CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată în registrul comerțului cu nr. ....., având CIF ....., reprezentată legal prin ..... - administrator, împotriva documentației de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire, emisă de ....., cu sediul în ..... în calitate de autoritate contractantă, pentru procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție la investiția «Modernizare str. Andrei Șaguna» din .....", cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev.2), s-a solicitat admiterea contestației, constatarea caracterului nelegal, nejustificat, excesiv al clauzei nr. 7.18 din modelul contractului de execuție lucrări, precum și obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire în sensul anulării clauzei nr. 7.18.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația nr. ...../....., prin care operatorul ..... SRL critică o clauză din modelul de contract, parte a documentației de atribuire, aferentă procedurii menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul critică faptul că în modelul de contract de execuție lucrări este prevăzută clauza 7.18 *„Odată cu depunerea facturilor pentru lucrările executate în baza prezentului contract, executantul are obligația de a prezenta documente justificative privind prețurile de achiziție de la furnizori pentru principalele materiale folosite pentru îndeplinirea contractului, precum și bonurile de cântar aferente transportului principalelor materiale, pământ, moloz, sau diferite deșeuri rezultate din executarea lucrărilor, pentru întreaga cantitate a acestor bunuri*."

În susținerea contestației precizează că această clauză a fost cuprinsă în cadrul secțiunii 7 „Responsabilitățile executantului”, iar în eventualitatea desemnării sale ca ofertant câștigător al procedurii în cauză, după încheierea contractului va fi obligat, să prezinte documente justificative privind prețurile de achiziție de la furnizori pentru toate materialele folosite la îndeplinirea contractului, deși s-ar afla într-un contract cu privire la care s-a stabilit un preț ferm; de asemenea, s-ar institui obligația excesivă și nejustificată a prezentării bonurilor de cântar aferente transportului principalelor materiale, pământ, moloz, sau diferite deșeuri rezultate din executarea lucrărilor, pentru întreaga cantitate a acestor bunuri, deși autoritatea contractantă nu ar avea niciun drept, potrivit legii, de a solicita aceste documente, fiind documente de transport care permit autorităților cu competențe privind circulația pe drumurile publice să verifice dacă mijloacele de transport respectă obligația prevăzută de art. 41 alin. (1) din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor.

Referitor la obligația de prezentare a facturilor de achiziție, contestatorul precizează că documentul justificativ pentru decontare al autorității contractante este factura fiscală emisă de cocontractant, în conformitate cu contractul de achiziție, nu documentele fiscale prin care executantul a achiziționat, la rândul lui, materialele.

Legislația aplicabilă în domeniu nu limitează în niciun fel marja de profit a executantului. Acesta nu este obligat să ofere informații privind prețurile contractate, după data încheierii contractului de achiziție publică, cel mult eventual înainte de încheierea acestuia, pentru justificarea prețurilor ofertate.

Neexistând o asemenea obligație legală expresă sau implicită, clauza contestată este considerată de către contestator ca exorbitantă, abuzivă și prejudiciabilă.

O asemenea obligație nu ar putea fi îndeplinită în mod corespunzător, pentru că, de multe ori, executantul deține stocuri cu privire la care prețul de achiziție nu mai corespunde cu valoarea de piață de la momentul punerii în operă, iar cu privire la aceste stocuri puse în operă nu ar putea produce documente justificative corespunzătoare.

De asemenea, unele dintre materialele încorporate riscă să sufere importante modificări, prelucrări, ce atrag un preț mai ridicat, cu privire la care ar fi deosebit de dificil să se producă documente justificative, mai ales când respectivele prelucrări se fac de personalul angajat cu contract individual de muncă și nu rezultă, efectiv, o factură de lucrări.

O astfel de obligație conduce la o eventuală subcontractare pentru a avea document justificativ cu privire la costul real, final, or aceasta atrage o semnificativă mărire nejustificată de preț, întrucât este mai ieftin ca respectiva lucrare să fie efectuată de personalul executantului, dacă acesta există.

Executantul este ținut să respecte valoarea ofertei declarată câștigătoare, care devine valoarea contractului și care, potrivit Legii nr. 98/2016, este fixă și poate fi modificată doar în cazurile expres prevăzute

de același act normativ. Contestatorul susține că un contract de achiziție publică valabil încheiat în temeiul unei licitații publice, intră în circuitul civil și reprezintă legea părților.

Singura situație când autoritatea contractantă ar avea obligația să solicite detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă se referă la fundamentarea economică a prețului (aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate, soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor, pentru furnizarea produselor sau prestarea serviciilor), în condițiile de la art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 - în cazul unei oferte care are un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat.

Totodată, legea nu prevede și nu instituie o obligație în sarcina ofertantului de a furniza explicațiile solicitate, bineînțeles în acest caz existând riscul ca autoritatea contractantă să respingă oferta. Din punct de vedere procedural, chiar dacă se impune o asemenea solicitare, trebuie făcută înainte de semnarea contractului și numai în cazul în care prețul din ofertă este neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat.

În ceea ce privește obligația de prezentare a bonurilor de cântar, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu are niciun drept în a solicita aceste documente.

Condiționarea acceptării facturilor de depunerea tichetelor de cântar nu are niciun temei legal și ar reprezenta un abuz din partea autorității contractante, atât timp cât lucrările vor fi deja realizate. Nu există nicio prevedere legală care să oblige societatea contestatoare de a pune la dispoziția autorității documentele solicitate.

Potrivit principiilor și prevederilor din materia achizițiilor publice, ar trebui să existe doar obligația de a depune documente legate de executarea obiectului contractului și nu de punere la dispoziția autorității a unor documente din contabilitatea proprie.

Documentul justificativ pentru decontare, pentru autoritatea contractantă, este factura fiscală emisă de cocontractant, în baza situațiilor de lucrări aprobate de beneficiar, în conformitate cu contractul de execuție lucrări și normativele tehnice în vigoare, nu tichetele de cântar.

Tichetele de cântar reprezintă documente de transport și contabile care permit autorităților cu competențe privind circulația pe drumurile publice să verifice dacă mijloacele de transport respectă obligația prevăzută de art. 41 alin. (1) din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor. În acest context, HG nr. 1373/2008 reglementează obligația furnizorilor de a emite tichete de cântar, obligația utilizatorilor de a nu transporta bunuri divizibile fără tichet de cântar eliberat de furnizor, obligația conducătorului auto de a deține la bordul vehiculului tichetul de cântar și obligația beneficiarilor de a nu permite intrarea în punctul de descărcare a vehiculelor fără tichetul de cântar aferent încărcăturii.

Nerespectarea acestor obligații este sancționată contravențional de către organele competente conform prevederilor art. 8 din HG nr. 1373/2008, însă autoritatea contractantă nu are niciun drept, potrivit legii, de a solicita aceste documente.

De asemenea, tichetele de cântar reprezintă și documente contabile, deoarece permit autorităților fiscale să verifice corespondența cu evidențele contabile privind bunurile furnizate. În cazul în care această evidență nu poate fi stabilită, există sancțiuni specifice potrivit Codului fiscal.

În opinia societății contestatoare, autoritățile contractante nu au niciun fel de competențe pentru a solicita aceste documente, eventuala verificare a lor fiind atribuită de lege altor organe învestite cu exercițiul autorității de stat.

De asemenea, aceste documente nu pot fi folosite pentru scopul avut în vedere de contractul de achiziție publică, fiind nerelevante, deoarece orice societate are libertatea de a-și gestiona intern numărul de transporturi și cantitățile de materiale transportate, de a alege dacă face aceste transporturi pentru o singură lucrare sau pentru mai multe lucrări, astfel că verificarea unor astfel de documente excede în mod vădit competențelor autorității contractante.

Singurele documente relevante pentru verificarea cantităților de materiale puse în operă, pentru a atesta realitatea lucrărilor efectuate și pentru verificarea îndeplinirii celorlalte obligații contractuale sunt reprezentate de facturile fiscale, situațiile de lucrări avizate de dirigintele de șantier precum și orice alte documente prevăzute de normativele în vigoare care atestă realitatea materialelor puse în operă.

Pentru satisfacerea cerințelor legislației privind achizițiile publice, nu este relevant decât dacă sumele plătite executantului sunt cele prevăzute în contract.

În opinia societății contestatoare, autoritatea contractantă încearcă impunerea unor obligații excesive și nejustificate prin modelul de contract de execuție lucrări, solicitând obligarea depunerii unor documente privind costul de achiziție al materialelor puse în operă ori tichete de transport, fără a exista o prevedere legală care să impună vreo astfel de obligație.

Prin răspunsul dat la notificarea prealabilă autoritatea contractantă a încercat să justifice „necesitatea” clauzei contestate arătând că, potrivit deciziilor emise de Curtea de Conturi a României în situații precedente, astfel de verificări au fost efectuate și impuse autorităților contractante, calculându-se drept „prejudiciu” orice diferență care rezultă din prețul de achiziție al ofertantului și prețul din contractul de achiziție publică, sau orice sumă achitată de autoritatea contractantă pentru care nu a existat o factură de achiziție "în spate" sau bonuri de cântar.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a omis să observe că o asemenea interpretare a Curții de Conturi a României reprezintă un abuz și o nesocotire a prevederilor legale din materia achizițiilor publice, fiind de domeniul evidenței că, odată încheiat și executat un contract,

prețul achitat nu poate fi altul decât cel contractat, nu orice alt preț apreciat ca aplicabil, în funcție de preferințele Curții de Conturi la un anumit moment dat.

Totodată, contestatorul menționează că o astfel de interpretare a Curții de Conturi a României a fost invalidată de instanțele competente din România, prin decizii definitive.

Societatea contestatoare invocă jurisprudența mai multor instanțe de judecată din România.

..... SRL arată că există o obligație legală de a fundamenta costurile de achiziție ale materialelor numai în cadrul procedurii de atribuire, pentru justificarea prețului cuprins în oferta financiară, pentru satisfacerea cerințelor solicitate prin documentația de atribuire. Această obligație nu există după încheierea contractului, aceasta beneficiind ulterior de forță obligatorie între părțile contractante.

În concluzie, nu există niciun temei legal care să justifice dreptul și/sau obligația autorității contractante de a obține documente justificative privind costul de achiziție de către executant al materialelor puse în manoperă ori bonuri de transport la executarea contractului.

Menționând art. 137 alin. (3) lit. b) din Normele metodologice privind Legea nr. 98/2016, contestatorul precizează că are posibilitatea să depună odată cu oferta sa și propunerea de modificare a unor clauze, iar autoritatea contractantă nu poate refuza modificarea acestora doar dacă respectiva modificare este în mod evident dezavantajoasă. Autoritatea contractantă nu poate respinge propunerea de modificare pe baza acestui considerent decât după o motivare corespunzătoare a aspectelor ce creează un dezavantaj evident pentru aceasta.

Legislația specială incidentă nu impune ca respectiva clauză să fie nelegală pentru a putea fi modificată, ci doar să nu fie dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă. În mod evident, modificarea clauzei nu poate contraveni principiilor legale din materia achizițiilor publice, pe de altă parte, nu este necesar ca respectiva clauză contestată să fie în contradicție cu legea pentru a putea fi modificată.

În acest sens, contestatorul menționează că această clauză este în contradicție cu forța obligatorie a contractului și cu principiile aplicabile în materia achizițiilor publice.

Contractele încheiate de administrația publică au anumite caracteristici speciale, impuse de interesul public care stă la baza fundamentului încheierii și executării acestora, fiind considerate contracte publice. Astfel, o consecință directă ar fi aceea a calificării contractului de achiziție publice drept un contract administrativ.

Includerea clauzei contestate este considerată de către societatea contestatoare ca fiind de natură să împiedice un eventual ofertant să răspundă licitației/cererii de oferte, care ar fi avut capacitatea tehnică necesară pentru realizarea proiectului și care ar fi avut contracte comerciale avantajoase pentru ofertarea unui preț mai mic față de alți eventuali ofertanți.

De asemenea, trebuie avut în vedere că, de regulă, contractele de achiziție publică se desfășoară pe o perioadă îndelungată de timp în care prețurile pot scădea sau crește, însă aceste aspecte nu sunt de natură să atragă dezavantaje pentru autoritatea contractantă. Dacă în timp costurile cresc, prețul pe care îl va plăti autoritatea va rămâne același.

Executantul trebuie să justifice cantitățile folosite, dar numai cu privire la prețul contractat, nu și cu privire la costul efectiv obținut de executant.

Contractul conține pârghii pentru ajustarea prețului in funcție de scăderea sau creșterea prețurilor pe piață.

Societatea contestatoare consideră că este abuzivă încercarea autorității contractante de a încălca principiile de drept fundamentale aplicabile, prin includerea clauzei contestate, atât timp cât Legea nr. 98/2016 prevede cadrul în care se poate manifesta dezideratul „best value for money”.

Prevederile Legii nr. 98/2016 instituie prevederi derogatorii și restrictive față de dreptul comun. Eventuala derogare de la principiile de drept comun se poate face numai în condițiile legii. Astfel, clauza contractuală propusă de autoritatea contractantă, atât timp cât afectează interesele și drepturile legitime ale cocontractantului și nu este justificată de prevederile restrictive ale Legii nr. 98/2016, nu poate fi considerată decât nelegală.

În jurisprudență s-a admis că autoritatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general.

Față de cele menționate mai sus, contestatorul consideră că un ofertant poate propune modificări atât ale clauzelor contractuale obligatorii, cât și ale celor specifice. Cu atât mai mult, ofertanții pot contesta aceste clauze. Diferența între cele două tipuri de clauze rezidă însă din faptul că, dacă în ceea ce privește clauzele convenționale/specifice caracterul lor negociabil conferă operatorilor economici o libertate cvasi-totală în a solicita modificarea acestora, în ceea ce privește clauzele obligatorii, operatorii economici sunt limitați la solicitarea îndreptării acelor clauze considerate nelegale sau abuzive introduse de autoritățile contractante, clauze a căror introducere nu urmărește coordonatele respectării interesului public aferent implementării/executării contractului și care încalcă principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Inserarea clauzei respective de către autoritatea contractantă depășește prerogativele conferite de legislația achizițiilor publice și este de natură să îngrădească principii de drept, precum confidențialitatea secretului comercial, buna-credință în negocieri și în executarea contractului, forța obligatorie a contractelor.

De asemenea, clauza contractuală depășește nepermis frontierele principiului transparenței și ale protejării interesului public. În plus, este de natură să restrângă numărul ofertanților în procedura de atribuire, fapt

ce conduce la neatingerea dezideratului „best value for money”, întrucât autoritatea contractantă ar avea la dispoziție oferte mult mai puține, sau ofertanți care nu obțin discounturi semnificative de la furnizori.

În concluzie, atât timp cât o asemenea clauză este în vigoare, ofertanții care au posibilitatea de a obține discounturi semnificative de la furnizori vor fi deosebit de reticenți să participe la procedura de atribuire, tocmai datorită riscului ca autoritatea contractantă să considere acel discount ca o „diferență” de preț „restituită”, în urma unei „interpelări” în temeiul clauzei contestate.

În drept, ... SRL își întemeiază contestația pe prevederile Legii nr. 101/2016 și depune în susținere înscrisuri.

Prin adresa nr. 1049/08.01....., înregistrată la Consiliu sub nr. 1200/10.01....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și menținerea clauzei nr. 7.18 din modelul contractului de execuție de lucrări, ce ar urma să fie încheiat cu ofertantul care va fi declarat câștigător.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă menționează că a introdus în modelul contractului de execuție lucrări clauza de la art. 7.18 ca urmare a deciziei emise de Camera de Conturi a Județului ..... nr. ...../25.09.2015, rămasă definitivă prin Încheierea nr. 49/4.03.2016 a Curții de Conturi a României, prin care s-a constatat că s-au efectuat „plăti nelegale'', întrucât executantul nu a făcut dovada prețului de achiziție a materialelor încorporate în lucrările de investiții, cu documente justificative și a dispus în sarcina UAT ..... stabilirea întinderii prejudiciului estimat și recuperarea acestuia.

De asemenea, prin decizia nr. 16/24.08.2016 Curtea de Conturi a constatat *„plăți nelegale*”, estimate la 247.126,53 lei, și a dispus prin măsura nr. 9 *„stabilirea întinderii prejudiciului estimat (…)*”.

Autoritatea contractantă a contestat măsurile dispuse și a promovat acțiuni în anulare împotriva actelor emise de Curtea de Conturi, însă aceste acțiuni nu s-au finalizat, iar până la soluționarea definitivă a cauzelor, măsurile dispuse sunt obligatorii și în situații similare trebuie să fie avute în vedere.

Nerecuperarea prejudiciilor, ca urmare a măsurilor dispuse de Curtea de Conturi, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă, conform prevederilor art. 64 alin. (1) din Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi.

Pentru aceste motive, în toate contractele de achiziție publică de lucrări, ulterioare actelor emise de Curtea de Conturi, autoritatea contractantă a inserat clauza cuprinsă la art. 7.18. pentru evitarea stabilirii de către autoritatea de audit a unor „prejudicii” similare celor menționate.

În concluzie, față de motivele expuse anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate ca nefondată.

Prin adresa nr. 120/.....01..... înregistrată la Consiliu sub nr. 2988/.....01.2017, contestatorul a depus „Note scrise față de punctul de vedere al autorității contractante” prin care își menține cele exprimate în contestație.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție la investiția «Modernizare str. Andrei Șaguna» din .....”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../..... Valoarea estimată a contractului este de 802.986 lei, iar criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”. Data limită de depunere a ofertelor a fost 17.01.....

Autoritatea contractantă a publicat în SEAP documentația de atribuire odată cu anunțul de participare. După analizarea modelului de contract de execuție lucrări (parte a documentației de atribuire), ... SRL a solicitat inițiatorului procedurii simplificate, prin intermediul notificării prealabile nr. 3000/.....12.2017, să anuleze clauza 7.18.

..... a răspuns în 27.12.2017 că nu va adopta măsuri de remediere, "întrucât nu se justifică în conformitate cu deciziile Curții de Conturi”.

Nemulțumit de răspunsul la notificarea prealabilă, cu argumentele evocate anterior, operatorul economic a învestit Consiliul, în ....., cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că modelul de contract de execuție de lucrări, publicat în SEAP, clauza 7.18 conține următoarele prevederi:

Odată cu depunerea facturilor pentru lucrările executate în baza prezentului contract, **executantul are obligația de a prezenta documente justificative privind prețurile de achiziție de la furnizori pentru principalele materialele** folosite pentru îndeplinirea contractului, precum și **bonurile de cântar aferente transportului principalelor materiale, pământ, moloz, sau diferite deseuri** rezultate din executarea lucrărilor, pentru întreaga cantitate a acestor bunuri.

Examinând contestația depusă de ..... SRL, punctul de vedere al autorității contractante, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă a introdus art. 7.18 din cauza riscului de a-i fi calculat un eventual prejudiciu de către Curtea de Conturi, care ar rezulta *"din prețul de achiziție al ofertantului și prețul din contractul de achiziție publică sau orice sumă achitată de autoritatea contractantă pentru care nu a existat o factură de achiziție în spate sau bonuri de cântar.”*

Prin inițierea procedurii de atribuire a contractului de lucrări, autoritatea achizitoare urmărește să identifice acel operator economic ce are capacitatea de a executa contractul la parametrii și standardele din caietul de sarcini. Executantul va fi plătit pentru lucrarea realizată.

Pentru a plăti părți din lucrarea realizată sau întreaga lucrare, unitatea administrativă va trebui să recepționeze, mai întâi, lucrarea respectivă, parcurgând etapele principale prezentate de la art. ..... din modelul de contract.

Art. ..... FINALIZAREA LUCRĂRILOR

.....1. Lucrările vor fi executate în termenul stabilit în art. 3.3.

.....2. La finalizarea lucrărilor executantul are obligația de a notifica în scris achizitorului că sunt îndeplinite condițiile de recepție, solicitând acestuia convocarea comisiei de recepție. Pe baza situațiilor de lucrări executate confirmate și a constatărilor efectuate pe teren achizitorul va convoca comisia de recepție.

.....3. În cazul în care se constată că sunt lipsuri sau deficiențe acestea vor fi notificate executantului, stabilindu-se și termenele pentru remediere și finalizare. După constatarea remedierii tuturor lipsurilor și deficiențelor, la o nouă solicitare a executantului, achizitorul va convoca comisia de recepție.

.....4. Comisia de recepție are obligația de a constata stadiul indeplinirii contractului prin corelarea prevederilor acestuia cu documentatia de executie si cu reglementarile in vigoare. În funcție de constatările făcute achizitorul are dreptul de a aproba sau de a respinge recepția.

.....4. La terminarea lucrărilor se realizează recepția la terminarea lucrărilor, iar la expirarea perioadei de garanție se realizează recepția finală.

În vederea decontării lucrărilor, constructorul va emite și va prezenta facturi însoțite de situații de lucrări, întocmite ca urmare a respectării devizului ofertă, deviz care se întocmește pe baza listelor cu cantităților din proiectul tehnic. Prețul lucrărilor se stabilește pe baza prețurilor cuprinse în propunerea financiară.

Pe baza situațiilor de lucrări executate confirmate și a constatărilor efectuate pe teren (așa cum prevede clauza .....2), va fi convocată comisia de recepție, care va proceda la întocmirea procesului de recepție.

Plata va fi realizată conform art. 14 din modelul de contract:

Art. 14. MODALITĂȚI DE PLATĂ:

14.1. Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 30 de zile calendaristice de la depunerea facturii de către executant la sediul achizitorului. Documentul care stă **la baza emiterii facturii este situația de lucrări** întocmit la sfârșitul fiecărei luni, vizat de dirigintele de șantier, aprobat de beneficiar.

Astfel, în conformitate cu prevederile din contract de la art. ..... și 14, singurele documente necesare pentru justificarea cheltuielilor sunt situațiile de lucrări și facturile emise de executant către UAT ..... Deci, la aceste articole, pentru realizarea efectivă a decontărilor, autoritatea contractantă a considerat că nu este necesară îndeplinirea unei condiții suplimentare, respectiv de a se prezenta, pe lângă situațiile de lucrări întocmite pe baza ofertei financiare, a facturilor de achiziție materiale și a bonurilor de cântar.

Prin clauza 7.18, autoritatea contractantă, așa cum susține în punctul de vedere, urmărește ca, pe parcursul executării contractului, să verifice prețul ofertat: *„Clauza susinvocată a fost cuprinsă în modelul contractelor de execuție de lucrări ca urmare a deciziei emise de Curții de Conturi a României prin care autoritatea de audit a constatat că s-au efectuat "'plăti nelegale'' întrucât* ***executantul nu a făcut dovada prețului de achiziție a materialelor încorporate*** *în lucrări de investiții”*

Consiliul nu va reține ca pertinente aceste argumente ale achizitorului, deoarece verificarea *prețurilor de achiziție a materialelor* poate fi realizată în etapa de evaluare a ofertelor, în temeiul art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din HG nr. 395/2016, în cazul anumitor oferte:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016:

(1) În cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;
b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;
c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;
d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);
e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;
f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1).

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

- art. 136 din HG nr. 395/2016:

(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referința în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă.

În etapa de analiză a propunerii financiare, dacă ofertantul nu prezintă documentele justificative solicitate pentru prețurile de achiziție a

materialelor, comisia de evaluare are obligația de a respinge oferta respectivă.

Dar art. 7.18 din contract privește etapa de după încheierea contractului, pentru care legislația achizițiilor nu permite verificarea elementelor constitutive ale prețului ofertat. În executarea contractului autoritatea contractantă are obligația să verifice dacă sunt respectate prețurile incluse în propunerea financiară, care a devenit anexă la contract [Art. 147 alin. (1) din HG nr. 98/2016: Contractul de achiziție publică/acordul-cadru are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă:

a) caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;
b) oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare;
c) garanția de bună execuție, dacă este cazul;
d) angajamentul ferm de susținere din partea unui terț, dacă este cazul;
e) contractele cu subcontractanții, în măsura în care în contractul de achiziție publică/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către subcontractanți;
f) acordul de asociere, dacă este cazul.

(2) În cazul în care, pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, se constată că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini.]

Odată semnat contractul de către autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător, o intervenție asupra prețurilor, o modificare a prețului ofertat se poate realiza doar în condițiile de la art. 221 din Legea nr. 98/2016. Iar dacă devin incidente ajustările de preț, acestea ar fi posibile doar în condițiile de la art. 28 din HG nr. 395/2016:

(1) În condițiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, **prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții**, în urma cărora s-a constatat **creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei**, **al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.**

(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, **posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.**

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul- cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

(4) Lipsa, modificarea sau completarea informațiilor/clauzelor determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică/acordului- cadru.

(5) În condițiile art. 221 din Lege, posibilitatea de ajustare a prețului, precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, dar fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (3), **este posibilă numai 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.

(6) În orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(7) Modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepția cazului prevăzut la alin. (5).

Așadar, dacă autoritatea ar dori diminuarea prețului, acesta s-ar putea realiza doar dacă în documentația de atribuire și în contract s-au prevăzut clauze speciale, în sensul art. 28 din HG nr. 395/2016. ..... nu a reușit să furnizeze Consiliului o bază legală pentru clauza în discuție.

Or, în cauza supusă soluționării, în fișa de date a achiziției, la subcap *II.4.1) Ajustarea prețului contractului* nu s-a acceptat ajustarea prețului, iar în modelul de contract s-a precizat la *art. 15 AJUSTAREA PREȚULUI:*

15.1. - Pentru lucrările executate, plățile datorate de achizitor executantului sunt cele declarate în propunerea financiară, anexe la contract.

15.2. – Prețul nu se ajustează.

Astfel, asupra prețului convenit din contract, pe parcursul executării lucrărilor nu are nicio influență un preț mai mic de achiziție a materialelor, față de cel din ofertă.

Soluții similare, de neluare în considerare, în execuția contractului, a prețurilor de achiziție a materialelor de la furnizori, au fost pronunțate de Curtea de Apel Brașov în deciziile civile nr. 21/Ap din 28 mai 2015 și 704/R din 4 iulie 2017.

În concluzie, Consiliul constată că această clauza 7.18 nu poate fi interpretată și utilizată în sensul justificării prețurilor de achiziție *a materialelor încorporate în lucrări de investiții.* Includerea unei asemenea clauze nu este legal justificată și, în consecință, nu poate produce rezultatul așteptat de autoritate (de evaluare în execuție a prețului, cu consecința modificării valorii contractului). Din contră, clauza are ca efect doar descurajarea ofertanților să participe la procedură, cu impact asupra restrângerii concurenței, întrucât nu toți operatorii ar putea face dovada, decât cu mari dificultăți, că o vor respecta, întrucât, așa cum a argumentat și petentul, există situații pentru care nu s-ar putea face dovada prețului de achiziție a materialului, cum ar fi cele provenite din stocurile executantului sau realizate în regie proprie de acesta.

În concluzie, menținerea clauzei 7.18 în contract constituie o restricționare a accesului la procedură al operatorilor economici. Astfel, modelul de contract, parte a documentația de atribuire, a fost elaborat cu încălcarea art. 50 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale **acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.**

(2) În sensul alin. (1), **se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici**.

Pentru argumentele de mai sus, care dovedesc că prevederile din clauza contractuală 7.18 sunt vădit restrictive, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la eliminarea ei din modelul de contract.

Având în vedere că procedura de atribuire nu a fost suspendată (data limită de depunere a ofertelor fiind 17.01.....), aflându-se, în prezent, în etapa de evaluare a singurei propuneri tehnice depuse (conform procesului-verbal nr. 2/7131/06.02..... pus la dispoziția Consiliului de autoritate), iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere a modelului de contract, Consiliul urmează să decidă anularea procedurii de atribuire, conform art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 [În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.].

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și anulează procedura de atribuire a contractului de lucrări obiect „Proiectare și execuție la investiția «Modernizare str. Andrei Șaguna» din .....”.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactat în 4 exemplare, conține treisprezece pagini.