

Modificările legislative intervenite în timpul executării contractelor de achiziție publică, obligatorii sau facultative?

În România, actele normative sunt într-o continuă modificare și înnoire, iar frecvența cu care actele normative suferă modificări sau apar, a determinat necesitatea abordării acestui fenomen și în legislația achizițiilor publice.

Deși o parte însemnată a contractelor de achiziție publică nu vor fi afectate de acest fenomen, dată fiind perioada redusă în care acestea există și își produc efectele, există și un segment semnificativ de astfel de contracte care sunt încheiate pentru a fi derulate pe durate mai îndelungate și în cazul cărora intervenția modificărilor legislative generează efecte importante în derularea obligațiilor asumate.

Legislația în materia achizițiilor publice conține prevederi clare pentru reglementarea acestei situații, respectiv situația intrării în vigoare a unui act normativ după data depunerii ofertelor, fie înainte de semnarea contractului fie, ulterior semnării acestuia. Astfel, art. 221 din Legea 98/2016 prevede în mod expres posibilitatea modificării contractelor de achiziție publică în anumite situații, iar în interpretarea acestui articol, Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis Instrucțiuni, publicate în Monitorul Oficial în care detaliază situațiile care atrag modificarea contractelor și mecanismele ce trebuie aplicate.

Ultima dintre aceste Instrucțiuni, nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului cadru¹, ca de altfel și precedentele, prevede în mod expres faptul că modificarea unui contract de achiziție publică intervenită ca urmare a intrării în vigoare a unei modificări legislative va fi considerată nesubstanțială, urmând ca prețul contractului să fie ajustat.

În acord cu aceste prevederi din legislația specifică achizițiilor publice, toate modelele de contracte în baza cărora se derulează proiectele de investiții majore, precum domeniul infrastructurii și nu numai (adoptate și acestea, tot prin acte normative de nivel secundar sau terțiar), au prevăzut între situațiile în care se impune ajustarea Prețului Contractului și situația apariției de schimbări/modificări legislative².

În acest sens, Sub-Clauza 68.2 Consecințele Riscurilor Beneficiarului stabilește îndreptățirea Antreprenorului la prelungirea Duratei de Execuția și plata corelativă a costurilor suplimentare *dacă Antreprenorul înregistrează întârzieri și/ sau se produc costuri suplimentare ca urmare a producerii unuia dintre Riscurile Beneficiarului.*

Față de aceste prevederi extrem de explicite, neechivoce, ar părea că problematica nu este de natură să creeze premisele unei întrebări precum cea din titlul prezentului, căci aplicarea unei prevederi legale intervenite în timpul executării unui contract nu ar putea fi una facultativă, așa cum nici obligația de respectare a Legii nu poate fi una facultativă, în general.

Cu toate acestea, în cadrul unei decizii jurisprudențiale de dată recentă s-a reținut că autoritatea contractantă ar avea un drept de apreciere dacă va aplica noile dispoziții legale prin raportare la principiul priorității interesului public și la “oportunitatea” aplicării noilor dispoziții, *în condițiile în care la data demarării procedurii de achiziție dispozițiile legii noi invocate de reclamantă nu erau în vigoare, fiind prioritar interesul public și nu al reclamantei, care invocă un interes privat.*

Decizia, deși relevantă doar ca una dintre multele hotărâri ce formează o practică judiciară neunitară în materia modificării contractelor de achiziție publică, are în vedere o interpretare ce diferențiază în mod îngrijorător între subiecții de drept public și cei de drept privat în ceea ce privește obligația respectării legilor.

Deși, în opinia mea, autoritățile nu pot avea puterea decizională de a aprecia asupra oportunității de a aplica dispozițiile legii noi, chiar și urmare a verificării priorității unui prezumtiv interes public, se naște în mod legitim întrebarea: ne aflăm, oare, în fața unui nou curent de opinie ce va promova un alt tip de interpretare articolului 16 din Constituția României ce consacră principiul *Nimeni nu este mai presus de lege?*

¹ Art. 8 alin (1): “O modificare va fi considerată nesubstanțială în conformitate cu prevederile art. 164 alin. (4) din anexa la H.G. 395/2016 și art. 158 alin. (4) din anexa la H.G. 394/2016, în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/ impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/ diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, urmând ca prețul contractului să fie ajustat, chiar dacă în contract / acord –cadru nu există clauze de revizuire în acest sens.”

² Astfel, în vechile contracte tip FIDIC ne raportam la prevederile Sub-Clauzei 13.7 [Actualizări Generate de Modificări ale Legilor]: „Prețul Contractului va fi actualizat pentru a ține seama de orice creștere sau diminuare a Costului rezultat din modificarea Legilor Tarii (inclusiv introducerea unor legi noi și abrogarea sau modificarea Legilor existente) sau din interpretarea juridică sau oficială, guvernamentală, a unor Legi, promulgate ulterior Datei de Bază, care îl va afecta pe Antreprenor în îndeplinirea obligațiilor sale potrivit prevederilor Contractului. (...)” În Contractul național, ce a fost adoptat prin HG 1/2018, această prevedere se regăsește stipulată în cadrul clauzei 68.1 Riscurile Beneficiarului:

(k) modificarea Legii după Data de Referință;



Av. Cristina IVAN
Managing Partner
SCA Ivan și Asociații



Diana COCIAȘ
Avocat Partener
SCA Ivan și Asociații

Nu este o informație cu caracter de noutate faptul că, de cele mai multe ori, Studiile de Fezabilitate conțin soluții tehnice nefezabile (în deplină contra-rietate cu însăși denumirea sa) sau care nu reflectă realitatea din teren.

Nu vom stăruii în cadrul prezentului articol asupra motivelor din spatele acestei contrarietăți, fiind, totuși, un subiect de larg interes modalitatea în care Autoritățile Contractante uzitează de studii învechite și/sau incomplete.

De interes pentru acest articol este modalitatea în care legiuitorul român a ales să „remedieze” în executarea Contractelor de proiectare și execuție aceste soluții tehnice prezentate la nivelul Studiului de Fezabilitate.

Un prim aspect pe care dorim să îl subliniem este faptul că potrivit noului Contract național, de proiectare și execuție, adoptat prin HG 1/2018, Studiul de Fezabilitate are caracter informativ. Însă, practica Autorităților Contractante este aceea de a impune anumite soluții tehnice din Studiul de Fezabilitate (definit și potrivit Art. 7 alin. (1) din HG 907/2016 ca adoptând numai propuneri de scenarii) drept caracteristici imperative/cerințe imperative ale lucrărilor. Prin urmare, în etapa de ofertare, operatorii economici interesați sunt obligați să includă în oferta

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans

tehnică aceste soluții tehnice.

Însă, caracterul eronat/ incomplet al soluțiilor tehnice impune prin Documentația de Atribuire trebuie, în mod evident, corectat înainte de începerea propriu-zisă a execuției lucrărilor. Aceasta este, cel mai probabil, rațiunea pentru care, în cuprinsul Sub-Clauzei 8.4 din Condițiile Generale de Contract pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări adoptate prin HG 1/2018 sunt prevăzute următoarele:

După Data de Începere, Antreprenorul va studia cu atenție Cerințele Beneficiarului (inclusiv criteriile de proiectare și calculele de proiectare, dacă există) și reperele topografice sau sistemele de referință inițiale prevăzute în Contract sau comunicate de Supervisor, exercitând cel puțin diligențele definite în Cerințele Beneficiarului. În termen de 90 de zile de la Data de Începere (cu excepția cazului în care un alt termen este prevăzut în Acordul Contractual), Antreprenorul va notifica Supervisorul cu privire la orice eroare, greșeală sau altă neconcordanță identificată în Cerințele Beneficiarului sau în aceste reperi sau sisteme de referință.

După primirea acestei notificări, Supervisorul va Decide dacă se vor aplica prevederile clauzei 37 [Modificări] și va notifica, în mod corespunzător, Antreprenorul. Dacă și în măsura în care, având în vedere costurile implicate, condițiile și timpul de pregătire a Ofertelor, un antreprenor diligent, acordând atenția necesară, ar fi identificat eroarea, greșeala sau defectul atunci când a inspectat Șantierul și a examinat Cerințele Beneficiarului înainte de depunerea Ofertei, Durata de Execuție nu va fi prelungită și Valoarea Contractului nu va fi modificată.

În situația în care Supervisorul (care este, în sens contractual, personal al Beneficiarului, Autoritate Contractantă) își îndeplinește obligațiile contractuale cu privire la emiterea unei Decizii în termenul și modalitatea prevăzută de Sub-Clauza 69c.2 Decizia Supervisorului, atunci



Alexa PARASCHIVA
Avocat
SCA Ivan și Asociații

procedura de „remediere” a erorilor și a neconcordanțelor identificate prin raportare la soluțiile tehnice din Studiul de Fezabilitate este una facilă.

Problemele apar în momentul în care Supervisorul nu își îndeplinește obligația de a se pronunța prin intermediul unei Decizii cu privire la problematica/problematicile cu care a fost sesizat în temeiul Sub-Clauzei 8.4 și activitatea de proiectare ajunge într-un impas, impas cu privire la care legiuitorul nu a reglementat o modalitate de rezolvare.

Potrivit prevederilor Sub-Clauzei 69c.2, ori de câte ori este prevăzut în Contract că Supervisorul va emite o Decizie, acesta are obligația de a emite acest document contractual în termen de 30 de zile de la de la momentul când problema este supusă atenției sale.

Aceleași prevederi contractuale menționează în mod expres și faptul că în situația (de nedorit) în care Supervisorul nu emite o Decizie în perioada de timp reglementată, oricare dintre Părți va putea emite o notificare de dezacord în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 69c.2 și ale Sub-Clauzei 69c.5 [Notificarea de dezacord] în termen de 10 zile de la expirarea termenului de emiteră a Deciziei. Contractul prevede în mod explicit și faptul că orice Decizie emisă de Supervisor după expirarea

termenului contractual nu produce niciun efect.

Cu alte cuvinte, în acest caz, Antreprenorul, pentru a obține o Decizie cu privire la aspectele și neconformitățile notificate în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 8.4 și cu privire la care Supervizorul nu a răspuns în termenul contractual, pare ca nu are altă alternativă decât să supună problematica acestui incident în cadrul unei proceduri arbitrale.

Cu toate acestea, o asemenea procedură arbitrală, în care partea nemulțumită (Antreprenorul, în acest caz) solicită unui tribunal arbitral să se pronunțe cu privire la existența/inexistența erorilor și inconsistențelor soluțiilor de la nivel de Studiu de Fezabilitate nu poate fi soluționată fără administrarea unor expertize tehnice, sens în care pronosticul este acela al unei proceduri arbitrale destul de îndelungate.

Prin raportare la prevederile contractuale menționate anterior și prin raportare la prevederile contractuale ce stabilesc obligațiile și limitele activității de proiectare (Clauza 19), interpretând stricto sensu Contractul, activitatea de proiectare este considerată a fi blocată, iar Antreprenorul ar trebui să aștepte emiterea Hotărârii Arbitrale care să soluționeze aspectele

cu privire la care Supervizorul nu a emis Decizia.

Însă, în realitate, un asemenea blocaj contractual nu va fi primit cu brațele deschise de către nici una din părțile contractuale, astfel că, ajuns într-un asemenea impas, care sunt, totuși, remediile pe care un Antreprenor le are la îndemână?

Considerăm că răspunsul este unul aflat, în acest moment, doar la rang de interpretare contractuală, unicele prevederi contractuale care reglementează această situație stipulând, în mod mult prea simplist pentru o situație cu atât de multe valențe faptul că *Antreprenorul va proiecta Lucrările Permanente în conformitate cu Cerințele Beneficiarului și cu Oferta tehnică. (...)Proiectul elaborat de către Antreprenor va respecta cu strictețe caracteristicile imperative stabilite în cadrul Cerințelor Beneficiarului. Cu excepția cazului în care Antreprenorul demonstrează că există o eroare în aceste caracteristici imperative (caz în care se aplică prevederile subclauzelor 8.3 și/ sau 8.5), Antreprenorul nu va propune, în cursul elaborării proiectului sau în cursul execuției Lucrărilor, nicio derogare de la aceste caracteristici.*

Astfel, în lipsa unei reglementări clare a contractului care să stabilească, dincolo de soluția anevoioasă a recurgerii la arbitraj, cum anume poate continua

activitatea de proiectare în lipsa unei Decizii a Supervizorului în ceea ce privește soluțiile tehnice ce se impun a fi modificate de către Antreprenorul ce este și Proiectant, rămâne ca fiecare situație să fie analizată de la caz la caz în vederea identificării celor mai bune soluții.

Din aceste motive, considerăm că poate s-ar impune adoptarea unor modificări asupra clauzelor contractuale în discuție, fiind necesar ca Proiectantului Antreprenor să îi fie recunoscut dreptul de a include în documentele de proiectare acele soluții de remediere propuse de către acesta – și cu privire la care, potrivit Legii 10/1995, respectiv 50/1991, răspunde din punct de vedere legal – în situația în care Supervizorul nu înțelege să își exercite obligațiile contractuale întocmai și la termen.

O asemenea soluție se impune și din perspectiva adagiului *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, neputând fi permis niciunei părți să se prevaleze de propria-i neîndeplinire de obligații în susținerea viitoarelor sale interese – invocarea pretinselor întârzieri în activitatea de proiectare a Antreprenorului ș.a.m.d.

8th Global Procurement Întâlnirea de la Roma

Laudatio

Universitatea din Roma Tor Vergata, împreună cu Școala de

Economie, a lansat cea de-a **8-a Conferință Globală de Achiziții Publice** care, în acest an, a avut loc



Dipl. ing. Ovidiu SLIMAC
Specialist, Expert în
Achiziții Publice