-BNR-22694-mobile.aspx>

- creșterea prețurilor la energia electrică și gaze naturale, precum și situația politico-economică creată de conflictul armat din Ucraina;
- creșterea salariului minim brut pe țară.⁴

În ceea ce privește propunerea de modificare a Acordurilor-cadru/Contractelor de achiziții publice, vă prezentăm în cele de mai jos fundamentarea corespunzătoare, modul de calcul și valoarea rezultată, în timp ce, cu privire la modul de formare al prețului oferit la momentul depunerii ofertelor în cadrul acordurilor-cadru/contractelor de achiziții publice avute în vedere, pe baza datelor oferite în cuprinsul caietelor de sarcini, facem următoarele precizări:

Prețul ofertelor, respectiv prețul unitar al produselor/serviciilor ori lucrărilor ce vor face obiectul unor contracte subsecvente în baza Acordurilor-cadru/Contractelor de achiziții publice includ mai multe categorii de cost ce au suferit modificări semnificative de la data depunerii ofertelor și până la momentul prezentei solicitări, după cum urmează:

- a) Costuri cu furnizorii** – creșterea costurilor cu furnizorii are o importanță decisivă, având în vedere faptul că, în unele cazuri, prețurile acestor furnizori sunt exprimate și plătite în USD, costurile cu furnizorii au fost în primul rând influențate de evoluția cursului de schimb RON/USD, respectiv în sensul unei creșteri de la 4,25 lei în perioada aprilie-iunie 2021 la 4,98 lei în perioada august-septembrie 2022 – reprezentând o creștere de 17%;⁵
- b) Alte costuri directe** reprezentate de costurile cu furnizorii de servicii (logistice, de transport, testări), creșterea acestora fiind evidențiată atât de inflația ridicată în ceea ce privește prețurile serviciilor, cât și de creșterea prețului energiei și al gazelor;
- c) Costurile indirecte** (care nu sunt generate în mod direct de proiect) – costurile legate de utilități ce au crescut ca urmare a majorării prețului energiei și al gazelor, precum și a ratei inflației aflate în continuă creștere;
- d) Costuri salariale** – din totalul prețului oferit, în foarte multe situații, o pondere importantă este reprezentată de costuri salariale (salarii nete, contribuții sociale și impozit pe salariu) ce au fost majorate cu 10,90% în urma creșterii nivelului salariului minim garantat în plată pe țară la data de 1 ianuarie 2023.

În scopul justificării acestor majorări ale costurilor directe și indirecte, vă prezentăm în cele ce urmează o serie de informații și date de ordin statistic:

- Potrivit datelor oferite de Institutul Național de Statistică ("**INS**"), rata generală anuală a inflației înregistrată în România în luna decembrie a anului 2022, comparativ cu luna decembrie 2021 este în valoare de **16,4%**;⁶

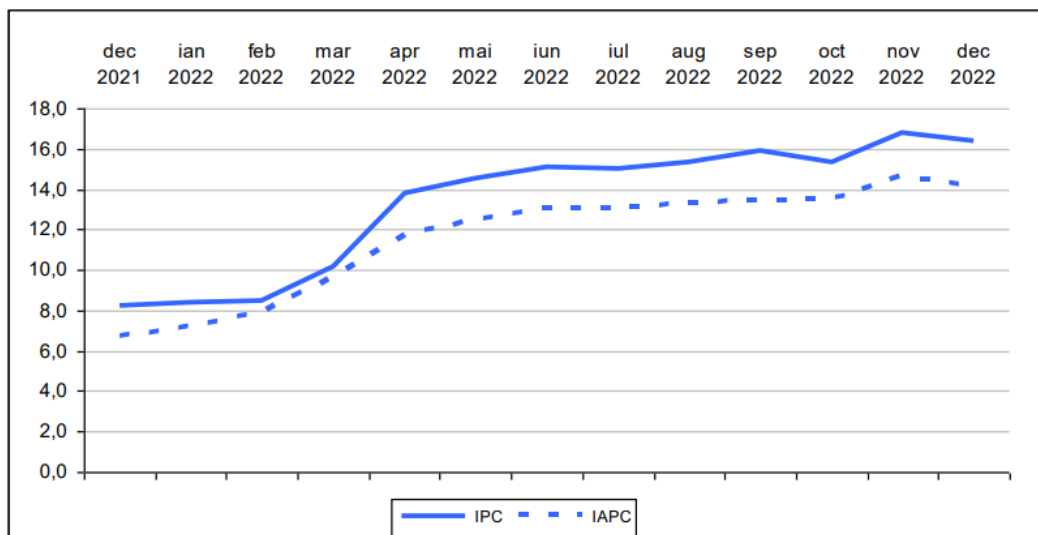
⁴ <http://mmuncii.ro/j33/index.php/ro/comunicare/comunicate-de-presa/6797-cp-majorare-salariul-minim-brut-2023-08122022>

⁵ <https://www.bnr.ro/Cursul-de-schimb-3544-Mobile.aspx>

⁶ https://insse.ro/cms/sites/default/files/com_presa/com_pdf/ipc12r22_0.pdf

- În ceea ce privește prețurile de consum, rata medie a modificării prețurilor de consum în ultimele 12 luni (ianuarie 2022 – decembrie 2022) față de precedentele 12 luni (ianuarie 2021 – decembrie 2021) este **13,8%**;

Grafic: Modificarea anuală a prețurilor de consum (%)



- În ceea ce privește energia electrică, datele INS arată că prețurile înregistrate în luna decembrie 2022 sunt cu **45,14%** mai mari față de aceeași lună a anului 2021, în timp ce în cazul gazelor acestea s-au majorat cu **35,73%** în aceeași perioadă de referință;
- De asemenea, potrivit datelor oferite de Banca Națională a României ("BNR") deprecierea monedei naționale față de Dolarul american, aceasta fiind influențată de evoluția cursului de schimb valutar EUR-USD, se remarcă în graficul de mai jos:

Evoluție curs valutar - grafic interactiv



- De asemenea, potrivit informațiilor oferite de Eurostat în luna noiembrie 2022, din rata generală a inflației de 10,1% la nivelul UE, cea mai mare pondere o au prețurile din energie (3,82 puncte procentuale), în timp ce prețurile serviciilor au de asemenea o pondere importantă de 1,76 puncte procentuale.

Contributions to the euro area annual inflation rate (pp), selected aggregates

	Contributions						
	Nov 21	Jun 22	Jul 22	Aug 22	Sep 22	Oct 22	Nov 22
Food, alcohol & tobacco	0.49	1.88	2.08	2.25	2.47	2.74	2.84
> processed food, alcohol & tobacco	0.39	1.33	1.53	1.70	1.85	1.99	2.17
> unprocessed food	0.10	0.55	0.55	0.55	0.63	0.76	0.67
Energy	2.57	4.19	4.02	3.95	4.19	4.44	3.82
Non-energy industrial goods	0.64	1.15	1.16	1.33	1.47	1.62	1.63
Services	1.16	1.42	1.60	1.62	1.80	1.82	1.76

Source dataset: [prc_hicp_ctrb](#)

Cu privire la fundamentarea juridică a prezentei solicitări, precizăm că ne întemeiem solicitarea pe următoarele:

a) Prevederile Art. 221 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

„(1) Contractele de achiziție publică/Acordurile- cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații (...)

c) atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

(i) modificarea a devenit necesară în urma unor circumstanțe pe care o autoritate contractantă care acționează cu diligență nu ar fi putut să le prevadă;

(ii) modificarea nu afectează caracterul general al contractului;

(iii) creșterea prețului nu depășește 50% din valoarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru inițial;

respectiv

e) atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanțiale;

f) fără a exista nevoia de a verifica dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (7) lit. a) -d), atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

(i) valoarea modificării este mai mică decât pragurile valorice corespunzătoare prevăzute la art. 7 alin. (1);

(ii) valoarea modificării este mai mică decât 10% din prețul contractului de achiziție publică inițial, în cazul contractelor de achiziție publică de servicii sau de produse, sau mai mică decât 15% din prețul contractului de achiziție publică inițial, în cazul contractelor de achiziție publică de lucrări”.

b) Prevederile art. 12 din cuprinsul Instrucțiunii nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru (“Instrucțiunea ANAP”):

“(1) Autoritatea/Entitatea contractantă are obligația de a introduce în contractul din documentația de atribuire o clauză de revizuire a prețului contractului, cât mai bine adaptată la complexitatea contractului și la elementele componente ale prețului oferat, atunci când durata contractului depășește 24 de luni, dacă nu există o altă prevedere legală care să stabilească o perioadă mai scurtă de 24 de luni; totodată, în cadrul clauzei de revizuire se vor menționa, după caz, și momentul de la care ajustarea devine aplicabilă, și frecvența de ajustare în funcție de calendarul de plăți.”

c) Prevederile Art. 7-8 din cuprinsul Instrucțiunii ANAP

În sensul celor anterior menționate, apreciem că sunt relevante de asemenea prevederile Art. 7, alin. 2, lit. f) din cuprinsul Instrucțiunii ANAP, astfel:

“Modificarea unui contract/acord-cadru este considerată nesubstanțială în sensul alin. (1) atunci când prin modificare, contractul/acordul-cadru nu prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului inițial, cum ar fi și fără a se limita la:

f) ajustarea prețului contractului într-o situație care nu putea fi prevăzută de către contractant, dacă aceasta este strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, cu respectarea prevederilor alin. (1) lit. a) -d) privind încadrarea modificărilor ca fiind nesubstanțiale; prin situație care nu putea fi prevăzută se înțelege un eveniment a cărui apariție sau ale cărui efecte nu puteau fi prevăzute în mod rezonabil de către un ofertant diligent la data de clarificare, este mai presus de controlul contractantului, nu intră sub responsabilitatea contractuală a contractantului și are ca efect crearea unei disproporții de prestații între părți, afectând interesele comerciale legitime ale contractantului.”

Totodată, Art. 8 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP prevede faptul că o modificare va fi considerată nesubstanțială în conformitate cu prevederile art. 164 alin. (4) din anexa la H.G. 395/2016 și ale art. 158 alin. (4) din anexa la H.G. 394/2016 în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, urmând ca prețul contractului să fie ajustat, chiar dacă în contract/acordul-cadru nu există clauze de revizuire în acest sens”

Față de prevederile anterior menționate, apreciem că majorarea nivelului salariului minim poate fi subsumată acestei ipoteze, întrucât a fost realizată prin Hotărârea Guvernului nr. 1447/2022 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, fiind stabilit noul nivel

al salariului minim brut pe țară, în valoare de 3.000 lei lunar, începând cu data de 1 ianuarie 2023, față de 2.550 lei în perioada 1 ianuarie 2022 până la 31 decembrie 2022.

Creșterea salariului minim reprezintă un caz particular de modificare nesubstanțială, potrivit Art. 8 alin. (2) din Instrucțiunile ANAP, avându-se în vedere atât "*costurile directe cu personalul din cadrul contractului, cât și costurile de materiale, utilaje, transport sau costuri indirecte ale contractantului, generate exclusiv de executarea contractului, în raport cu componenta salarială din aceste costuri*". Astfel, după cum a fost precizat în secțiunile anterioare, trebuie avute în vedere atât creșterile salariale suportate cât și majorarea cheltuielilor cu furnizorii de servicii ca urmare a creșterii componentei salariale din aceste costuri.

În mod analog, liberalizarea pieței energiei electrice și a gazelor naturale s-a realizat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 106/2020 pentru modificarea și completarea Legii energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012, precum și pentru modificarea unor acte normative, având un rol important în creșterea prețurilor energiei electrice și a gazelor, ce a determinat o creștere a costurilor privind serviciile conexe livrării bunurilor, precum și a costurilor indirecte suportate, potrivit calculelor expuse în secțiunea 3.1 și în anexa atașată acestei adrese. Mai mult decât atât, creșterea prețurilor energiei electrice și ale gazelor naturale a fost accentuată de izbucnirea conflictului armat din Ucraina, având în vedere dependența statelor membre UE de importurile de gaze, petrol și cărbune din Rusia, fapt confirmat de comunicările Comisiei Europene din 8 martie privind planul REPowerEU și din 23 martie privind securitatea aprovizionării și prețuri accesibile la energie. Totodată, acest eveniment a afectat climatul economico-social de la nivelul Uniunii Europene, rezultând într-o scădere a atractivității economiei europene în viziunea investitorilor prin comparație cu economia americană. Astfel, s-a ajuns la o depreciere a EUR în raport cu USD, EUR ajungând sub pragul parității cu moneda americană, lucru ce nu a mai fost înregistrat în ultimii 20 de ani. Această depreciere a monedei europene a influențat decisiv cursul valutar RON-USD, având în vedere că moneda națională este cotate în mod indirect față de dolar prin EUR.

Acest context politico-economic, alături de inflația galopantă ce se reflectă inclusiv în raportarea Leului românesc față de Dolarul american și a cărei evoluție este strâns legată de acest context la nivel european și mondial, reprezintă evenimente ce nu puteau fi prevăzute la momentul depunerii ofertei și care au influențat în mod decisiv principalele costuri cu furnizorii, acestea fiind exprimate și plătite în USD.

În concret, împrejurările ce impun includerea unei clauze de indexare a prețului nu pot fi subsumate prevederilor Art. 221 alin. (7) din cuprinsul Legii 98/2016, nici una dintre condițiile prevăzute la nivelul Art. 221, alin. 7, lit. a) – d) nefiind îndeplinită în cauză.

Mai mult decât atât, modificarea propusă nu este de natură a schimba echilibrul economic al acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în acordul-cadru inițial. Din contră, o atare adaptare a prețurilor unitare este menită a restabili echilibrul financiar al contractului prin raportare la succesiunea și în special durata fazelor de realizare a

unor activități, algoritmul de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire nevizând un atare aspect.

De asemenea, apreciem ca relevante și următoarele prevederi ale actelor normative incidente în speță, după cum urmează:

d) Prevederile Art. 222² din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

„(12) Dacă derularea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea contractantului la păstrarea prețurilor inițiale, cum ar fi, dar fără a se limita la aceasta, schimbarea cauzată de forța majoră sau cazul fortuit, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), prețul contractului poate fi ajustat, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor.

(13) Dispozițiile alin. (12) sunt aplicabile numai dacă:

a) schimbarea împrejurărilor a intervenit după data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor;

b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de contractant, în mod rezonabil, la data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor;

c) contractantul nu și-a asumat prin contract riscul privind forța majoră sau cazul fortuit sau alte schimbări excepționale de împrejurări”.

e) Prevederile art. 1351 din Codul Civil privind cazul fortuit

„(1) Dacă legea nu prevede altfel sau părțile nu convin contrariul, răspunderea este înlăturată atunci când prejudiciul este cauzat de forță majoră sau de caz fortuit.

(3) Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs.”

f) Prevederile Art. 1271 din Codul Civil privind impreviziunea

“(1) Părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației.

(2) Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună:

a) adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;

b) încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește.

(3) Dispozițiile alin. (2) sunt aplicabile numai dacă:

- a) schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;
- b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului;
- c) debitorul nu și-a asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici nu putea fi în mod rezonabil considerat că și-ar fi asumat acest risc;
- d) debitorul a încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.

Lipsa unei intervenții asupra acestei situații de fapt generează riscuri majore, cu impact nu doar la nivelul anumitor industrii, ci și la nivelul întregii economii naționale, întrucât noile investiții, asumate prin Planul Național de Redresare și Reziliență sau cadrul financiar multianual 2021-2027, intră sub semnul întrebării în condițiile în care operatorii economici vor fi rezervați în a participa la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică, conștienți fiind de dificultățile aferente întocmirii unor oferte concrete și competitive, respectiv îndeplinirii angajamentelor contractuale. Totodată, finalizarea implementării proiectelor finanțate din fonduri europene aferente perioadei de programare 2014-2020, cu întâzieri față de calendarele inițiale, poate fi periclitată întrucât creșterile de prețuri mai mari decât valorile aprobate în cererile de finanțare sunt cheltuieli neeligibile, care trebuie suportate de beneficiari (publici sau privați) pentru a duce la bun sfârșit angajamentele contractuale. În cazul neasumării acestora, proiectele nu-și vor atinge obiectivele iar cheltuielile rambursate până la acel moment către beneficiari vor trebui recuperate.

În cele din urmă, apreciem că **atât includerea unei clauze de indexare a prețului, cât și adaptarea corespunzătoare a valorii estimative totale a Acordurilor-cadru/Contractelor reprezintă demersuri de adaptare a cadrului contractual existent la o situație de fapt ce nu putea fi prevăzută de către autoritatea contractantă ori de către contractant**, modificările în cauză fiind strict necesare pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul Acordurilor-cadru/Contractelor, amendamentele contractuale propuse fiind nesubstanțiale. Astfel, situațiile operaționale antemenționate nu puteau fi prevăzute în mod rezonabil de către autoritatea contractantă și de un ofertant diligent la data depunerii ofertei tehnice și financiare, sunt mai presus de controlul contractantului, nu intră sub responsabilitatea contractuală a contractantului și au ca efect crearea unei disproporții de prestații între părți afectând interesele comerciale legitime ale contractantului.

În cele din urmă, precizăm că mecanismul de ajustare a prețului, are în vedere exclusiv acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat oferta financiară a operatorilor economici, astfel încât mecanismul de ajustare a prețului nu poate conduce la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, marja de profit rămânând cel mult fixă, astfel cum se prevede la Art. 164 alin. (5) și (6) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, precum și în cuprinsul

Precizărilor Agenției Naționale pentru Achiziții publice cu privire la modalitatea de ajustare a prețurilor contractelor de lucrări, ca urmare a creșterii prețurilor la materiale.

În subsidiar, având în vedere variațiile acestor indici, precum și volatilitatea contextului economic în care ne aflăm pe termen scurt și mediu, cu impact asupra nivelului real al costurilor aferente execuției contractelor de achiziții publice raportat la nivelul prețurilor din piață în timp real, apreciem potrivit ca posibilitatea de utilizare a clauzelor de ajustare de tipul celor propuse mai sus să vizeze nu doar situația și contextul excepțional în care ne aflăm, ci să fie aplicate, cu o anumită periodicitate, de exemplu, semestrial, astfel încât costurile aferente execuției contractelor să reflecte, în mod corect nu doar realitatea excepțională în care ne aflăm, ci, cu caracter general, realitatea de la orice moment contractual.

În speranța că veți analiza prezenta solicitare, vă propunem organizarea unei întâlniri de lucru în următoarea perioadă, în funcție de disponibilitatea dumneavoastră, pentru o discuție aplicată pe marginea acestui subiect. Pentru confirmarea întrevederii, vă stăm la dispoziție prin Raluca Manea, Manager Politici Publice (rmanea@amcham.ro / 0722.629.364).

Cu deosebită considerație,

Alina ORBAN

Președinte al Comitetului pentru Fonduri Structurale, Achiziții Publice și PPP
AmCham România