

Modificarea contractelor de achiziție publică. Când, cum și în ce limite?



E o realitate faptul ca participarea la o procedura de achiziție publică implica multa munca și dificultăți în a pregăti și elabora o oferta admisibilă și competitivă. Scopul este unul evident, declararea drept câștigătoare a ofertei și încheierea contractului de achiziție publică. Însa greul de abia acum începe, executarea contractelor presupunând, nu de puține ori, gestionarea unor situații neprevăzute, dar mai ales a unor limitări legislative, voința părților contractante nefiind suficientă sau prioritară în modificarea unui contract de achiziție publică.

De fiecare dată când lansează o procedură, autoritatea contractantă publică o documentație de atribuire care conține informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii. În cadrul documentației de atribuire vom regăsi, în mod obligatoriu, și proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii.

Când procedura de atribuire se finalizează prin încheierea contractului de achiziție, autoritatea contractantă are obligația de a transmite ofertantului declarat câștigător o comunicare privind acceptarea ofertei sale, prin care își manifestă acordul de a încheia contractul de achiziție publică.

Regula este că, ulterior încheierii contractului de achiziție publică, orice modificare survenită în perioada de valabilitate se realizează prin organizarea unei noi proceduri de atribuire, în conformitate cu dispozițiile Legii 98/2016 privind achizițiile publice. În caz contrar, autoritatea are dreptul de a denunța unilateral contractul de achiziție publică inițial, dreptul de denunțare unilaterală fiind prevăzut în condițiile contractuale cuprinse în documentația de atribuire.

Cum orice regulă are și excepții, chiar și în acest domeniu există anumite circumstanțe specifice și limitative în care contractele de achiziție publică pot fi modificate fără a mai fi necesară organizarea unei noi proceduri de atribuire.

Clauzele de revizuire

Un prim caz de modificare fără organizarea unei noi proceduri de atribuire intervine atunci când modificările, indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a pretului.

Clauzele de revizuire precizează limitele și natura eventualelor modificări, precum și condițiile în care se poate recurge la acestea și nu pot

stabili modificari sau optiuni care ar afecta caracterul general al contractului de achizitie publica.

Clauzele de revizuire pot consta în aplicarea unor optiuni de suplimentare sau reducere a contractului/acordului-cadru. În asemenea cazuri se vor include informatii relevante în documentatia de atribuire initiala cu privire la cantitatea de produse/servicii/lucrari ce poate fi achizitionata suplimentar sau care poate fi redusa, în raport cu cea care trebuia furnizata/prestata/executata conform contractului/acordului-cadru initial, intervalul de timp în care poate produce efecte o asemenea optiune, pretul la care vor fi platite produsele/serviciile/lucrurile achizitionate suplimentar.

Exemplu: servicii de proiectare pentru reabilitarea a 100 de blocuri într-o anumita localitate. În functie de resursele bugetare suplimentare care pot fi identificate în timpul implementarii contractului, autoritatea include în documentatia de atribuire optiunea de a suplimenta serviciile de proiectare pentru încă 30 de blocuri.

Clauzele de revizuire pot face referire, spre exemplu, la:

- ✓ ajustarea pretului contractului, ceea ce presupune precizarea în documentatia de atribuire si în contractul în forma initiala a modalitatii/formulei de calcul si a sursei de informatii care vor sta la baza calcularii, într-o maniera obiectiva, a modului de ajustare a pretului pe parcursul implementarii contractului;
- ✓ livrarea unor produse de ultima generatie atunci când furnizorul respectiv a lansat pe piata în timpul derularii contractului versiuni mai performante ale produselor contractate initial, cu mentinerea preturilor prevazute de contractant în oferta sa initiala sau ajustate, dupa cum s-a prevazut în documentatia de atribuire;
- ✓ aplicarea de penalitati prevazute explicit în cadrul contractului, ca urmare a nerespectarii de catre o parte contractanta a obligatiilor sale contractuale (sau din cauza producerii unui eveniment aflat în responsabilitatea contractuala a uneia dintre parti), ceea ce presupune ca vor fi aplicate/platite fara a fi considerate modificari care sa conduca la nevoia organizarii unei noi proceduri de atribuire.

Necesitatea

Modificarea poate opera și pentru lucrarile, serviciile sau produsele aditionale din partea contractantului initial, în limita a maximum 50% din valoarea contractului initial, care au devenit necesare si nu au fost incluse în procedura de achizitie initiala, iar schimbarea contractantului (i) este imposibila din motive economice sau tehnice, precum cerinte privind interschimbabilitatea sau interoperabilitatea cu echipamentele, serviciile sau instalatiile existente achizitionate în cadrul procedurii de achizitii initiale și (ii) ar cauza autoritatii contractante o crestere semnificativa a costurilor.

Cu titlu de *exemplu*, motivele economice sau tehnice pentru care schimbarea contractantului este imposibila ar putea fi determinate de:

- ✓ imposibilitatea prestarii de catre un nou contractant a serviciilor de reparatii suplimentare la ansambluri, subansambluri si piese care initial nu au fost cuprinse în caietul de sarcini aferent achizitiei de servicii de întreținere si reparatii (echipamente, utilaje, instalatii); reparatiile au fost constatate pe fluxul tehnologic specific reviziei/reparatiei planificate, iar procesul tehnologic nu poate fi finalizat fara aceste reparatii suplimentare din cauza interoperabilitatii dintre piesele/subansamblurile suplimentare si cele făcând obiectul contractului initial, iar înlocuirea contractantului ar afecta garantia pe care contractantul initial este obligat sa o asigure conform contractului;
- ✓ imposibilitatea introducerii a încă unui contractant în activitatile de dezvoltare a aceluiasi sistem informatic în conditiile în care este necesara o extensie a sistemului contractat initial, iar daca aceasta extensie ar fi produsa de catre un alt contractant decât contractantul existent fie nu ar putea functiona, fie ar trebui refacut întregul sistem;
- ✓ imposibilitatea schimbarii procesului tehnologic dezvoltat în cadrul proiectului initial din considerente de acces restrictionat al altor operatori economici decât contractantul la utilizarea unei anumite tehnologii pentru care acesta din urma detine brevet de inventie sau drepturi de utilizare exclusiva; de exemplu, în cazul dezvoltarii unei centrale nucleare utilizând un anumit tip de tehnologie, a unei centrale electrice utilizând un anumit tip de turbine pe gaz, a unei retele de telecomunicatii sau semnalizare feroviara, iar eventualele lucrari

suplimentare trebuie sa se realizeze utilizând acelasi tip de tehnologie si/sau echipamente pentru a se asigura interoperabilitatea cu infrastructura existenta.

În schimb, *nu* pot fi considerate motive economice sau tehnice pentru care schimbarea contractantului ar fi imposibila, situații cum ar fi, spre *exemplu*:

✓ într-un contract de executie drumuri apare necesitatea de a executa unele lucrari suplimentare, respectiv lucrari de relocare a unei conducte de gaze; pentru executia acestor lucrari suplimentare, antreprenorul intentioneaza sa introduca în contract un nou subcontractant, specializat în conducte de gaze; chiar daca schimbarea contractantului pentru executia respectivelor lucrari suplimentare ar putea genera dificultati, întârzieri si/sau costuri suplimentare, schimbarea contractorului nu poate fi motivata din punct de vedere tehnic, deoarece executia unor lucrari de relocare a unei conducte de gaze nu este economic sau tehnic inseparabila de lucrarile de drumuri; de asemenea, faptul ca antreprenorul intentioneaza sa subcontracteze aceste lucrari catre un subcontractant nou este un indiciu ca schimbarea contractantului nu este imposibila;

✓ daca într-un contract de reabilitare a unei structuri apare necesitatea executiei unor lucrari noi aferente, de exemplu, a consolidarii fundatiei acesteia, chiar daca schimbarea contractantului pentru executia respectivelor lucrari ar putea genera dificultati, întârzieri sau costuri si chiar daca fundatia este un element inseparabil din punct de vedere constructiv de restul elementelor structurii, schimbarea contractorului nu poate fi motivata din punct de vedere tehnic deoarece lucrarile de consolidare a fundatiei pot fi executate si de catre un alt contractant.

Circumstanțele neprevazute

Modificarea poate interveni și atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ urmatoarele conditii: (i) modificarea a devenit necesara în urma unor circumstante pe care o autoritate contractanta care actioneaza cu diligența nu ar fi putut sa le prevada, (ii) modificarea nu afecteaza caracterul general al contractului, iar (iii) cresterea pretului nu depaseste 50% din valoarea contractului de achizitie publica/acordului-cadru initial.

Modificarea contractului ca urmare a unor circumstante care nu ar fi putut fi prevazute poate fi justificata, de *exemplu*, de:

✓ evolutia degradarii structurilor, daca aceasta a fost cauzata de factori care nu au fost si care nu puteau fi anticipati din cauza caracterului lor extraordinar, neobisnuit pentru zona si conditiile în care s-au produs; în schimb, evolutia normala a degradarilor structurilor, generata de timpul scurs între perioada elaborarii studiului de fezabilitate si perioada derularii procedurii de atribuire, respectiv data de clarificare, este o situatie pe care o autoritate contractanta diligența o putea anticipa;

✓ inundatiile, alunecarile de teren si caderile de versanti, în conditiile în care acestea reprezinta fenomene neobisnuite pentru zona geografica respectiva si doar în cazul în care investigatiile si studiile de teren necesare au fost realizate, fiind aplicate toate prevederile legale, dar si cunostintele si bunele practici legate de domeniul din care face parte contractul;

✓ modificarile de acte normative, inclusiv normative tehnice, făcând necesara modificarea cerintelor tehnice ale produselor/serviciilor/lucrarilor, daca acestea au fost publicate dupa data de clarificare.

Nu pot fi însă considerate circumstanțe neprevazute de autoritatea contractanta motive care tin, de *exemplu*, de lipsa sa de experienta sau cunostinte de specialitate în domeniul achizitiei, de cooperarea inexistentă, inadecvata cu diversi factori de decizie, actori institutionali sau de lipsa sa de control asupra situatiei invocate - aceste circumstante tin de imposibilitatea de a anticipa, prevedea, si nu de imposibilitatea de a controla. La fel, planificarea defectuoasa a serviciilor/lucrarilor si/sau erorile de proiectare, precum si pregatirea neadecvata a modului de atribuire a contractului de catre autoritatea contractanta nu intra în categoria circumstantelor care nu au putut fi prevazute si, prin urmare, nu constituie o justificare.

În cazul în care se efectueaza majorarea pretului contractului prin mai multe modificari succesive, valoarea cumulata a modificarilor contractului nu va depasi cu mai mult de 50% valoarea contractului initial.

Înlocuirea contractantului inițial

O altă situație în care modificarea contractului nu implică organizarea unei noi proceduri este cea în care contractantul cu care autoritatea contractantă a încheiat inițial contractul de achiziție publică este înlocuit de un nou contractant, în una dintre următoarele situații:

- (i) ca urmare a unei clauze de revizuire sau a unei opțiuni stabilite de autoritatea contractantă;
- (ii) drepturile și obligațiile contractantului inițial rezultate din contractul de achiziție publică sunt preluate, ca urmare a unei succesiuni universale sau cu titlu universal în cadrul unui proces de reorganizare, inclusiv prin fuziune, divizare, achiziție sau insolvență, de către un alt operator economic care îndeplinește criteriile de calificare și selecție stabilite inițial, cu condiția ca această modificare să nu presupună alte modificări substanțiale ale contractului de achiziție publică și să nu se realizeze cu scopul de a eluda aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta lege;
- (iii) în cazul în care autoritatea contractantă își asumă obligațiile contractantului principal față de subcontractanții acestuia, respectiv acestia față de autoritatea contractantă.

Modificare nesubstanțială

Contractul inițial poate fi modificat și atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanțiale.

Modificarea unui contract, pe durata sa, este considerată a fi substanțială atunci când prin această modificare contractul prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului inițial.

Fără a aduce atingere situațiilor prezentate mai sus, o modificare a unui contract de achiziție publică/acord-cadru este considerată modificare substanțială atunci când este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele condiții:

- modificarea 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;
- modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de achiziție publică/acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul de achiziție publică/acordul-cadru inițial;
- modificarea extinde în mod considerabil obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru;
- un nou contractant înlocuiește contractantul inițial, în alte cazuri decât cele prevăzute la supra.

Modificarea este considerată nesubstanțială în situații, cum ar fi, de *exemplu*:

- ✓ introducerea/înlocuirea de către operatorul economic a unui nou subcontractant, în timpul implementării contractului, cu respectarea condițiilor privind înlocuirea;
- ✓ înlocuirea liderului asocierii prin preluarea acestei calități de către unul din membrii asocierii și/sau modificarea componentei inițiale a asocierii prin preluarea atribuțiilor unui/unor membru/membri de către alt asociat/restul asociaților, cu condiția ca, de exemplu, după modificarea componentei, membrii asocierii să îndeplinească cerințele de calificare și selecție stabilite inițial în documentația de atribuire;

✓ modificarea procentelor asociatilor din valoarea contractului, în masura în care o astfel de modificare asigura: îndeplinirea în continuare a cerintelor de calificare din documentatia de atribuire nu afecteaza aplicarea factorilor calitativi de evaluare din cadrul criteriului de atribuire a contractului (astfel cum au fost formulate aceste aspecte în documentatia de atribuire) si nu modifica conditiile specifice privind executarea contractului stabilite anterior de autoritate în cazul operatorilor economici care participa în comun la procedura de atribuire.

Valoarea modificarii și nealterarea caracterului general al contractului

Contractul inițial mai poate fi modificat fara lansarea unei noi proceduri atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ urmatoarele conditii:

(i) valoarea modificarii este mai mica decât pragurile valorice corespunzatoare prevazute în Legea 98/2016;

(ii) valoarea modificarii este mai mica decât 10% din pretul contractului de achizitie publica initial, în cazul contractelor de achizitie publica de servicii sau de produse, sau mai mica decât 15% din pretul contractului de achizitie publica initial, în cazul contractelor de achizitie publica de lucrari;

(iii) modificarea nu aduce atingere caracterului general al contractului sau al acordului-cadru în baza caruia se atribuie contractul subsecvent respectiv.

Prin natura generala a contractului se înțelege obiectivele principale urmarite de autoritatea contractanta la realizarea achizitiei initiale, obiectul principal al contractului si drepturile si obligatiile principale ale contractului, inclusiv principalele cerinte de calitate si performanta.

În cazul în care se efectueaza mai multe modificari succesive, valoarea modificarilor se va determina pe baza valorii nete cumulate a modificarilor succesive.

Realizarea modificarilor

Este de la sine înțeles ca orice modificare contractuala se realizeaza numai cu acceptul autorității contractante.

Pentru fiecare modificare contractuala autoritatea va efectua o analiza cu privire la necesitatea si justificarea modificarii, care se va formaliza printr-un document, însoțit de analize justificative detaliate (de *exemplu*, analize de piata), la nivelul caruia se va demonstra încadrarea în circumstantele specifice.

Intentia autorității de efectuare a modificarilor contractuale va fi, în mod obligatoriu, notificata institutiei responsabile cu controlul ex-ante.

Toate modificarile contractelor de achizitie publica vor fi publicate în sectiunea dedicata din SEAP, astfel încât sa rezulte durata si pretul final la finalizarea sau încetarea acestora.

Iar daca modificarile contractuale nu pot fi efectuate fara lansarea unei noi proceduri, contractantul inițial poate participa la noua procedura de atribuire organizata ca urmare a intervenirii unei modificari substanțiale a contractului, fara a se afla în situația unui conflict de interese.