**Amelia Teis, Partener D&B David și Baias**

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

E o realitate faptul că participarea la o procedură de achiziție publică implică multă muncă și dificultăți în a pregăti și elabora o ofertă admisibilă și competitivă. Scopul este unul evident, declararea drept câștigătoare a ofertei și încheierea contractului de achiziție publică. Însă 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 documentaţie de atribuire care conţine informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii. În cadrul documentației de atribuire vom regăsi, în mod obligatoriu, și proiectul de contract conţinând clauzele contractuale obligatorii.

Când procedura de atribuire se finalizează prin încheierea contractului de achiziție, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite ofertantului declarat câştigător o comunicare privind acceptarea ofertei sale, prin care îşi manifestă acordul de a încheia contractul de achiziţie 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 dispoziţiile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice. În caz contrar, autoritatea are dreptul de a denunţa unilateral contractul de achiziţie publică iniţial, dreptul de denunţare unilaterală fiind prevăzut în condiţiile contractuale cuprinse în documentaţia de atribuire.

Cum orice regulă are și excepții, chiar și în acest domeniu există anumite circumstanțe specifice și limitative în care contractele de achiziţie 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 achiziţiei iniţiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise şi fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a preţului.

Clauzele de revizuire precizează limitele şi natura eventualelor modificări, precum şi condiţiile în care se poate recurge la acestea, şi nu pot stabili modificări sau opţiuni care ar afecta caracterul general al contractului de achiziţie publică.

Clauzele de revizuire pot consta în aplicarea unor opţiuni de suplimentare sau reducere a contractului/acordului-cadru. În asemenea cazuri, se vor include informaţii relevante în documentaţia de atribuire iniţială cu privire la cantitatea de produse/servicii/lucrări ce poate fi achiziţionată suplimentar sau care poate fi redusă, în raport cu cea care trebuia furnizată/prestată/executată conform contractului/acordului-cadru iniţial, intervalul de timp în care poate produce efecte o asemenea opţiune, preţul la care vor fi plătite produsele/serviciile/lucrările achiziţionate suplimentar.

*Exemplu*: servicii de proiectare pentru reabilitarea a 100 de blocuri într-o anumită localitate. În funcţie de resursele bugetare suplimentare care pot fi identificate în timpul implementării contractului, autoritatea include în documentaţia de atribuire opţiunea de a suplimenta serviciile de proiectare pentru încă 30 de blocuri.

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

* ajustarea preţului contractului, ceea ce presupune precizarea în documentaţia de atribuire şi în contractul în forma iniţială a modalităţii/formulei de calcul şi a sursei de informaţii care vor sta la baza calculării, într-o manieră obiectivă, a modului de ajustare a preţului pe parcursul implementării contractului;
* livrarea unor produse de ultimă generaţie atunci când furnizorul respectiv a lansat pe piaţă, în timpul derulării contractului, versiuni mai performante ale produselor contractate iniţial, cu menţinerea preţurilor prevăzute de contractant în oferta sa iniţială sau ajustate, după cum s-a prevăzut în documentaţia de atribuire;
* aplicarea de penalităţi prevăzute explicit în cadrul contractului, ca urmare a nerespectării de către o parte contractantă a obligaţiilor sale contractuale (sau din cauza producerii unui eveniment aflat în responsabilitatea contractuală a uneia dintre părţi), ceea ce presupune că vor fi aplicate/plătite fără a fi considerate modificări care să conducă la nevoia organizării unei noi proceduri de atribuire.

**Necesitatea**

Modificarea poate opera și pentru lucrările, serviciile sau produsele adiţionale din partea contractantului iniţial, în limita a maximum 50% din valoarea contractului iniţial, care au devenit necesare şi nu au fost incluse în procedura de achiziţie iniţială, iar schimbarea contractantului: (i) este imposibilă din motive economice sau tehnice, precum cerinţe privind interschimbabilitatea sau interoperabilitatea cu echipamentele, serviciile sau instalaţiile existente achiziţionate în cadrul procedurii de achiziţii iniţiale și (ii) ar cauza autorităţii contractante o creştere semnificativă a costurilor.

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

* imposibilitatea prestării de către un nou contractant a serviciilor de reparaţii suplimentare la ansambluri, subansambluri şi piese care, iniţial, nu au fost cuprinse în caietul de sarcini aferent achiziţiei de servicii de întreţinere şi reparaţii (echipamente, utilaje, instalaţii); reparaţiile au fost constatate pe fluxul tehnologic specific reviziei/reparaţiei planificate, iar procesul tehnologic nu poate fi finalizat fără aceste reparaţii suplimentare din cauza interoperabilităţii dintre piesele/subansamblurile suplimentare şi cele făcând obiectul contractului iniţial, iar înlocuirea contractantului ar afecta garanţia pe care contractantul iniţial este obligat să o asigure conform contractului;
* imposibilitatea introducerii a încă unui contractant în activităţile de dezvoltare a aceluiaşi sistem informatic în condiţiile în care este necesară o extensie a sistemului contractat iniţial, iar dacă această extensie ar fi produsă de către un alt contractant decât contractantul existent fie nu ar putea funcţiona, fie ar trebui refăcut întregul sistem;
* imposibilitatea schimbării procesului tehnologic dezvoltat în cadrul proiectului iniţial din considerente de acces restricţionat al altor operatori economici decât contractantul la utilizarea unei anumite tehnologii pentru care acesta din urmă deţine brevet de invenţie sau drepturi de utilizare exclusivă; de exemplu, în cazul dezvoltării unei centrale nucleare utilizând un anumit tip de tehnologie, a unei centrale electrice utilizând un anumit tip de turbine pe gaz, a unei reţele de telecomunicaţii sau semnalizare feroviară, iar eventualele lucrări suplimentare trebuie să se realizeze utilizând acelaşi tip de tehnologie şi/sau echipamente pentru a se asigura interoperabilitatea cu infrastructura existentă.

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

* într-un contract de execuţie drumuri apare necesitatea de a executa unele lucrări suplimentare, respectiv lucrări de relocare a unei conducte de gaze; pentru execuţia acestor lucrări suplimentare, antreprenorul intenţionează să introducă în contract un nou subcontractant, specializat în conducte de gaze; chiar dacă schimbarea contractantului pentru execuţia respectivelor lucrări suplimentare ar putea genera dificultăţi, întârzieri şi/sau costuri suplimentare, schimbarea contractorului nu poate fi motivată din punct de vedere tehnic, deoarece execuţia unor lucrări de relocare a unei conducte de gaze nu este economic sau tehnic inseparabilă de lucrările de drumuri; de asemenea, faptul că antreprenorul intenţionează să subcontracteze aceste lucrări către un subcontractant nou este un indiciu că schimbarea contractantului nu este imposibilă;
* dacă într-un contract de reabilitare a unei structuri apare necesitatea execuţiei unor lucrări noi aferente, de exemplu, a consolidării fundaţiei acesteia, chiar dacă schimbarea contractantului pentru execuţia respectivelor lucrări ar putea genera dificultăţi, întârzieri sau costuri şi chiar dacă fundaţia este un element inseparabil din punct de vedere constructiv de restul elementelor structurii, schimbarea contractorului nu poate fi motivată din punct de vedere tehnic deoarece lucrările de consolidare a fundaţiei pot fi executate şi de către un alt contractant.

**Circumstanțele neprevăzute**

Modificarea poate interveni și atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii: (i) modificarea a devenit necesară în urma unor circumstanţe pe care o autoritate contractantă care acţionează cu diligenţă nu ar fi putut să le prevadă, (ii) modificarea nu afectează caracterul general al contractului, iar (iii) creşterea preţului nu depăşeşte 50% din valoarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru iniţial.

Modificarea contractului ca urmare a unor circumstanţe care nu ar fi putut fi prevăzute poate fi justificată, de *exemplu*, de:

* evoluţia degradării structurilor, dacă aceasta a fost cauzată de factori care nu au fost şi care nu puteau fi anticipaţi din cauza caracterului lor extraordinar, neobişnuit pentru zona şi condiţiile în care s-au produs; în schimb, evoluţia normală a degradărilor structurilor, generată de timpul scurs între perioada elaborării studiului de fezabilitate şi perioada derulării procedurii de atribuire, respectiv data de clarificare, este o situaţie pe care o autoritate contractantă diligentă o putea anticipa;
* inundaţiile, alunecările de teren şi căderile de versanţi, în condiţiile în care acestea reprezintă fenomene neobişnuite pentru zona geografică respectivă şi doar în cazul în care investigaţiile şi studiile de teren necesare au fost realizate, fiind aplicate toate prevederile legale, dar şi cunoştinţele şi bunele practici legate de domeniul din care face parte contractul;
* modificările de acte normative, inclusiv normative tehnice, făcând necesară modificarea cerinţelor tehnice ale produselor/serviciilor/lucrărilor, dacă acestea au fost publicate după data de clarificare.

Nu pot fi, însă, considerate circumstanțe neprevăzute de autoritatea contractantă motive care ţin, de *exemplu*, de lipsa sa de experienţă sau cunoştinţe de specialitate în domeniul achiziţiei, de cooperarea inexistentă, inadecvată cu diverşi factori de decizie, actori instituţionali sau de lipsa sa de control asupra situaţiei invocate - aceste circumstanţe ţin de imposibilitatea de a anticipa, prevedea, şi nu de imposibilitatea de a controla. La fel, planificarea defectuoasă a serviciilor/lucrărilor şi/sau erorile de proiectare, precum şi pregătirea neadecvată a modului de atribuire a contractului de către autoritatea contractantă nu intră în categoria circumstanţelor care nu au putut fi prevăzute şi, prin urmare, nu constituie o justificare.

În cazul în care se efectuează majorarea preţului contractului prin mai multe modificări succesive, valoarea cumulată a modificărilor contractului nu va depăşi cu mai mult de 50% valoarea contractului iniţial.

**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 iniţial contractul de achiziţie publică este înlocuit de un nou contractant, în una dintre următoarele situaţii:

(i) ca urmare a unei clauze de revizuire sau a unei opţiuni stabilite de autoritatea contractantă;

(ii) drepturile şi obligaţiile contractantului iniţial rezultate din contractul de achiziţie publică sunt preluate, ca urmare a unei succesiuni universale sau cu titlu universal în cadrul unui proces de reorganizare, inclusiv prin fuziune, divizare, achiziţie sau insolvenţă, de către un alt operator economic care îndeplineşte criteriile de calificare şi selecţie stabilite iniţial, cu condiţia ca această modificare să nu presupună alte modificări substanţiale ale contractului de achiziţie publică şi să nu se realizeze cu scopul de a eluda aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta lege;

(iii) în cazul în care autoritatea contractantă îşi asumă obligaţiile contractantului principal faţă de subcontractanţii acestuia, respectiv aceştia faţă de autoritatea contractantă.

**Modificare nesubstanțială**

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

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

Fără a aduce atingere situațiilor prezentate mai sus, o modificare a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru este considerată modificare substanţială atunci când este îndeplinită cel puţin una dintre următoarele condiţii:

* modificarea introduce condiţii care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire iniţială, ar fi permis selecţia altor candidaţi decât cei selectaţi iniţial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată iniţial sau ar fi atras şi alţi participanţi la procedura de atribuire;
* modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul de achiziţie publică/acordul-cadru iniţial;
* modificarea extinde în mod considerabil obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru;
* un nou contractant înlocuieşte contractantul iniţial, în alte cazuri decât cele prevăzute la supra.

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

* introducerea/înlocuirea de către operatorul economic a unui nou subcontractant, în timpul implementării contractului, cu respectarea condiţiilor privind înlocuirea;
* înlocuirea liderului asocierii prin preluarea acestei calităţi de către unul din membrii asocierii şi/sau modificarea componenţei iniţiale a asocierii prin preluarea atribuţiilor unui/unor membru/membri de către alt asociat/restul asociaţilor, cu condiţia ca, de exemplu, după modificarea componenţei, membrii asocierii să îndeplinească cerinţele de calificare şi selecţie stabilite iniţial în documentaţia de atribuire;
* modificarea procentelor asociaţilor din valoarea contractului, în măsura în care o astfel de modificare asigură: îndeplinirea în continuare a cerinţelor de calificare din documentaţia de atribuire nu afectează aplicarea factorilor calitativi de evaluare din cadrul criteriului de atribuire a contractului (astfel cum au fost formulate aceste aspecte în documentaţia de atribuire) şi nu modifică condiţiile specifice privind executarea contractului stabilite anterior de autoritate în cazul operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire.

**Valoarea modificării și nealterarea caracterului general al contractului**

Contractul inițial mai poate fi modificat fără lansarea unei noi proceduri atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii:

(i) valoarea modificării este mai mică decât pragurile valorice corespunzătoare prevăzute în Legea 98/2016;

(ii) valoarea modificării este mai mică decât 10% din preţul contractului de achiziţie publică iniţial, în cazul contractelor de achiziţie publică de servicii sau de produse, sau mai mică decât 15% din preţul contractului de achiziţie publică iniţial, în cazul contractelor de achiziţie publică de lucrări;

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

Prin natură generală a contractului se înţelege obiectivele principale urmărite de autoritatea contractantă la realizarea achiziţiei iniţiale, obiectul principal al contractului şi drepturile şi obligaţiile principale ale contractului, inclusiv principalele cerinţe de calitate şi performanţă.

În cazul în care se efectuează mai multe modificări succesive, valoarea modificărilor se va determina pe baza valorii nete cumulate a modificărilor succesive.

**Realizarea modificărilor**

Este de la sine înțeles că orice modificare contractuală se realizează numai cu acceptul autorității contractante.

Pentru fiecare modificare contractuală autoritatea va efectua o analiză cu privire la necesitatea şi justificarea modificării, care se va formaliza printr-un document, însoţit de analize justificative detaliate (de *exemplu*, analize de piaţă), la nivelul căruia se va demonstra încadrarea în circumstanţele specifice.

Intenţia autorității de efectuare a modificărilor contractuale va fi, în mod obligatoriu, notificată instituţiei responsabile cu controlul ex-ante.

Toate modificările contractelor de achiziţie publică vor fi publicate în secţiunea dedicată din SEAP, astfel încât să rezulte durata şi preţul final la finalizarea sau încetarea acestora.

Iar dacă modificările contractuale nu pot fi efectuate fără lansarea unei noi proceduri, contractantul inițial poate participa la noua procedură de atribuire organizată ca urmare a intervenirii unei modificări substanțiale a contractului, fără a se afla în situația unui conflict de interese.