

INSTRUCȚIUNI nr. 1 din 2 martie 2016 privind modificarea contractului de achiziție publică în cursul perioadei sale de valabilitate și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale

EMITENT: AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZITII PUBLICE
PUBLICAT ÎN: MONITORUL OFICIAL nr. 171 din 7 martie 2016

Data Intrării în vigoare: 07 Martie 2016

Având în vedere:

- prevederile art. 2 alin. (2), art. 28 alin. (7), art. 29 alin. (2¹) și art. 122 lit. i) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare;
- prevederile art. 5 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare;
- Scrisoarea Comisiei Europene nr. DG MARKT/C3/EP/ff (2010) din data de 9 septembrie 2010 cu privire la modul de calcul al pragului valoric prevăzut la art. 31 alin. (4) lit. a) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii și Scrisoarea Comisiei Europene nr. DG MARKT/C3/EP/kr (2012) din data de 22 mai 2012 cu privire la autorizarea ordinelor de variație în contractele de lucrări publice, implementate prin devizul general;
- jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene - Cazul C-337/98 - Comisia/Franța și Cazul C-454/06, Pessetext,
ținând cont de numeroasele solicitări de emiteră a unor îndrumări privind posibilitatea de modificare a contractului fie prin suplimentarea fizică și/sau valorică a acestuia, fie prin renunțarea la anumite părți ale acestuia, fie prin modificarea/actualizarea proiectului/soluției tehnice etc. și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale,
în sensul unei abordări unitare în ceea ce privește situațiile în care devine incidentă aplicarea în practică a prevederilor legale menționate mai sus,
în temeiul art. 4 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, aprobată prin Legea nr. 244/2015,

președintele Agenției Naționale pentru Achiziții Publice emite următoarea instrucțiune:

ART. 1

(1) Autoritatea contractantă și operatorul/operatorii economic/economici stabilesc, prin

semnarea contractului de achiziție publică ca urmare a acordului de voință exprimat, care este întinderea drepturilor și obligațiilor pe care și le asumă, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice.

(2) În situația în care, pe parcursul derulării unui contract de achiziție publică, apare necesitatea modificării condițiilor/ clauzelor inițiale ale contractului, autoritatea contractantă va stabili, înainte de aprobarea și implementarea acestei modificări, dacă modificarea avută în vedere este, raportat la circumstanțele specifice ale contractului, substanțială sau nesubstanțială.

Stricta aplicare a prevederilor contractului

ART. 2

(1) Schimbările rezultate din simpla aplicare a clauzelor contractuale nu reprezintă o modificare a contractului inițial, ci doar aplicarea prevederilor contractului inițial, dacă sunt îndeplinite condițiile definite în alineatele de mai jos.

(2) Clauzele contractuale de schimbare trebuie să fie menționate în documentația de atribuire și trebuie să precizeze limitele și natura posibilelor modificări/suplimentări, precum și condițiile în care se poate recurge la ele. Ele nu trebuie să prevadă modificări/suplimentări care ar schimba caracterul general al contractului.

(3) Pentru a nu reprezenta o modificare a contractului inițial, ci doar aplicarea prevederilor contractului inițial, astfel de schimbări:

a) trebuie să fie clar anticipate în contract prin "clauze de schimbare", cunoscute de către toți ofertanții și care indică o metodă obiectivă de calcul al prețului final ce urmează a fi plătit (de exemplu, pe baza prețurilor unitare), pentru a evita orice modificare discreționară pe durata execuției contractului care ar putea afecta condițiile competiției inițiale;

b) rezultă exclusiv din aplicarea "mecanică" a "clauzelor de schimbare" din contractul inițial, cu excluderea oricăror altor modificări ale cerințelor contractului inițial. Aplicarea clauzelor de schimbare este considerată "mecanică" în momentul în care nu presupune ca vreo decizie să fie luată de către vreo parte contractantă (sau de către persoane acționând în numele unei părți contractante, cum ar fi proiectantul, diriginți de șantier sau ingineri consultanți în cadrul contractelor FIDIC) în legătură cu oportunitatea modificării, dar care este "mecanică" din moment ce contractul prevede în mod clar și explicit faptul că, în anumite cazuri, evenimente sau circumstanțe, o schimbare va fi implementată.

Exemplul 1: În cazul contractelor de tip FIDIC roșu (de execuție lucrări pe baza proiectului pus la dispoziția ofertanților de autoritatea contractantă), cu liste de cantități, sumele datorate antreprenorului sunt calculate în funcție de cantitățile de lucrări real executate. Aceste cantități pot fi diferite de cele înscrise în listele inițiale de cantități.

Diferențele dintre cantitățile estimate inițial (în contract) și cele real executate, fără modificarea proiectului tehnic, nu reprezintă o modificare substanțială/nesubstanțială, dacă aceste diferențe sunt datorate doar nepotrivirilor dintre estimarea inițială și realitatea execuției, fără a afecta proiectul tehnic sau specificațiile tehnice.

Dacă diferențele de cantități sunt datorate altor modificări cum ar fi modificări de proiect sau de specificații, atunci aceste diferențe nu sunt remăsurători, ci vor fi analizate ca modificări.

Nota 1: Impactul schimbărilor din acest exemplu poate conduce la o mărire a prețului contractului, caz în care autoritatea contractantă va încheia, din motive de angajament bugetar, un act adițional cu operatorul economic (prin acordul părților, fără a derula vreo procedură de atribuire).

Exemplul 2: În cazul în care contractul de achiziție publică prevede penalizări sau despăgubiri ca urmare a nerespectării de către o parte contractantă a obligațiilor sale contractuale (sau ca urmare a producerii unui eveniment aflat în responsabilitatea acestei părți), penalizările sau despăgubirile, după caz, vor fi aplicate/plătite fără a fi considerate modificări și fără derularea unei proceduri de achiziție publică, dar cu condiția ca metoda aferentă să fie explicit menționată în contractul inițial. În acest sens, plata unor costuri suplimentare și/sau prelungirea perioadei de execuție ca urmare a unor revendicări în cadrul contractelor de lucrări de tip FIDIC sunt considerate despăgubiri, iar metoda de determinare a lor este stabilită în contract.

Nota 2: Reglementările în domeniul achiziției publice nu impun vreun prag valoric limitativ cu privire la creșterea/micșorarea prețului contractului ca urmare a aplicării prevederilor contractului. Cu toate acestea, în cazul situației de la exemplul 1, autoritatea contractantă va urmări ca la finalul contractului valoarea netă a diferențelor din remăsurători să se încadreze în plafonul de "cheltuieli diverse și neprevăzute", stabilit conform legislației incidente, sau într-unul de 10% din prețul contractului inițial (în situația în care nu există deviz sau prin acesta nu au fost stabilite asemenea cheltuieli), din considerentul că depășirea prețului inițial al contractului cu o valoare mai mare reprezintă un indiciu suficient că există inconsistențe în cadrul proiectului tehnic sau al specificațiilor tehnice.

Nota 3: Exemplele date cu referiri la contracte de lucrări FIDIC se aplică în mod corespunzător oricăror altor contracte, în măsura în care acestea conțin prevederi relevante similare (în exemplul de față, plată pe bază de cantități real executate, spre deosebire de plățile bazate pe preț global).

ART. 3

(1) Condițiile de aplicare a "clauzelor de schimbare" nu vor fi întrunite dacă, de exemplu:

- metoda de calcul al prețului final ce urmează a fi plătit nu a fost definită în mod obiectiv în contractul inițial; sau

- schimbarea cantităților/prețului ce urmează a fi plătit nu a fost clar precizată în "clauzele de schimbare", ci rezultă din alte evenimente, precum o modificare a soluției tehnice pe durata executării contractului din cauza unui proiect inițial defectuos, adiționarea de noi lucrări, inițial nesolicitate, sau alte cauze.

(2) Orice variație a cantităților/prețului care nu rezultă din aplicarea "mecanică" a "clauzelor de schimbare" inițiale va fi analizată ca modificare a contractului. Dacă o astfel de modificare este substanțială, autoritatea contractantă are obligația de a derula o nouă procedură de achiziție/atribuire.

Exemplul 3: Clauza 13 din condițiile de contract FIDIC roșu prevede posibilitatea pentru autoritatea contractantă (reprezentată de inginerul consultant FIDIC) de a efectua modificări după cum urmează:

a) modificări ale cantităților pentru un articol de lucrări din contract (deși asemenea schimbări nu vor constitui în mod necesar o modificare, astfel cum este prezentat în exemplul 1, aferent art. 2);

b) modificări ale calității și ale altor caracteristici ale unui articol de lucrări;

c) modificări ale cotelor, pozițiilor și/sau dimensiunilor unei părți din lucrări;

d) omiterea unor lucrări, cu excepția celor realizate de către alți executanți;

e) orice lucrare suplimentară, echipament, materiale sau servicii necesare pentru lucrările permanente, împreună cu testele la terminare aferente, foraje și alte activități de testare și investigare; sau

f) modificarea succesiunii sau programului de execuție a lucrărilor.

Toate aceste modificări presupun o decizie de oportunitate din partea autorității contractante. Astfel, modificările efectuate în acest cadru nu sunt rezultatul aplicării "mecanice" a prevederilor contractuale, ci vor fi analizate, de la caz la caz, ca modificări ce pot fi fie unele nesubstanțiale, fie unele substanțiale.

Modificări nesubstanțiale

ART. 4

(1) Modificările nesubstanțiale ale contractelor în derulare nu reprezintă o nouă atribuire și nu necesită derularea unei noi proceduri de atribuire.

Notă: În cazul în care o asemenea modificare conduce la o mărire a prețului contractului, autoritatea contractantă poate încheia, din motive de angajament bugetar, un act adițional cu operatorul economic (prin acordul părților, fără a derula vreo procedură de atribuire).

(2) O modificare va fi considerată nesubstanțială atunci când, în mod cumulativ:

a) modificarea nu introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura inițială de atribuire, ar fi permis selectarea altor candidați decât a celor selectați inițial sau alegerea unei alte oferte decât a celei declarate câștigătoare ori ar fi permis și participarea altor operatori economici la procedură;

b) modificarea nu schimbă balanța economică a contractului în favoarea contractantului într-o manieră care nu a fost prevăzută în contractul inițial;

c) modificarea nu extinde domeniul contractului în mod considerabil.

Exemplul 4: Introducerea de către operatorul economic a unui nou subcontractant în timpul implementării contractului, în condițiile în care nominalizarea acestui subcontractant în cadrul ofertei operatorului nu ar fi avut vreun impact cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare/selecție sau la aplicarea criteriului de atribuire și fără a modifica prețul contractului, este o modificare nesubstanțială.

Exemplul 5: Modificarea secvenței unor activități, fără a afecta nici termenele contractuale, nici condițiile de aplicare a criteriului de atribuire, nici prețul contractului, este o modificare nesubstanțială.

(3) Dreptul autorității contractante de a efectua modificări nesubstanțiale nu o exonerează de respectarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor, inclusiv sub aspectul necesității și oportunității modificărilor.

Prag valoric ca reper pentru încadrarea ca modificare nesubstanțială

ART. 5

(1) În aplicarea condițiilor prevăzute la art. 4 alin. (2), la luarea deciziei privind încadrarea unei modificări ca fiind nesubstanțială, autoritatea contractantă va analiza dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- respectiva modificare este aferentă unui contract de servicii sau de lucrări aferent realizării investițiilor publice și/sau a lucrărilor de intervenție asupra acestora;

- în urma exprimării în termeni monetari, valoarea modificării nu depășește valoarea ce rezultă din aplicarea procentului de "cheltuieli diverse și neprevăzute" (definit în devizul general al proiectului și/sau în contract, conform legislației incidente) sau 10% din prețul contractului inițial (în situația în care nu există deviz sau prin deviz/contract nu au fost stabilite asemenea

cheltuieli);

- respectiva modificare este strict necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică;
- respectiva modificare este în directă corelare cu obiectul contractului de achiziție publică;
- nu este schimbat caracterul general al obiectului contractului, fapt ce presupune că scopul contractului (așa cum a fost descris în cadrul procedurii prin care a fost atribuit inițial), precum și indicatorii principali ce caracterizează rezultatul respectivului contract rămân nemodificați.

(2) Autoritatea contractantă va urmări modificările nesubstanțiale succesive care nu au fost prevăzute în contractul inițial, deoarece suma acestora poate conduce la o modificare substanțială a contractului.

ART. 6

(1) În sensul art. 5, valoarea modificării este valoarea netă a acesteia din punct de vedere monetar.

Exemplul 6: Într-un contract de lucrări, intrarea principală ce se realizează printr-o ușă cu un preț contractual de 300 u.m. este înlocuită cu 2 intrări adiacente cu 2 uși de alt tip, cu preț de 200 u.m. fiecare. Valoarea modificării este de +100.

(2) Valoarea cumulată a modificărilor succesive se calculează ca suma aritmetică a valorilor nete ale acestor modificări. Exemplul 7: Modificarea nr. 1 are o valoare de +100 u.m. Modificarea nr. 2 are o valoare de -30 u.m. Valoarea cumulată a acestor două modificări este +70.

(3) În procesul de exprimare a valorii modificării în termeni monetari, anterior aprobării acesteia, autoritatea contractantă va documenta și va justifica metodele folosite, respectând principiul eficienței utilizării fondurilor.

Fiecare modificare de preț va fi calculată pe baza unor prețuri similare din contract cu adaptările de rigoare. Dacă nu există prețuri similare pentru calcularea modificării, acesta se va calcula potrivit costului rezonabil de execuție a lucrării, luând în considerare orice aspect relevant la care se adaugă un profit rezonabil. Caracterul rezonabil va fi evaluat în raport cu bunele practici general acceptate în sectorul respectiv de activitate.

Nota 1: Anumite modificări nu au un impact direct asupra prețului contractului, dar valoarea lor poate fi exprimată în termeni monetari, motiv pentru care respectivele modificări trebuie analizate, de la caz la caz, în vederea încadrării ca substanțiale sau nesubstanțiale. În acest sens, un exemplu de modificare fără impact asupra prețului contractului este cel referitor la reducerea valorii minime a certificatelor interimare de plată, caz în care autoritatea contractantă ar plăti facturi de o valoare mai mică decât valoarea minimă stabilită inițial prin contract.

Nota 2: Procentul de diverse și neprevăzute din devizul general al proiectului se calculează după cum urmează: valoarea (în lei, fără TVA) rubricii 5.3 "cheltuieli diverse și neprevăzute" a devizului general al proiectului aprobat prin hotărâre a consiliului local/hotărâre a Guvernului (HCL/HG) împărțită la suma totală (în lei, fără TVA) a capitolelor 1.2, 1.3, 2, 3 și 4, conform devizului general al proiectului aprobat prin HCL/HG.

Nota 3: Dacă valoarea modificării este negativă, dar, în valoare absolută, depășește valoarea ce rezultă din aplicarea procentului de diverse și neprevăzute (definit în devizul general al proiectului), modificarea va fi considerată una substanțială.

Exemplul 8: Valoarea (în lei, fără TVA) rubricii 5.3 "cheltuieli diverse și neprevăzute" a devizului general al proiectului aprobat prin HCL/HG, este de 1.000.000 lei.

Suma totală (în lei, fără TVA) a capitolelor 1.2, 1.3, 2, 3 și 4, conform devizului general al

proiectului aprobat prin HCL/HG, este de 20.000.000 lei.

Procentul de diverse și neprevăzute este astfel: $1.000.000 / 20.000.000 = 5\%$.

Dacă prețul inițial al contractului de lucrări (fără TVA, fără provizion pentru diverse și neprevăzute) este de 14.000.000 lei, valoarea ce rezultă din aplicarea procentului de diverse și neprevăzute (definit în devizul general al proiectului) este de $14.000.000 \times 5\% = 700.000$ lei. Astfel, presupunând că sunt îndeplinite celelalte condiții enunțate la art. 5 și că nu a mai fost efectuată nicio altă modificare:

- o modificare de valoare (fără TVA) + 500.000 lei este considerată nesubstanțială;
- o modificare de valoare (fără TVA) - 300.000 lei este considerată nesubstanțială;
- o modificare de valoare (fără TVA) + 710.000 lei este considerată substanțială;
- o modificare de valoare (fără TVA) - 720.000 lei este considerată substanțială.

Provizion pentru "cheltuieli diverse și neprevăzute" în cadrul contractului de achiziție publică

ART. 7

(1) Existența unui provizion pentru "cheltuieli diverse și neprevăzute" inclus în prețul total inițial al contractului de achiziție publică nu exonerează autoritatea contractantă de respectarea regulilor prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor publice.

(2) Acest provizion poate fi folosit pentru a suporta plățile aferente schimbărilor efectuate în stricta aplicare a prevederilor contractului, în conformitate cu art. 2 și 3. De asemenea, acest provizion poate fi folosit pentru a suporta plățile aferente modificărilor nesubstanțiale.

Un asemenea provizion nu poate însă fi folosit pentru a suporta plățile aferente unor modificări substanțiale.

Modificări substanțiale

ART. 8

(1) Potrivit jurisprudenței existente, o modificare a unui contract va fi considerată substanțială atunci când nu sunt îndeplinite în mod cumulativ condițiile prevăzute la art. 5 și este îndeplinită cel puțin una dintre acestea, respectiv:

a) modificarea introduce condiții care, dacă ar fi făcut parte din procedura inițială de atribuire, ar fi permis selectarea altor candidați decât a celor inițial selectați sau ar fi permis atribuirea contractului altui ofertant;

b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului în favoarea contractantului;

c) modificarea extinde considerabil aria de acoperire a contractului la produse, servicii sau lucrări neacoperite inițial.

(2) Condițiile alternative prevăzute la alin. (1) vor fi analizate de la caz la caz.

ART. 9

(1) Dacă o modificare a unui contract de achiziție publică în cursul perioadei sale de valabilitate este considerată substanțială conform prevederilor art. 8, autoritatea contractantă are obligația de a derula o nouă procedură de atribuire.

(2) Orice modificare substanțială a termenelor contractului inițial este asimilată unui nou act adițional/contract care trebuie supus unei noi proceduri de atribuire, pentru a se evita afectarea condițiilor inițiale ale competiției. Condițiile inițiale ale competiției nu se referă doar la preț, ci și la alte elemente, cum ar fi caracteristicile bunurilor/serviciilor/lucrărilor achiziționate, volumul

lucrărilor, durata acestora etc.

(3) În cazuri excepționale, definite la art. 122 lit. b), c), i) sau j), respectiv la art. 252 lit. b), c), j) sau k) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, procedura de atribuire prevăzută la alin. (1) este de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. Condițiile enunțate în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru aplicabilitatea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare sunt de strictă interpretare.

(4) Atunci când nu este aplicabilă procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă, pentru a implementa o modificare substanțială, are obligația să reoferteze contractul (sau, după caz, să reoferteze lucrările/serviciile aferente modificării substanțiale, în condițiile în care acestea pot fi executate independent de contractul inițial) prin derularea unei proceduri competitive de atribuire.

Modificări ce determină aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în conformitate cu prevederile art. 122 lit. i) sau art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare

ART. 10

(1) În conformitate cu dispozițiile art. 122 lit. i) sau art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în situația în care este necesară achiziționarea unor lucrări sau servicii suplimentare/adiționale, care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care datorită unor circumstanțe imprevizibile au devenit necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză.

(2) Procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în condițiile art. 122 lit. i)/ art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, poate fi aplicată doar pentru acele lucrări sau servicii suplimentare/adiționale a căror necesitate nu ar fi putut fi anticipată în niciun fel de către autoritatea contractantă prin realizarea, în condițiile impuse prin reglementările și normativele în vigoare, a tuturor studiilor și depunerea tuturor diligențelor care se impuneau în vederea identificării necesităților reale ale autorității contractante, anterior atribuirii contractului inițial, astfel încât constatarea acestora ar fi fost posibilă, în mod obiectiv, doar după începerea derulării contractului respectiv.

Exemplul 9: Luând ca exemplu practica managementului contractelor FIDIC, se distinge următoarea abordare în relație cu noțiunea de "imprevizibil":

- De exemplu, în cazul în care trebuie analizate implicațiile condițiilor hidrologice, imprevizibilitatea se poate rezolva făcându-se referire la perioada necesară execuției lucrărilor și statistica frecvenței evenimentelor hidrologice în baza înregistrărilor istorice.

În acest context, dacă perioada de execuție este de 3 ani, se poate prevedea, pe baza experienței și bunelor practici în domeniul aferent obiectului contractului, faptul că un asemenea eveniment se poate petrece (în medie) o dată la 6 ani, iar un eveniment care se petrece o dată la 10 ani poate fi privit ca imprevizibil.

În cazul în care condițiile hidrologice au toate șansele să producă un efect major asupra execuției lucrărilor, este de dorit să fie definite în contract condițiile hidrologice imprevizibile și să se clarifice consecințele condițiilor hidrologice extreme.

- Autoritatea contractantă își asumă că toate informațiile sale relevante (condițiile subterane și hidrologice) au fost puse la dispoziție înainte de data depunerii/pregătirii ofertelor și că, de asemenea, va pune la dispoziția contractorului informațiile în posesia cărora este sau va fi după data depunerii ofertelor.

În acest context apare necesitatea delimitării unei date de referință (care este cu 28 de zile înainte de depunerea ofertelor, în cazul contractelor FIDIC), raportat la care autoritatea contractantă trebuie să fi pus la dispoziția potențialilor ofertanți informațiile necesare pentru a putea fi finalizată întocmirea ofertelor. Dacă informații importante sau neașteptate sunt disponibile ulterior acestei date de referință, și acestea trebuie să fie puse la dispoziția ofertanților. Astfel, se recomandă amânarea datei-limită de depunere a ofertelor.

Abia în condițiile în care aceste informații parvin la o dată ulterioară și:

- nu puteau fi previzionate de un contractor până la data stabilită în anunțul de participare pentru depunerea ofertei;

sau

- nu puteau fi identificate de o autoritate contractantă pe baza cunoștințelor și practicii tehnice, legale și economice,

acestea pot să fie considerate de natură "imprevizibilă".

(3) În sensul legislației în domeniul achizițiilor publice, circumstanțele imprevizibile prevăzute la alin. (1) pot fi asimilate fie evenimentelor/împrejurărilor absolut extreme și absolut invincibile (în sensul că la nivelul actual al științei ele reprezintă pentru oricine o forță de nebiruit), fie evenimentelor/împrejurărilor care exclud orice culpă a autorității contractante și care nu pot fi prevăzute și/sau evitate, în mod realist, de către autoritatea contractantă, până la data semnării contractului inițial.

Notă: Se observă că procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare poate fi utilizată atunci când lucrările suplimentare se datorează unor evenimente care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante, evenimentelor care nu pot fi prevăzute, evitate, neputând fi, prin urmare, împiedicate sau neutralizate ca efect.

(4) Lipsa culpabilității prevăzută la alin. (3) nu este în mod obligatoriu urmată de exonerarea de răspundere, autoritățile contractante neputând invoca, în vederea inițierii unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în conformitate cu prevederile art. 122 lit. i)/ art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, orice situație pe care nu au avut posibilitatea să o prevadă.

Exemplul 10: Situații de genul erorilor de proiectare, ce necesită ulterior achiziții suplimentare de lucrări sau servicii. În acest sens, dacă împrejurarea putea fi prevăzută - obligație ce cade în sarcina proiectantului -, cel chemat să răspundă este în culpă, deoarece nu a anticipat-o și nu a luat măsurile necesare pentru preîntâmpinarea urmărilor.

ART. 11

(1) Lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale generate de "circumstanțe imprevizibile" pot fi lucrări și servicii care devin necesare, prin producerea de evenimente sau circumstanțe care:

- nu existau înaintea momentului depunerii ofertelor, stabilit prin anunțul de participare;

- nu au putut fi identificate și incluse în scopul contractului inițial, cu toate că dispozițiile aplicabile au fost respectate (înțelegând prin aceasta că neidentificarea sau neincluderea în scopul inițial nu este generată de lipsa de experiență sau lipsa de cunoștințe etc.), fiind aplicate toate normativele tehnice și cunoștințele legate de previziune cerute a fi aplicate în situația în cauză.

Exemplul 11:

1. Modificările legislative în domeniul apărării împotriva incendiilor apărute pe parcursul executării unui contract de lucrări pot constitui circumstanțe imprevizibile în situația în care proiectul tehnic ce a stat la baza achiziției lucrărilor a respectat normele în vigoare la data întocmirii și obținerii avizului inițial, altele decât cele în vigoare la această dată, iar revizuirea proiectului tehnic astfel încât acesta să respecte normele actuale privind securitatea la incendiu determină necesitatea execuției unor lucrări suplimentare (de exemplu: iluminatul de siguranță, montarea unor uși cu rezistență la foc, asigurarea sistemelor de detecție și semnalizare la incendiu, executarea instalațiilor de stingere a incendiilor etc.) ce nu au fost cuprinse în contractul inițial.

2. Modificările în configurația terenului determinate de apariția unor construcții noi pot constitui circumstanțe imprevizibile în situația în care construcțiile au fost edificate ulterior demarării procedurii de atribuire a contractului inițial sau în perioada imediat anterioară, fără a exista indicii care să anticipeze o astfel de modificare la momentul întocmirii caietului de sarcini.

3. Degradarea elementelor de construcție ca urmare a unor accidente rutiere poate constitui element imprevizibil dacă accidentele respective au avut loc ulterior demarării procedurii de atribuire a contractului inițial sau în perioada imediat anterioară.

4. Modificările de STAS-uri sau de normative tehnice pot avea caracter imprevizibil dacă acestea au intrat în vigoare la data publicării/aprobării lor sau la o dată imediat ulterioară publicării/aprobării, astfel încât era imposibilă cunoașterea acestora la momentul demarării procedurii de atribuire a contractului inițial. O astfel de modificare nu poate fi invocată însă ca element imprevizibil în situația în care intrarea în vigoare a avut loc după o perioadă mai mare de timp de la momentul publicării/aprobării, iar data intrării în vigoare a putut fi cunoscută la momentul demarării procedurii de atribuire a contractului inițial.

5. Evoluția degradării structurilor poate reprezenta element imprevizibil dacă a fost cauzată de factori care nu au fost și care nu puteau fi anticipați din cauza caracterului lor extraordinar, neobișnuit pentru zona și condițiile în care s-au produs.

6. Inundațiile, alunecările de teren și căderile de versanți pot constitui elemente imprevizibile doar în condițiile în care acestea reprezintă fenomene neobișnuite pentru zona geografică respectivă, pentru o anumită perioadă a anului sau în ceea ce privește modul de manifestare și de acțiune a acestora, neexistând în acest sens motive/indicii care să anticipeze producerea sau modul de manifestare a acestora.

7. Prelungirea duratei contractului de lucrări poate constitui un element imprevizibil care să justifice suplimentarea serviciilor de supervizare aferente, în condițiile în care respectivele prelungiri provin din cauze obiective (cum ar fi încetinirea ritmului de lucru al constructorului din cauza emiterii cu întârziere a autorizațiilor/acordurilor/avizelor, fapt ce a condus la încetinirea progresului fizic).

(2) În funcție de timpul scurs între momentul întocmirii studiului de fezabilitate/proiectului tehnic și cel al semnării contractului inițial de lucrări, autoritatea contractantă trebuie să ia în calcul posibilitatea ca elementele care au stat la baza elaborării acestuia să nu mai corespundă condițiilor actuale și, implicit, necesitatea actualizării anumitor aspecte ale respectivelor documentații tehnico-economice înaintea demarării procedurii de atribuire a contractului inițial,

schimbarea condițiilor inițiale fiind previzibilă în situația în care de la acel moment a trecut o perioadă considerabilă de timp.

Notă: La aprecierea necesității actualizării studiului de fezabilitate/documentațiilor tehnico-economice trebuie avute în vedere elemente precum: momentul emiterii documentelor care au stat la baza întocmirii studiului de fezabilitate, valabilitatea unor astfel de documente, intervenția și influența anumitor factori asupra condițiilor existente la momentul elaborării studiilor sau al emiterii celorlalte documente care au stat la baza elaborării acestora.

ART. 12

Planificarea defectuoasă a serviciilor/lucrărilor și/sau erorile de proiectare, precum și pregătirea neadecvată a modului de atribuire a contractului de achiziție publică de către autoritatea contractantă nu intră în categoria circumstanțelor imprevizibile și, prin urmare, nu constituie o justificare în vederea aplicării prevederilor art. 122 lit. i)/ art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

ART. 13

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai dacă se respectă, în mod cumulativ, și următoarele condiții:

- a) atribuirea să fie făcută contractantului inițial;
- b) lucrările sau serviciile suplimentare/adiționale să nu poată fi, din punct de vedere tehnic și economic, separate de contractul inițial fără apariția unor inconveniente majore pentru autoritatea contractantă sau, deși separabile de contractul inițial, să fie strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;
- c) valoarea cumulată a contractelor care vor fi atribuite și a actelor adiționale care vor fi încheiate pentru lucrări și/sau servicii suplimentare ori adiționale să nu depășească 20% din valoarea contractului inițial.

(2) Condiția prevăzută la alin. (1) lit. b) are în vedere ca achiziționarea de servicii sau lucrări suplimentare/adiționale prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în baza dispozițiilor art. 122 lit. i)/ art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, să se realizeze exclusiv în scopul finalizării contractului inițial.

ART. 14

(1) Pragul valoric de 20% prevăzut la art. 13 alin. (1) lit. c) reprezintă raportul dintre valoarea lucrărilor sau serviciilor suplimentare/adiționale și valoarea contractului inițial.

(2) Notele de renunțare la anumite lucrări/servicii prevăzute în contractul inițial nu au niciun impact asupra modului de calcul al pragului de 20% prevăzut la art. 13 alin. (1) lit. c), indiferent de valoarea lucrărilor/serviciilor la care se renunță.

Notă: Pentru calculul procentului de 20%, valoarea lucrărilor suplimentare se raportează la valoarea contractului inițial, neputând fi luate în considerare notele de renunțare, în sensul scăderii acestora din valoarea estimată a lucrărilor suplimentare, formula de calcul corectă fiind: note de comandă suplimentară (suplimentar cantitativ) + note de comandă suplimentară (articole neexistente în contractul inițial, adiționale) = maximum 20% din valoarea contractului inițial

(fără a se lua în calcul notele de renunțare).

(3) Valoarea serviciilor sau lucrărilor suplimentare/adiționale nu poate fi compensată cu valoarea lucrărilor/serviciilor la care se renunță.

Notă: Dacă autoritatea contractantă optează pentru renunțarea la unele lucrări care au fost cuprinse într-un contract de execuție în favoarea altor lucrări, nu există posibilitatea compensării valorice a notelor de comandă suplimentară pentru lucrările care nu au fost incluse în contractul inițial cu notele de renunțare la acele lucrări care au făcut obiectul contractului inițial, chiar și în situația în care impactul net al modificării este zero în urma compensării renunțărilor cu suplimentările.

(4) Modificările nesubstanțiale nu au impact asupra procentului de 20% prevăzut la art. 122 lit. i) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Modificările nesubstanțiale prevăzute la alin. (4) nu se vor cumula cu cele ce determină aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, până la concurența pragului de 20% prevăzut la art. 122 lit. i) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

ART. 15

(1) În conformitate cu principiul asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. g) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, stabilirea circumstanțelor de încadrare prevăzute de ordonanță pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare în condițiile art. 122 lit. i)/ art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, intră în responsabilitatea exclusivă a autorității contractante, cu atât mai mult cu cât aceasta deține toate informațiile legate de situația de fapt și de drept care determină necesitatea achiziționării de către aceasta a unor servicii sau lucrări.

(2) În conformitate cu prevederile art. 5 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor publice din cadrul autorității contractante [sau persoana/persoanele desemnată(e) în acest sens de către conducătorul autorității contractante, după caz] are obligația de a elabora o notă justificativă privind circumstanțele care au determinat alegerea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare în condițiile art. 122 lit. i)/ art. 252 lit. j) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare. Nota justificativă se aprobă de conducătorul autorității contractante, conform atribuțiilor legale ce îi revin, cu avizul compartimentului juridic, și constituie un înscris esențial al dosarului achiziției publice.

(3) Nota justificativă prevăzută la alin. (2) va conține următoarele elemente care demonstrează circumstanțele imprevizibile care au determinat alegerea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare:

- descrierea concretă a situației considerate circumstanță imprevizibilă;
- actele normative și prevederile legale sau alte documente cum ar fi studii de specialitate, statistici oficiale etc., incidente în domeniul de activitate aferent obiectului contractului, care susțin faptul că situația descrisă de autoritatea contractantă constituie circumstanță imprevizibilă;
- justificarea faptului că aspectele care stau la baza situației care este descrisă ca fiind

circumstanță imprevizibilă nu puteau fi prevăzute/anticipate de autoritatea contractantă până la data-limită de depunere a ofertelor din procedura ce a stat la baza atribuirii contractului inițial;

- descrierea și argumentarea faptului că circumstanța imprevizibilă nu are legătură cu o acțiune/inacțiune a părților (autoritate contractantă sau operator economic), ci este determinată de o acțiune neprevăzută;

- descrierea și argumentarea de către autoritatea contractantă a inconvenientelor majore de care ar avea parte în situația în care ar separa din punct de vedere tehnic și economic lucrările/serviciile suplimentare de cele ce fac obiectul contractului inițial;

- în situația în care lucrările/serviciile suplimentare sunt separabile de cele ce fac obiectul contractului inițial, precizarea motivului concret pentru care contractul inițial nu poate fi finalizat fără lucrările/serviciile suplimentare.

ART. 16

Prezenta instrucțiune se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Președintele Agenției Naționale pentru Achiziții Publice,
Bogdan Pușcaș

București, 2 martie 2016.

Nr. 1.
