

Agenția Națională pentru Achiziții Publice

Întârzierea plăților pentru contractele de investiții publice



Luliana Feclistov, președinta Agenției Naționale pentru Achiziții Publice

Achizițiile publice au o serie de riscuri atât pentru contractori, cât și pentru autoritățile contractante. Părțile trebuie să fie parteneri de bună credință și să colaboreze pentru a reuși realizarea obiectivelor de investiții, mai ales că Legile achizițiilor publice nu tratează toate aspectele nou apărute pe piață.

Ne referim la:

- Condițiile în care constructorii pot solicita despăgubiri dacă au semnat un contract, au mobilizat utilaje, angajați, execută lucrările, dar decontarea facturilor întârzie pe termen neprecizat
- Penalitățile aplicate părților pentru întârzierea derulării contractului, lipsa de mobilizare a constructorului, încetinirea ritmului de lucru, aspecte generate de întârzierea plăților pentru lucrările executate
- Penalizări ale autorităților contractante care nu respectă termenele de plată

- Rezilierea contractului de achiziție publică dacă plățile întârzie prea mult iar activitatea contractată devine neprofitabilă sau chiar produce pierderi contractantului.

Luliana Feclistov, președinta Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, ne-a transmis că aspectele de mai sus ”nu sunt tratate în mod expres de legislația în materia achizițiilor publice, fiind aplicabile prevederile dreptului comun”.

Legea nr. 98/2016 reglementează modul de realizare a achizițiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziție publică.

Doamna Feclistov subliniază faptul că în vederea încheierii contractului de achiziție publică, autoritățile contractante au obligația, încă de la momentul pregătirii procedurii și a documentației de atribuire – implicit a clauzelor contractuale, să țină cont atât de riscurile ce pot apărea pe parcursul executării contractului, cât și de mecanismele de tratare a acestora.

Sincopele în finanțare pot duce la modificarea contractelor de achiziții publice

”În situația în care contractul a fost semnat, iar pe parcursul derulării acestuia apar sincope din perspectiva finanțării, vor fi aplicabile în primul rând mecanismele stabilite prin clauzele contractuale și, în funcție de necesități, se vor analiza și eventuale modificări ale acestuia în conformitate cu prevederile legale în materia achizițiilor publice”, afirmă Luliana Feclistov.

Autoritatea contractantă are dreptul de a iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce au fost elaborate documentația de atribuire și documentele suport.

Inițierea și derularea unei proceduri de atribuire nu este legată de asigurarea fondurilor aferente și nici de operarea modificării în programul anual al achizițiilor publice.

Însă, înainte de încheierea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă va

avea în vedere respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

Astfel, prin legislația privind finanțele publice este reglementată interdicția pentru autoritățile contractante de a încheia un angajament legal fără existența certă a surselor de finanțare necesare îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin angajamentul respectiv, atrage atenția doamna Feclistov.

Aceasta este cauza pentru care sunt lansate atât de multe proceduri de achiziție publică sub incidența clauzei suspensive. Autoritățile derulează procedurile dar semnează contractul numai dacă obțin finanțare.

Neplata la termen a facturilor este reglementată numai de clauzele contractuale asumate de părți

O situație inedită anul acesta o reprezintă plata facturilor în funcție de anumite criterii de prioritizare. Ca urmare, sunt proiecte de investiții unde au demarat lucrările de construire, dar facturile emise nu sunt prioritare la plată, fapt ce creează prejudicii constructorului.

”Această situație nu este reglementată de legislația privind achizițiile publice, prin urmare devin aplicabile dispozițiile dreptului comun”, spune președinta ANAP.

Astfel, consideră doamna Feclistov, devin foarte importante mecanismele stabilite de către autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, modalitățile de împărțire a riscurilor și clauzele contractuale ce au fost asumate de către cele două părți.

Modificarea prețului în contractul care nu are clauză specială în acest sens

Prețul contractului ar putea deveni neprofitabil pentru constructor dacă plățile întârzie semnificativ, pe o perioadă în care ar putea interveni creșteri ale costurilor de producție (prețurile materialelor de construcții, manoperă, chirii pentru echipamente și utilaje, etc) și ale costurilor de creditare a capitalului de lucru.

Situația trebuie să fi fost avută în vedere de constructor la semnarea contractului.

Aceasta pentru că prețul poate fi ajustat ”numai atunci când modificarea, indiferent de valoarea sa, a fost prevăzută în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului”, subliniază președinta ANAP.

Modificarea unui contract de achiziție publică prin ajustarea prețului se poate face doar în condițiile strict reglementate de art. 221 coroborat cu art. 2222 din Legea nr. 98/2016. Autoritatea contractantă trebuie să analizeze și să justifice existența circumstanțelor specifice aplicării situației de modificare contractuală pe care o alege.

Legea prevede 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, în vederea respectării principiului transparenței.

Altfel, nu este posibilă modificarea acestor clauze de ajustare a prețului pe parcursul derulării contractului de achiziție publică, deoarece ar conduce la încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal, constituind o modificare substanțială a contractului.

Totuși, doamna Feclistov afirmă că: ”În condițiile în care nu este prevăzută o clauză specială în acest sens, apreciez că ajustarea prețului contractului de achiziție publică/acordului-cadru ar putea fi analizată și prin raportare la condițiile prevăzute la art. 221 alin. (1) lit. c) sau lit. e) din lege”.

În ceea ce privește incidența acestei prevederi, analiza posibilității de modificare a clauzelor contractuale inițiale se va face prin încadrarea sau nu în categoria modificărilor substanțiale în conformitate cu prevederile alin. (7) al aceluiași articol.

În acest sens, modificarea contractului de achiziție publică, în perioada sa de valabilitate, este considerată modificare substanțială, atunci când:

- contractul prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului semnat inițial;
- introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire inițială, ar fi permis selecția altor candidați decât cei selectați inițial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată inițial sau ar fi atras și alți participanți la procedura de atribuire;
- schimbă echilibrul economic al contractului de achiziție publică în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul de achiziție publică inițial;



- extinde în mod considerabil obiectul contractului de achiziție publică;
- un nou contractant înlocuiește contractantul inițial, în alte cazuri decât cele prevăzute la alin. (1) lit. d).

În ceea ce privește ajustarea prețului unui contract de achiziție publică/acord-cadru în baza art. 221 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă va verifica îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- modificarea a devenit necesară în urma unor circumstanțe pe care o autoritate contractantă care acționează cu diligență nu ar fi putut să le prevadă;
- modificarea nu afectează caracterul general al contractului;
- creșterea prețului nu depășește 50% din valoarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru inițial.

În sensul celor de mai sus, prin ”circumstanțe pe care o autoritate contractantă care acționează cu diligență nu ar fi putut să le prevadă” se au în vedere ”situațiile care nu puteau fi anticipate în ciuda pregătirii cu o diligență rezonabilă a procedurii inițiale de către autoritatea contractantă, luând în considerare mijloacele disponibile, natura și caracteristicile proiectului concret, bunele practici din domeniul în cauză și necesitatea de a asigura o relație corespunzătoare între resursele cheltuite pentru pregătirea procedurii de atribuire și valoarea sa previzibilă”, situații enumerate cu titlu exemplificativ în cuprinsul art. 4 alin. (2) și (3) din Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 1/2021.

Pe cale de consecință, pe lângă argumentarea/ demonstrarea caracterului imprevizibil al evenimentului invocat pentru ajustarea prețului contractului, se impune verificarea faptului ca această creștere a prețului să nu afecteze caracterul general al contractului și să nu depășească 50% din valoarea contractului de achiziție publică/ acordului-cadru inițial. Prin caracterul general al contractului se înțeleg obiectivele principale urmărite de autoritatea contractantă la realizarea achiziției

inițiale, obiectul principal al contractului și drepturile și obligațiile principale ale contractului, inclusiv principalele cerințe de calitate și performanță.

Încadrarea într-una dintre situațiile în care prețul unui contract / acord-cadru poate fi ajustat rămâne în sarcina autorității contractante. Aceasta este singura în măsură să stabilească natura ajustării și situația în care poate fi realizată, cu respectarea prevederilor legale incidente, întrucât procesul de analiză și evaluare presupune luarea în considerare a întregului ansamblu de informații/documente care descriu în totalitate situația.

Prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

În situația în care, în urma demersului efectuat conform celor de mai sus, autoritatea contractantă constată îndeplinirea prevederilor legale pentru ajustarea prețului contractului de achiziție publică/acordului-cadru, aceasta va fi implementată prin acordul scris al părților.

Prioritizarea la plată a facturilor poate fi considerată o situație neprevăzută în care este permisă ajustarea prețului contractului?

În considerarea unei anumite situații ca fiind o circumstanță imprevizibilă, de natură a atrage incidența prevederilor art. 221 alin. (1) lit. c) din lege, președinta ANAP spune că trebuie avute în vedere ”situațiile care nu puteau fi anticipate în ciuda pregătirii cu o diligență rezonabilă a procedurii inițiale de către autoritatea contractantă, luând în considerare mijloacele disponibile, natura și caracteristicile proiectului concret, bunele practici din domeniul în cauză și necesitatea de a asigura o relație corespunzătoare între resursele cheltuite pentru pregătirea procedurii de atribuire și valoarea sa previzibilă”, cum ar fi situațiile enumerate cu titlu exemplificativ în cuprinsul art. 4 alin. (2) și (3) din Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 1/2021. ■