

INSTRUCȚIUNEA ANAP privind modificarea contractului de achiziție publică – DIALOG EȘUAT CU CONSTRUCTORII

INSTRUCȚIUNEA ANAP nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/ contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru publicată în Monitorul Oficial din data de 19 ianuarie 2021 este o nouă dovadă – dacă mai era nevoie – că dialogul cu mediul privat nu funcționează. Este dovada că problemele nu sunt înțelese, nu sunt rezolvate, veșnica soluție fiind elaborarea unui nou act normativ – de data asta de nivel terțiar – ca să explice ceea ce nu este înțeles sau rezolvat la nivel de Lege sau Hotărâre de Guvern, dar care complică și mai mult lucrurile.

Din luna iunie până în decembrie Instrucțiunea a trecut prin 6 variante și sub anumite aspecte, putem afirma că s-a mers din rău în mai rău iar consultarea cu noi, cu constructorii a eșuat. Aparent factorul timp a fost singurul care a contat și Instrucțiunea a plecat spre Monitorul Oficial, deși parte din întrebările și problemele constructorilor nu au fost tratate/ rezolvate. Rezultatul este o Instrucțiune care apreciem că nu își atinge scopul declarat pentru care a fost emisă, de ”îmbunătățire a calității reglementărilor”, de evitare a ”unor interpretări ale autorităților/ entităților contractante sau operatorilor economici care pot contraveni principiilor din materia achizițiilor publice”, dimpotrivă:

- **conține prevederi care nu corespund actelor legislative ierarhic superioare**, respectiv nu pot fi aplicate în practică sau creează mai multe probleme/ interpretări decât cele cu care ne confruntăm deja;
- Instrucțiunea **nu rezolvă probleme esențiale, repetitive, care au fost semnalate** în zeci de adrese de organizația noastră;
- **ANAP își depășește atribuțiile și se pronunță în probleme tehnice**, pentru care nu are nicio competență, prin exemplele formulate modificând abordarea corectă a anumitor spețe.

În concret, iată câteva din aceste probleme:

1. ***Nu sunt rezolvate/ tratate situațiile imprevizibile**, în special atunci când contractele nu conțin formule de ajustare. Este exemplul pe care toți ni-l amintim, legat de prețul bitumului, care a crescut în cca 2 ani cu 70% și care a dus la intrarea în insolvență a mai multor constructori și mari blocaje în derularea contractelor. Ideea vehiculată de ANAP atunci, conform căreia constructorul trebuie să își asume orice risc, este inacceptabilă, căci ofertanții își asumă riscuri rezonabile, creșteri ale prețurilor la materiale apropiate de inflație, dar la o inflație de 4% la momentul ofertării nu poți estima că peste 2 ani, spre exemplu, prețurile vor fi cu 30 – 50 -70- 100% mai mari.*
2. ***Nu este clarificat modul de actualizare a cheltuielilor indirecte**. După ce în 2019 ANAP a postat în Biblioteca de Spețe de pe site-ul propriu un ”punct de vedere”, asupra căruia ulterior a revenit și a recunoscut că nu avea competență în emiterea unei păreri pe legislația aferentă devizelor de lucrări, modul de actualizare a indirectelor și a profitului a rămas la latitudinea autorităților contractante, fiecare cu o abordare proprie. Fie indirectele erau tratate ca sumă fixă dacă valoarea cheltuielilor directe se majora (”opinia” ANAP), fie se reducea proporțional când valoarea cheltuielilor directe se reducea (ANAP susținea că atunci cheltuielile directe scad, să scadă și indirectele, dar dacă cheltuielile directe cresc, atunci indirectele să nu se modifice), fie se actualiza cu procentul din oferta inițială, așa cum totdeauna s-a procedat la actualizări. În această Instrucțiune ANAP vine cu o ”abordare originală”, dar imposibil de realizat/ demonstrat:*

cheltuielile indirecte se actualizează numai pentru componenta salarială din acestea. Dintr-o lista de peste 30 tipuri de cheltuieli ce acoperă procentul de indirecte, poate determina orice expert ANAP, BEI sau orice ofertant/ autoritate contractantă care este procentul corect care acoperă majorările salariale din zona personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază, ca urmare a majorării salariului minim?

3. ***Se limitează dreptul executantului de a-și ajusta costurile reale, demonstrabile, pe care le înregistrează ca urmare a majorării salariului minim. Lucrând cu copy-paste, se preia din Instrucțiunea 1/2019 - care a fost contestată și anulată în primă instanță – aceeași afirmație, că ”valoarea manoperei va fi actualizată doar pentru acoperirea modificării salariului minim”. Deși HG 365/2016, permite la art 164 (5) actualizarea costurilor generate de modificări legislative, printr-o logică greu de înțeles, ANAP pune semnul egal între salariul minim și costuri. Nu se recunoaște ierarhia salarială din orice firmă, nu se înțelege că lucrările nu pot fi făcute numai cu muncitori necalificați, nu se lasă nici măcar posibilitatea ca executanții să demonstreze/ documenteze implicațiile majorării salariului minim pentru respectivul contract de execuție. **Astfel se limitează prin Instrucțiune ceea ce prin HG este permis!*****
4. ***Prin unele exemplificări se modifică radical abordarea actuală, fără nicio rațiune tehnică sau logică. Spre exemplu în situația când intervin lucrări suplimentare de reabilitare a structurilor se consideră că acestea pot fi executate și de către un alt contractant, deși acestea fac parte integrantă din construcție iar răspunderea finală e a contractantului căruia i-a fost atribuit contractul. Este o abordare atehnică, ce schimbă abordarea actuală pe această speță.***
5. ***Nu în ultimul rând haosul legat de terminologie persistă: ce numim actualizare, ajustare, revizuire și indexare? Acești termeni nu sunt definiți deși Instrucțiunea ar trebui să pornească de la niște noțiuni clare, bine definite, care să nu mai permită interpretări (ex -art 2 II a) - ajustarea prețului contractului, ”presupune precizarea în documentația de atribuire (...) a modalității/formulei de calcul.”, însă și la modificările nesubstanțiale, când nu există o astfel de formulă, termenul folosit este tot ”ajustare”.)***

Nu putem decât să ne exprimăm dezacordul nu numai față de conținutul și forma Instrucțiunii privind modificarea contractelor de achiziție publică, dar mai ales asupra modului în care a fost gestionat procesul consultativ. Cu tot respectul pentru munca experților ANAP, sau a experților de la BEI sau Curtea de Conturi (ultimii doi prezenți doar la ultima întâlnire a grupului de lucru) considerăm că atunci când sunt necesare cunoștințe tehnice, atunci vocea și argumentele constructorilor ar trebui să fie ascultate.

Dialogul constructiv cu instituțiile statului, pe care ni l-am dorit și pe care îl solicităm iar și iar pare a rămâne doar un deziderat, iar speranța că legiuitorul va înțelege ce urmări au prevederile legislative pe piață, cât de importantă este calitatea și claritatea acestora, începe să se stingă.

Irina Forgo – Director FPSC, Expert Achiziții Publice