



ARACO

ASOCIAȚIA ROMÂNĂ A ANTREPRENORILOR DE CONSTRUCȚII

2020 — aniversăm **30** de ani — de la înființare

420/24.08.2020



Membru al
Federației
Industriei
Europene a
Construcțiilor



Membru al
Uniunii Generale
a Industriașilor
din România



Fondată 1998

Membru fondator
al Casei Sociale
a Constructorilor



Membru fondator
al Comitetului
sectorial de
formare
profesională în
construcții

Către:

AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE – ANAP
Domnului Președinte Eugen Ștefan Cojoacă

Ref.: Ajustări generate de OUG nr. 114/2018
Proiect nou Instrucțiune ANAP – consultare publică

Stimate Domnule Președinte,

Ne referim în cele ce urmează la noul proiect de Instrucțiune propus de ANAP spre consultare publică având ca obiect modificarea contractului de achiziție publică inclusiv ajustarea prețului.

În acest sens, vă rugăm să găsiți anexat acestei adrese propunerile suplimentare formulate de membrii ARACO în vederea modificării și completării proiectului mai sus referit.

Înainte de a analiza propunerile noastre, însă, vă solicităm să acordați atenție următoarelor aspecte principale, unele asumate, încă de la începutul demersului actual inițiat de ANAP, instituția dumneavoastră, reprezentanții beneficiarilor și reprezentanții constructorilor.

OUG nr. 114/2018 a generat efecte majore asupra prețului contractelor de construcții. În pofida acestui aspect, la peste un an și jumătate de la majorarea costurilor, persistă un blocaj generalizat cu privire la modalitatea concretă de ajustare generată de OUG nr. 114/2018 și cu privire la instrucțiunea aplicabilă.

Blocajul este cauzat de succesiunea opiniilor exprimate de ANAP sau de alte instituții cu atribuții în domeniul specific, dar și de Instrucțiunea nr. 1 care a limitat nelegal dreptul la ajustare și care, în prezent, este anulată provizoriu.

Se impune cu prioritate ca ANAP să exprime un punct de vedere – indiferent de forma sub care va face acest lucru și chiar și numai cu valoare de recomandare – cu privire la: (i) modalitatea concretă de ajustare a prețului în temeiul efectelor OUG nr. 114/2018, (ii) instrucțiunea care trebuie aplicată ajustării generate de OUG nr. 114/2018 având în vedere inclusiv soluția provizorie de anulare a Instrucțiunii ANAP nr. 1/2019.

În opinia ARACO (bazată, la rândul ei, pe opinii juridice obiective), pe care vă solicităm să o confirmați, indiferent că soluția de anulare a Instrucțiunii nr. 1/2019 va rămâne sau nu definitivă, ajustarea integrală a prețului în vederea reflectării efectelor OUG nr. 114/2018 trebuie realizată exclusiv potrivit Instrucțiunii nr. 2/2018.

Sintetic, în acest sens, vă supunem analizei următoarele aspecte privitoare la aplicarea legii în timp:

Ce trebuie permanent avut în vedere când vine vorba de aplicarea în timp a Instrucțiunii nr. 2/2018, nr. 1/2019 și a hotărârii de anulare a Instrucțiunii nr. 1/2019 este că TOATE sunt ulterioare atât contractelor cărora li se aplică, cât și evenimentului care a declanșat dreptul la ajustare, respectiv adoptarea OUG nr. 114/2018, fiind astfel evident că, potrivit regulii generale niciuna nu ar fi aplicabilă ajustării impuse de OUG nr. 114/2018.

Regula generală¹ în materie de contracte este aceea potrivit căreia condițiile de valabilitate și efectele contractelor (drepturile și obligațiile inclusiv cele privind ajustarea) sunt reglementate de legea în vigoare la data încheierii lor. Rațiunea principiului este simplă, contractul nu ar trebui să producă alte efecte decât cele pe care părțile le puteau anticipa la data încheierii contractului.

TOTUȘI, în condiții de vid legislativ (este și cazul lipsei unor prevederi legale privitoare la modalitatea concretă în care ar trebui realizată ajustarea, în special în dreptul administrativ (deci și în achiziții publice), există unele aparente excepții de la regulă.

Printre aceste excepții se află și actele date în executarea unui act normativ² (nomele metodologice) reglementate de art. 77 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă.

Aceste din urmă acte fac corp comun cu normele în a căror executare au fost emise și, astfel, se vor aplica și contractelor încheiate anterior adoptării lor, însă ulterior momentului intrării în vigoare a acestor din urmă norme.

¹ Cadrul general privind aplicarea legii în timp este dat de:

- art. 15 alin. (2) din Constituție:

„Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”, și de

- art. 6 din Codul civil:

„(1) Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă. (2) Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor.”

² Atenție, a nu se confunda norma de punere în aplicare reglementată de art. 77 din Legea nr. 24/2000, cu norma de interpretare, reglementată de art. 69 din aceeași lege, care se aplică numai de la data adoptării sale.

De altfel, aceeași concluzie se desprinde și din jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție. Astfel, instanța supremă a reținut că un act administrativ nu încalcă principiul neretroactivității prin simplul fapt că își produce efectele începând cu o dată anterioară celei la care a fost publicat. Atâta vreme cât se conformează dispozițiilor legii în temeiul căreia a fost emis și nu își produce efectele de la o dată anterioară celei prevăzute de această lege, nu se poate reține cu temei legal/constituțional că actul administrativ ar retroactiva. Doctrina, la rândul ei, confirmă teza anterioară.

Instrucțiunile ANAP care privesc ajustare sunt astfel de norme de punere în aplicare ce au capacitatea teoretică de a se aplica și contractelor încheiate anterior adoptării lor, respectiv contractelor încheiate ulterior adoptării normelor legale puse în aplicare, respectiv Legile nr. 98/2016, 99/2016, normele de punere în aplicare a acestora și chiar OUG nr. 34/2006 **(CU SINGURA CONDIȚIE DE A NU INTRA ÎN CONFLICT CU O NORMĂ ANTERIOARĂ LOR)**

Dintre toate aceste instrucțiuni, numai Instrucțiunea nr. 2/2018 se aplică ajustării generate de OUG nr. 114/2018.

Neretroactivitatea legii este un principiu de rezolvare a conflictului între legii succesive care reglementează diferit aceeași chestiune. Criteriul retroactivității constă în revalorizarea juridică a unor acte, fapte sau situații anterior născute, făcute de legea nouă după intrarea ei în vigoare. Prin urmare, legea nouă este retroactivă dacă atașează consecințe juridice noi unui act sau fapt săvârșit ori produs înainte de intrarea sa în vigoare sau refuză consecințele juridice atribuite de legea în vigoare la data săvârșirii sau producerii actului ori faptului respectiv.

Dacă Instrucțiunea nr. 2/2018 acoperă un vid legislativ și nu intră în conflict cu vreo normă anterioară, nu același lucru se poate spune despre instrucțiunile următoare, care intră în conflict chiar cu normele Instrucțiunii nr. 2/2018.

Din acest motiv, chiar dacă nu ar fi anulată definitiv, Instrucțiunea nr. 1/2019 se va aplica exclusiv ajustării prețurilor contractelor încheiate ulterior intrării acesteia în vigoare.

În concluzie, potrivit regulilor generale și speciale de aplicare a legii în timp, ajustarea prețului ca urmare a OUG nr. 114/2018 trebuie realizată exclusiv potrivit Instrucțiunii nr. 2/2018, indiferent că Instrucțiunea nr. 1/2019 va fi sau nu anulată definitiv.

Aplicarea prezentei Instrucțiunii în mod expres și asupra ajustării generate de OUG nr. 114/2018 poate rezolva eventuale probleme de interpretare cu privire la aplicarea Instrucțiunilor ANAP asupra efectelor OUG nr. 114/2018 însă ar fi nelegală dacă ar stabili alte modalități de ajustare diferite de cele impuse de Instrucțiunea nr. 2/2018 sau, oricum, unele care limitează dreptul la ajustare, care nu permit ajustarea componentei de material și care stabilesc indici pe baza evoluției salariului mediu, iar nu pe baza salariului minim.

Evident, ANAP este singura în măsură să decidă asupra opiniilor și actelor pe care le emite. Totuși, pentru un proces efectiv de consultare publică, este ideal ca toți actorii implicați în domeniul vizat să dezbată efectiv soluțiile propuse, iar nu numai să li se permită transmiterea unor puncte de vedere scrise.

Deși acest demers a fost declanșat sub forma unor consultări și dezbateri efective, constatăm acum că ANAP a renunțat la modalitatea inițial adoptată și nu înțelegem motivele.

În final, în ceea ce privește conținutul proiectului de Instrucțiune supus consultării publice, facem trimitere la propunerile noastre inițiale și la cele anexate odată cu prezenta Adresa.

Cu toate acestea, reamintim și în acest context 2 aspecte care țin de esența și legalitatea ajustării:

- Modalitatea concretă de ajustarea prețului ca urmare a modificărilor legislative, trebuie realizată în așa fel încât să reflecte cât mai fidel impactul real al tuturor efectele generate de modificare respectivă, deci trebuie ajustată și componenta de material, la rândul ei afectată de OUG nr. 114/2018.
- Ajustarea manoperei cu un indice determinat prin raportul dintre salariul mediu de la data de referință și salariul mediu de la data efectivă a costului (potrivit propunerii actuale a ANAP) limitează dreptul legal la ajustare cât timp modificarea vizează salariul minim care determină un indice evident mai mare.

În final, alături de considerația și respectul nostru, vă retransmitem toată disponibilitatea ARACO în vederea adoptării celor mai potrivite soluții.

Cu stimă,
Laurențiu Plosceanu
Președinte

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'LP', with a long horizontal stroke extending to the right.