

**Mențiune:** Materialul reprezintă versiunea sintetizată a celui dezvoltat de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice cu sprijinul Băncii Europene de Investiții în cadrul proiectului SIPOCA 625 "Sprijin în implementarea SNAP prin consolidarea capacității administrative a ANAP și a autorităților contractante", finanțat prin Programul Operațional Capacitate Administrativă 2014-2020.

## ÎNDRUMARE

**privind utilizarea de limite procentuale pentru anumite elemente de preț în formularul de propunere financiară**

## ÎNDRUMARE

### privind utilizarea de limite procentuale pentru anumite elemente de preț în formularul de propunere financiară

Din analiza informațiilor disponibile în spațiul public, se observă cazuri în care autoritățile/entitățile contractante impun limite valorice sau procentuale pentru anumite elemente/componente ale propunerii financiare sau pentru anumite elemente de cost sau prețuri unitare din cadrul propunerii financiare. Din analiza justificărilor furnizate de autoritățile/entitățile contractante privind impunerea unor astfel de limitări s-a constatat că cele mai des invocate se referă la:

- existența unor constrângeri financiar-bugetare referitoare la asigurarea finanțării sau a eligibilității cheltuielilor pentru anumite operațiuni/activități din cadrul contractului;
- necesitatea încadrării în liniile bugetare/devizele aprobate de către finanțator;
- evitarea utilizării de către ofertanți a practicii de front-loading în propunerea financiară;
- existența unor tarife reglementate prin legislație pentru anumite operațiuni/activități.

Prezenta îndrumare își propune să analizeze posibilitatea oferită de dispozițiile legale autorităților/entităților contractante de a impune astfel de limitări, precum și adecvarea impunerii acestor limitări din perspectiva potențialei restrângeri și/sau denaturări a concurenței.

Referitor la dreptul autorităților/entităților contractante de a impune limite valorice sau procentuale aferente valorii anumitor operațiuni/activități din cadrul propunerii financiare, considerăm că sunt relevante următoarele prevederi ale legislației primare și secundare referitoare la achizițiile publice/sectoriale:

#### **Legea 98/2016 - art. 215/Legea 99/2016 - art. 228**

*Alin (4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată.*”

**H.G. 395/2016** (prevederi similare se regăsesc în H.G. 394/2016 – art. 139, respectiv 143 (2))

**Art. 133 (3) Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.**”

„Art. 137(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este **considerată inacceptabilă** în următoarele situații:

*e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv;*

*f) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și, deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Lege.*”

În cazul obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice sunt relevante următoarele prevederi ale H.G nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico - economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, care **obligă** autoritatea/entitatea contractată **să actualizeze liniile bugetare din cadrul devizului general al obiectivului de investiții, pentru a reflecta valoarea obținută în urma procedurii de achiziție publică:**

**“Secțiunea a 5-a Devizul general și devizul pe obiect**

Articolul 10 “(4) Devizul general întocmit la faza de proiectare studiu de fezabilitate în cazul obiectivului nou/mixt de investiții și, respectiv, la faza documentație de avizare a lucrărilor de intervenții în cazul intervenției la construcție existentă se actualizează prin grija beneficiarului investiției/investitorului, ori de câte ori este necesar, dar în mod obligatoriu în următoarele situații:

a) la data supunerii spre aprobare a studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții;

b) la data solicitării autorizației de construire;

c) după finalizarea procedurilor de achiziție publică, rezultând valoarea de finanțare a obiectivului de investiții;

d) la data întocmirii sau modificării de către ordonatorul principal de credite, potrivit legii, a listei obiectivelor de investiții, anexă la bugetul de stat sau la bugetul local.”

Astfel, referitor la dreptul autorităților/entităților contractante de a impune limite valorice sau procentuale aferente valorii anumitor operațiuni/activități din cadrul propunerii financiare, având în vedere jurisprudența existentă și luând în considerare prevederile legale în vigoare, putem concluziona că:

- legislația achizițiilor publice are **prevederi exprese** doar ceea în ceea ce privește stabilirea, de către autoritatea/entitatea contractantă, a valorii **totale** estimate a contractului; nu există prevederi legale care să ofere dreptul autorității/entității contractante de a impune limite/praguri valorice/procentuale pentru anumite operațiuni/activități/componente din cadrul propunerii financiare;
- prevederile legale **nu permit respingerea unei oferte în situația în care se depășesc limitele valorice pentru anumite activități**, dar oferta se încadrează în valoarea totală estimată comunicată prin anunțul de participare;
- legislația prevede că valorile devizului general stabilite la momentul elaborării studiului de fezabilitate (atât valoarea totală, cât și valoarea pe capitole, linii de deviz și obiecte) au doar un caracter estimativ și **impune** ca devizul general să fie actualizat de către autoritatea/entitatea contractantă în conformitate cu valorile rezultate în urma procedurii de achiziție publică. Astfel, în lipsa unor constrângeri exprese impuse autorității/entității contractante prin acte normative specifice (ex. hotărâre de guvern privind aprobarea condițiilor de implementare a programului/a contractului de finanțare care să conțină prevederi exprese privind valoarea maximă (valoarea eligibilă) a fondurilor ce pot fi alocate de finanțator pentru diverse linii bugetare din cadrul bugetului proiectului), **nu se poate reține justificarea** că autoritatea/entitatea contractantă este obligată să se încadreze în valorile capitolelor, subcapitolelor și obiectelor din devizul general elaborat la nivelul studiului de fezabilitate/DALI;
- în lipsa unor **dispoziții legale contrare**, operatorul economic are dreptul de a stabili atât cheltuielile indirecte, cât și profitul pe care intenționează să îl obțină, pe baza propriilor analize, în funcție de managementul propriu;
- ceea ce interesează, având totodată suport legal, în condițiile în care oferta corespunde cerințelor caietului de sarcini și documentației de atribuire, este ca prețul inclus de operatorul economic în propunerea financiară să nu depășească valoarea **totală** estimată, **prețurile propuse să fie justificate și să fie rezultatul liberei concurențe**;
- limitarea valorică/procentuală a valorii unei anumite activități/lucrări din cadrul propunerii financiare, în scopul evitării încărcării frontale a propunerii financiare de către ofertanți, are o eficiență redusă. Pentru a contracara utilizarea unor astfel de practici de către ofertanți, se recomandă ca autoritățile/entitățile contractante să elaboreze și să utilizeze condiții de plată/grafice de plăți care să asigure operatorilor economici un flux de numerar adecvat;
- nu în ultimul rând, trebuie avut în vedere faptul că, din punct de vedere juridic, un contract, fie el rezultat în urma aplicării unei proceduri de achiziții publice, prevede doar un preț care să fie plătit de achizitor, **contractantului neputându-i-se impune condiții care țin de sursele de finanțare a contractului și/sau de disponibilitatea acestora la un moment dat.**

Referitor la dreptul autorităților/entităților contractante de a impune cerințe privind respectarea/ utilizarea de către operatorul economic ofertant, în cadrul propunerii financiare, a unor **tarife obligatorii minime și/sau maxime**, considerăm că sunt relevante următoarele prevederi ale Ordonanței de urgență nr. 49/2009 privind libertatea de stabilire a prestatorilor de servicii și libertatea de a furniza servicii în România (act normativ care transpune Directiva 2006/123/CE privind serviciile în cadrul pieței interne).

*OUG 49/2009 prevede în "Art. 14 - (1) Autoritățile competente române pot condiționa accesul la o activitate de servicii sau exercitarea acesteia de oricare dintre următoarele cerințe: (.....)*

**g) tarife obligatorii minime și/sau maxime pe care trebuie să le respecte prestatorul;**

*h) obligația prestatorului de a oferi alte servicii împreună cu serviciul său.*

*(2) Cerințele menționate la alin. (1) pot fi impuse numai dacă îndeplinesc **cumulativ** următoarele condiții:*

*a) nediscriminare - cerințele sunt nediscriminatorii în cazul persoanelor fizice, în funcție de cetățenie sau de naționalitate, iar în cazul persoanelor juridice, în funcție de situarea sediului social;*

**b) necesitate - cerințele sunt justificate printr-un motiv imperativ de interes general, astfel cum este definit acesta la art. 2 lit. k);**

*c) proporționalitate - cerințele sunt adecvate pentru a garanta îndeplinirea obiectivului urmărit, ele nu depășesc ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivului urmărit și nu este posibilă înlocuirea acestor cerințe cu alte măsuri mai puțin restrictive care să asigure atingerea aceluiași rezultat. "*

În concluzie, pentru a putea impune operatorilor economici prestarea de servicii/activități la tarife obligatorii minime și/sau maxime, cerințele respective trebuie să fie nediscriminatorii și proporționale și să fie justificate printr-un motiv imperativ **de interes general**. Art. 2 lit. k) din OUG nr. 49/2009 definește motivele imperative de interes general astfel:

*"k) motive imperative de interes general - ordinea publică, siguranța publică, sănătatea publică, păstrarea echilibrului financiar al sistemului de securitate socială, protecția consumatorilor, beneficiarilor serviciilor și a lucrătorilor, loialitatea tranzacțiilor comerciale, combaterea fraudei, protecția mediului, sănătatea animalelor, proprietatea intelectuală, conservarea patrimoniului național istoric și artistic, obiectivele de politică socială și de politică culturală, precum și orice alte considerente calificate ca motive imperative de interes general de Curtea de Justiție a Comunităților Europene, în jurisprudența sa;"*

**În concluzie**, deoarece prevederile OUG nr. 49/2009 sunt opozabile autorităților/entităților contractante, acestea au dreptul de a impune cerințe privind respectarea de către operatorul economic ofertant în cadrul propunerii financiare a unor **tarife obligatorii minime și/sau maxime**, doar cu îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute la art. 14 alin. (2) (cerința să fie nediscriminatorie, proporțională și să fie justificată printr-un motiv imperativ de interes general).

Din analiza definiției motivelor imperative de interes general, precum și a exemplelor prezentate în cadrul art. 2 lit. k din OUG nr. 49/2009, rezultă că motive precum respectarea/încadrarea în liniile bugetare aprobate de autoritățile/entitățile contractante sau existența unor constrângeri financiar-bugetare referitoare la asigurarea finanțării pentru anumite operațiuni/activități din cadrul contractului, **nu** se încadrează în categoria motivelor imperative de interes general.

Astfel, referitor la dreptul autorităților/entităților contractante de a impune cerințe privind respectarea/ utilizarea de către operatorul economic ofertant în cadrul propunerii financiare a unor **tarife obligatorii minime și/sau maxime**, putem concluziona următoarele:

- autoritățile/entitățile contractante au dreptul de a impune cerințe privind respectarea de către operatorul economic ofertant, în cadrul propunerii financiare, a unor tarife obligatorii minime și/sau maxime, doar cu îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute la art. 14. alin. (2) din OUG nr. 49/2009 (cerința să fie nediscriminatorie, proporțională și să fie justificată printr-un motiv imperativ de interes general), respectiv să fie fundamentate pe dispoziții/prevederi legale. Un exemplu de dispoziție/prevedere legală prin care autoritatea/entitatea contractantă poate justifica impunerea unor tarife obligatorii este Ordinul nr. 141/2014 pentru aprobarea tarifelor specifice și indicilor specifici utilizați la stabilirea tarifelor de racordare a utilizatorilor

la rețelele electrice de interes public, emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE).

- din analiza definiției motivelor imperative de interes general, precum și a exemplelor prezentate în cadrul art. 2 lit. k) din OUG nr. 49/2009, rezultă că motive precum încadrarea în liniile bugetare aprobate de autoritățile/entitățile contractante, existența unor constrângeri financiar-bugetare referitoare la asigurarea/eligibilitatea finanțării pentru anumite operațiuni/activități din cadrul contractului sau evitarea utilizării de către ofertanți a încărcării frontale a propunerii financiare, **nu se încadrează în categoria motivelor imperative de interes general;**
- din punct de vedere juridic, un contract, fie el rezultat în urma aplicării unei proceduri de achiziții publice, prevede doar un preț care să fie plătit de achizitor, **contractantului neputându-i-se impune condiții care țin de sursele de finanțare a contractului și/sau de disponibilitatea acestora la un moment dat.**