

## Ajustarea prețului – modificare de contract sau, dimpotrivă, mecanism menit să combată modificarea?

Ajustarea/actualizarea/revizuirea prețului este specifică contractelor de antrepriză de lucrări, în special antreprizei de construcții.

Tema -cât se poate de complexă- nu ar putea fi epuizată în câteva pagini. Nici nu intenționăm să facem asta. Ne-am propus numai să reamintim unele aspecte de substanță ce definesc ajustarea prețului și să ne referim punctual la câteva situații întâlnite în practica achizițiilor publice cu trimitere la normele aflate în vigoare sau care se prefigurează a fi adoptate.

Evident, instrucțiunea pregătită de ANAP pe final de an 2018 (al cărei proiect a fost publicat pe site-ul instituției în 21 decembrie) este binevenită și se va dovedi utilă în condițiile în care are la bază consultări efective cu actorii implicați de o parte și de alta în implementarea contractelor de construcții.

Chiar și în contextul acestei instrucțiuni și independent de forma finală a acesteia, ajustarea va continua să producă probleme în contractele de achiziții publice câtă vreme analiza dreptului de ajustare nu va ține cont: (i) de scopul ajustării și de principiile juridice în care ajustarea își găsește bază, precum și de (ii) *rețeta*/procesul tehnic de întocmire a prețului contractului de antrepriză de construcții.

Cu toate că, în cadrul prevederilor legale din materia achizițiilor publice, este tratată la capitolul privind modificarea contractului/prețului, ajustarea prețului nu trebuie confundată cu modificarea prețului.

Modificarea prețului reprezintă o consecință a modificării cantităților prevăzute în contract pentru care:

- fie deja există prețuri unitare contractual agreeate – situație în care, ca regulă, modificarea prețului total reprezintă o modificare mecanică realizată automat în baza procedurii contractuale ce presupune plata pe baza cantităților efectiv realizate (a se vedea cu titlu de exemplu instrucțiunea ANAP nr. 1/2016 și procedura de decontare pe baza de SIL în cadrul contractelor FIDIC);

- fie nu există prețuri unitare contractual agreeate – situație în care avem de-a face cu o convenție asupra unor prețuri noi, deci, este necesar un nou acord de voință care, față de cerința obligatorie a formei scrise din materia achizițiilor, impune încheierea unui act adițional inclusiv din considerente de angajament bugetar.

Ajustarea prețului, în schimb, reprezintă un mecanism care combate ruperea echilibrului contractual generată de modificarea condițiilor de cost avute în vedere de către constructor la data întocmirii ofertei sale și care își găsește rațiuni comune cu teoria impreviziunii reglementată, în prezent, de dispozițiile generale ale art. 1.271 Cod civil.

În sprijinul concluziei anterioare trebuie reamintit pe de o parte că antrepriza de construcții reprezintă un contract comutativ în cadrul căruia, în accepțiunea art. 1.173 Cod civil, drepturile și obligațiile părților sunt certe iar întinderea lor nu trebuie să depindă de evenimente viitoare care pot crea avantaje semnificative în favoarea uneia sau alteia din părți fără o contraprestație (astfel cum se întâmplă, de exemplu, în cazul contractelor aleatorii precum contractul de asigurare sau jocul și prinsoarea).

Pe de altă parte, prețul contractului de antrepriză nu se determină aleatoriu, ci reprezintă rezultatul însumării unor prețuri unitare care, fiecare în parte, reprezintă o rețetă compusă din suma costurilor estimate de ofertant la data întocmirii ofertei și profitul estimat.

Unele contracte de antrepriză pot avea perioadă de implementare care să depășească 3, 4 ani iar în cazul construcțiilor, deseori termenele inițiale se dublează. În special datorită inflației (fără ca deflația să poată fi exclusă) condițiile de cost pot suferi schimbări majore între data întocmirii ofertei și data la care costurile sunt efectiv ocazionate, iar valoarea prețului avut în vedere de părți ajunge să fie astfel esențial modificată.

Pentru acceptarea acestei concluzii poate fi util să ne reamintim și că prețul nu se rezumă a fi o simplă sumă de bani, ci reprezintă puterea de cumpărare a unei anumite sume de bani la un anumit moment și raportat la anumite condiții de piață.

În materia specială a achizițiilor, sediul materiei se găsește în principal în art. 97 din HG nr. 925/2006 și în art. 164 din HG nr. 365/2016.

Rezultă din textele mai sus menționate și este susținut în proiectul de instrucțiune ANAP că ajustarea prețului intervine în două ipoteze diferite:

i. Revizuirea intervine atunci când ajustarea este în mod expres prevăzută în contract. Fiind vorba de stabilirea prețului în baza unor prevederi contractuale ce au fost publice încă din faza de atribuire, deci de o (ne)modificare mecanică, prețul astfel determinat își găsește temei direct în contract și nu presupune încheierea vreunui act adițional. Aceeași idee este expres prevăzută în Art. 5 alin. (8) din proiectul instrucțiunii ANAP.

ii. Actualizarea intervine direct în temeiul legii ca urmare a apariției unor cazuri excepționale/imprevizibile (a căror inter-



**Dragoș ZORIN**  
Managing Associate  
POPOVICI NIȚU  
STOICA & ASOCIAȚII

venire, în mod rezonabil, nu puteau fi estimate la data întocmirii ofertei sau a încheierii contractului).

Această din urmă situație generează cele mai multe probleme în practică, cu precădere din cauza dificultății de a încadra anumite situații concrete printre situațiile imprevizibile în care legea acordă dreptul la actualizare.

Cele mai des întâlnite situații sunt cele în care fie perioada de atribuire, fie perioada de execuție se prelungește fără ca motivele de prelungire să fie cauzate de antreprenor, iar în acest timp condițiile de cost se modifică.

Din cauza neclarității textelor actelor normative secundare ce reglementează ajustarea și a abordării neunitare în timp a problemei analizate, soluțiile comportă discuții diferite în funcție de legea aplicabilă: HG nr. 925/2006 sau HG nr. 365/2016.

HG nr. 925/2006 (art. 97 alin. 4 lit. b) prevedea expres că ajustarea intervine, în temeiul legii (deci chiar atunci când nu a fost menționat dreptul în documentația de atribuire), în cazul în care procedura se prelungește neprevăzut peste perioada preconizată inițial din motive care exclud orice culpă a ofertantului/contractantului. Nu mai insistăm asupra acestei situații care, cel puțin când vine vorba de existența sau inexistența dreptului la ajustare, este relativ clară.

Problemele mai complicate (încă de actualitate) în ceea ce privește contractele încheiate în cadrul procedurilor inițiate sub imperiul vechii legislații privesc determinarea dreptului la ajustare în cazul prelungirii termenelor contractuale de execuție (fără culpa executantului), în special, în cazul în care prelungirea este cauzată de culpa autorității contractante.

Există opinii potrivit cărora, în situația de mai sus, dreptul la ajustare nu ar exista, întrucât ar fi exclus prin chiar textul Art. 97 alin. 6 din HG nr. 925/2006 în acord cu care, „*În cazul în care durata de îndeplinire a contractului se prelungește peste termenele stabilite inițial în respectivul contract, din motive care se datorează culpei autorității contractate, nu este posibilă invocarea prevederilor alin. (4), operatorul economic fiind însă îndreptățit să solicite penalități și/ sau daune interese.*”

Există într-adevăr posibilitatea interpretării de mai sus, însă numai dacă ne rezumăm să citim textul de mai sus, fără a realiza o interpretare juridică. În opinia pe care ne-am exprimat-o și cu ocazii anterioare și care este confirmată și în proiectul de Instrucțiune ANAP la art. 7 alin. (2) lit. g) cu atenție sporită asupra tezei finale, **dreptul constructorului la ajustare intervine și în cazul prelungirii termenului de execuție, inclusiv (de fapt, în special) atunci când prelungirea este determinată de culpa autorității contractante.**

În primul rând, dacă prelungirea procedurii de atribuire reprezintă caz legal extraordinar de actualizare a prețului, pentru identitate de rațiune, se impune aplicarea cazului de actualizare și când se prelungește termenul inițial de execuție a contractului.

În al doilea rând, interpretând *a contrario* prevederile alin. 6 din art. 97 din HG nr. 925/2006, rezultă (ca o primă concluzie), că prelungirea perioadei de implementare a contractului peste termenul inițial agreeat impune ajustarea prețului atunci când prelungirea nu este determinată de culpa autorității contractante.

Aici trebuie observat (ca o a doua concluzie) că, în realitate, prelungirea duratei de execuție din culpa autorității contractante nu exonerează autoritatea contractantă de obligația de a plăti contravaloarea actualizării prețului.

Fiind o situație generată de culpa autorității contractante, potrivit aceluiași text legal, răspunderea autorității este agravată, iar aceasta din urmă are obligația de a achita daune interese care reprezintă despăgubirile de natură a acoperi întreg prejudiciul suferit de operatorul privat, deci inclusiv valoarea inflației cu care prețul trebuie actualizat.

Dacă ținem cont că actualizarea este un drept care, esențialmente, funcționează pentru ambele părți, este lesne de înțeles rațiunea alin. 6 din art. 97 din HG nr. 925/2006 care nu putea permite aplicarea actualizării inclusiv în beneficiul autorității contractante culpabile atunci când costurile ar fi scăzut.

Considerăm astfel că scopul legii, respectiv scopul alin. 6 din art. 97 din HG nr. 925/2006 este acela de a evita acordarea dreptului autorității la ajustare (în caz de deflație sau de diminuare a costurilor prin lege) și de a evita o dublă reparație în beneficiul constructorului pentru același prejudiciu atunci când prelungirea termenului de execuție este cauzată din culpa autorității.

În niciun caz nu poate fi acceptată opinia potrivit căreia scopul legii este neechitabil și că a constat în a diminua răspunderea autorității contractante pentru prejudiciile cauzate operatorului privat prin propria culpă. O interpretare contrară ar încălca flagrant regulile răspunderii contractuale, în special principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nimeni nu-și poate invoca propria culpa în susținerea intereselor sale).

HG nr. 365/2016, aproape invers față de HG nr. 925/2006, prevede expres pe calea art. 164 alin. 8 numai obligația autorității contractante de a include clauze de revizuire în contract în cazul în care termenul de execuție depășește 24 de luni, fără a mai relua expres actualizarea în cazul prelungirii termenului contractual de execuție și a prelungirii procedurii de atribuire.

Apar firesc două întrebări: (i) în ce măsură se impune actualizarea prețului unui contract al cărui termen de implementare/ execuție stabilit inițial în contract este mai mic de 24 de luni (și care nu cuprinde clauze de ajustare) dar care, în final, este prelungit peste cele 24 de luni prevăzute de lege ca prag pentru includerea obligatorie a clauzelor de revizuire? (ii) și în ce măsură există dreptul la actualizare în cazul prelungirii procedurii de atribuire?

Răspunsul, credem, nu poate fi decât acela în sensul în care se impune actualizarea în ambele cazuri pentru identitate completă de rațiune. În plus, sub imperiul noii legislații, actualizarea se realizează în toate cazurile în care modificarea condițiilor de cost s-a realizat ca urmare a modificărilor legislative (salariul minim, accize, redevențe etc).

Se impune pe final să menționăm că Proiectul de Instrucțiune ANAP a preferat o interpretare unitară a acestor probleme, indiferent că este aplicabilă legea veche (HG nr. 925/2006) sau legea nouă (HG nr. 365/2016).