

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 260/C8/10

Data: 05.02.2025

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 44/04.01.2025, formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin Andreea ... - Cabinet de Avocat, cu sediul în ..., adresă unde se solicită transmiterea actelor de procedură, în cadrul procedurii simplificate organizată de ..., cu sediul în comuna ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „EXECUȚIE LUCĂRI ÎN CADRUL PROIECTULUI CU TITLUL «EXTINDERE REȚELE DE ALIMENTARE CU APĂ ȘI CANALIZARE MENAJERĂ ÎN COMUNA TARNA MARE, JUDEȚUL SATU MARE»” (anunț de participare simplificat ...), s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare nr. 8949/23.12.2024 privind anularea procedurii de atribuire și a oricăror alte acte prealabile și subsecvente acestei comunicări;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție publică și la finalizarea legală a acesteia prin declararea ofertei ... ca fiind câștigătoare, cu respectarea documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice în vigoare;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Prin contestația formulată, ... face un scurt istoric al procedurii, arătând că, în cadrul acesteia, a mai formulat două contestații, soluționate prin decizia Consiliului nr. 3158/C8/3226,3537/07.11.2024, (rămasă definitivă prin respingerea plângerii formulate împotriva acesteia de către autoritatea contractantă), prin care autoritatea contractantă a fost obligată la anularea, prin altele, a raportului

procedurii nr. 5757/11.09.2024, în partea ce privește evaluarea și respingerea ofertei și la reevaluarea respectivei oferte, în sensul constatării îndeplinirii de către aceasta a cerinței de experiență similară.

Cu toate acestea, după rămânerea definitivă a deciziei Consiliului, a primit din partea autorității contractante adresa de comunicare a rezultatului procedurii prin care i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, dar procedura a fost anulată, motivat de faptul că în documentația de atribuire s-a omis includerea unei clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3) al art. 222² din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care contractul de lucrări ce urmează a fi atribuit se derulează pe o perioadă de 12 luni, deci pe o perioadă ce depășește 6 luni, această omisiune reprezentând o încălcare a dispozițiilor art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit contestatorului, această decizie este una nelegală deoarece, pe de o parte, anularea procedurii poate fi dispusă doar în cazurile exprese și limitativ prevăzute la art. 212 și art. 213 din Legea nr. 98/2016 iar pe de altă parte, din interpretarea prevederilor art. 222² din Legea nr. 98/2016, nu rezultă că ajustarea prețului este obligatorie, ci doar menționarea în documentația de atribuire a posibilității de ajustare, în anumite cazuri prevăzute de lege.

Cu privire la acest aspect, contestatorul solicită Consiliului să observe că, în speța de față, nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru a se dispune anularea procedurii, în sensul că art. 222³ nu instituie obligativitatea inserării unei clauze de ajustare, ci o regulă conform căreia, în situația în care perioada de executare a unui contract de lucrări depășește 6 luni, ajustarea contractului să poată avea loc numai dacă această opțiune a fost prevăzută expres în documentația de atribuire. Or, fișa de date a achiziției cuprinde mențiunea expresă că ajustarea nu este posibilă, motiv pentru care se poate considera că principiile transparenței și tratamentului egal au fost respectate.

În situația în care autoritatea contractantă ar fi vrut să ajusteze prețul pe parcursul executării contractului, însă a omis să facă acest lucru, această eroare nu putea fi corectată prin anularea procedurii, nefiind vorba despre o încălcare a legii, astfel cum impune art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Într-adevăr, art. 212 alin. (2) face vorbire despre apariția unor erori sau omisiuni, însă este evident că intenția legiuitorului a fost aceea de a explica noțiunea de „încălări ale legii”, în sensul că prin eroare sau omisiune autoritatea contractantă a încălcat o dispoziție legală într-o manieră ce nu poate fi corectată. Cu alte cuvinte, nu orice eroare sau omisiune poate duce la anularea

procedurii, ci numai acele erori sau omisiuni ce se traduc într-o încălcare a prevederilor legale. Or, în speța de față, omisiunea de a preciza că prețul contractului se poate ajusta nu vine în contradicție cu dispozițiile art. 222² care nu prevăd în sarcina autorității obligația de a ajusta prețul contractelor cu o perioadă de derulare mai mare de 6 luni, ci numai obligația de a preciza dacă prețul se poate ajusta sau nu, astfel încât participanții să fie la curent cu acest aspect încă din faza de ofertare.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă pare să se folosească de propria sa eroare pentru a anula o procedură perfect valabilă și legală, trecută deja prin filtrul onoratului Consiliu, deși aceasta era datorare să cunoască legea și să-și cunoască opțiunile încă din faza elaborării documentației de atribuire. Simpla răzgândire/schimbare de opinie nu poate sta la baza anulării procedurii, constituind în acest moment un abuz de drept din parte autorității contractante. Toate indiciile conduc spre ideea că autoritatea contractantă a acționat *pro causa* și a căutat în documentație un element asupra căruia ar putea reveni, astfel încât să anuleze procedura.

Mai arată contestatorul că, și în situația în care s-ar considera că art. 222³ impune obligația de a ajusta prețul contractelor de execuție lucrări, ce au un termen de execuție mai mare de 6 luni, în speță, dispozițiile din Legea nr. 98/2016 prevalează față de cele din fișa de date și se pot aplica cu prioritate. De asemenea, arată că s-ar putea aplica măsuri corective în sensul că autoritatea contractantă poate face aplicarea pct. IV.4.3 din fișa de date, în sensul de a ajusta prețul aplicând direct prevederile legale, care prevalează față de cele ale documentației de atribuire.

Așadar, concluzionează că, nici din această perspectivă, nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) pentru anularea procedurii.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 2642/16.01.2025, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației

În susținere, arată că a pus în aplicare decizia Consiliului rămasă definitivă, a declarat câștigătoare oferta depusă de, dar că, înainte de comunicarea acestui rezultat, a constatat că în documentația de atribuire nu a fost inclusă o clauză de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3) al art. 222² din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care contractul de lucrări ce urmează a fi atribuit se derulează pe o perioadă de 12 luni, deci pe o perioadă ce depășește 6 luni. Apreciind că această situație se circumscrie prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, procedura a fost anulată.

Contrar celor susținute de contestator, autoritatea contractantă consideră că avea obligația de a include clauze de ajustare/revizuire a

prețului, pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni și de a preciza, 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, această eroare făcând imposibilă încheierea contractului de execuție și finalizarea lucrării.

În opinia autorității contractante, o eventuală acceptare a unei modalități de ajustare a prețului contractului, neprecizată expres și inechivoc în documentele achiziției, ar conduce la încălcarea principiilor transparenței și egalității de tratament a ofertanților consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind de natura evidenței că, dacă o astfel de posibilitate ar fi fost cunoscută de toți operatorii economici interesați pe timpul elaborării ofertelor, participarea la procedură și, implicit, concurența, puteau fi substanțial diferite.

Mai mult, în raport de dispozițiile exprese și imperative ale art. 28 alin. (4) din HG nr. 395/2016, chiar dacă, prin absurd, s-ar recurge la completarea proiectului de contract cu posibilitatea de actualizare a prețului contractului, aceasta ar fi inaplicabilă, situație în care autoritatea contractantă, aflându-se în situația corespunzătoare ipotezei reglementată de alin. (1) lit. c) și alin. (2) ale art. 212 din Legea nr. 98/2016, este obligată, de drept, la anularea procedurii de atribuire. Textul de lege este unul imperativ, autoritatea contractantă fiind obligată să procedeze ca atare în situația în care constată încălcări ale prevederilor legale, aplicarea acestuia nefiind condiționată de constatarea erorii sau omisiunii într-o anumită etapă a procedurii.

Referitor la afirmația contestatorului, conform căreia obligația de includere a clauzei de ajustare a prețului a fost respectată prin precizarea expresă în documentația de atribuire a faptului că prețul nu se ajustează, autoritatea contractantă consideră că aceasta este nefondată deoarece existența unei prevederi în documentația de atribuire/contract, conform căreia prețul contractului este ferm (nu se modifică), se asimilează cu lipsa unei clauze de revizuire a prețului. În susținere, invocă prevederile art. 8 alin. (1) lit. c) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021.

Prin concluziile scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 3923/22.01.2025, contestatorul a răspuns punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă precizând următoarele:

- decizia de anulare a procedurii a fost întemeiată pe prevederile alin. 3 al art. 222² din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora 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, text de lege care, contrar susținerilor autorității contractante, nu se aplică în toate procedurile de achiziție publică, inclusiv nici în cele în care nu are loc o ajustare/revizuire a prețului, ci, evident, doar acolo unde aceasta are loc;

- doar alin. (8) și (9) ale art. 222² din Legea nr. 98/2016 fac vorbire de „Clauze de ajustare/revizuire”, fiind evident că, dacă legiuitorul ar fi dorit să impună aplicabilitatea măsurii de ajustare/revizuire, ar fi folosit expresiile pe care le-a folosit chiar în alineatele anterioare, referitoare la posibilitatea ajustării, fără a face referire și la „clauzele” contractului;

- prin alin. (8) și (9) ale art. 222² din Legea nr. 98/2016 nu se impune obligativitatea actualizării/revizuirii, ci doar obligativitatea inserării unor clauze cu privire la acest aspect, astfel încât, referirea care se face la alin. (3) din articol trebuie interpretată în sensul că doar în cazul în care se dispune ajustarea/revizuirea trebuie precizat modul concret de ajustare, neputând fi aplicabil acest alineat în eventualitatea cazului în care aceasta nu are loc (*aceeași trimitere la alineatul 3 apare și în cazul în care autoritatea contractantă are doar dreptul de a include o clauză de ajustare și nu doar o obligație, deci cu atât mai mult modul concret de ajustare nu trebuie precizat în toate cazurile și în toate procedurile*);

- chiar dacă, prin absurd, o asemenea prevedere s-ar aplica în toate procedurile, lipsa acesteia nu ar putea fi sancționată cu anularea procedurii în condițiile art. 212 alin. (1) lit. c), deoarece nici nu afectează procedura de atribuire și nici nu face imposibilă încheierea contractului;

- referirile la art. 28 alin. (1) – (4) din HG nr. 395/2016 trebuie ignorate în condițiile în care acest articol a fost abrogat în cursul anului 2018; dar, chiar și în situația în care n-ar fi fost abrogat, se poate observa că nici acest articol nu impunea vreo obligație de actualizare, lipsa acestei clauze fiind sancționată pur și simplu cu inaplicabilitatea ei;

- Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021, invocată, de asemenea, de către autoritatea contractantă, se referă la o situație străină de procedura de față, respectiv cea de ajustare a prețului ca urmare a apariției unor modificări fiscale, dar, chiar și în această situație particulară, textul legal prevede în mod expres că un contract poate fi actualizat, chiar dacă nu există prevăzute „clauze de revizuire”, în acest sens, autoritatea contractantă trebuind să facă anumite verificări; și în acest caz, exact ca în situația anterioară, sancțiunea prevăzută este pur și simplu nemodificarea contractului, respectiv neaplicarea măsurii de actualizare/revizuire și nicidecum anularea contractului sau ceva asemănător.

Răspunzând concluziilor scrise ale contestatorului, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei concluziile scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 4443/27.01.2025 prin care reia afirmațiile referitoare la obligația sa de inserare în documentația de atribuire a unei clauze privind ajustarea prețului, privind incidența prevederilor art. 222² alin. (9) din Lega nr. 101/2016, în cazul în care această clauză nu există, și la obligația sa de anulare a procedurii în aceste condiții.

În ceea ce privește afirmația contestatorului privind aplicarea directă a legii în ceea ce privește ajustarea prețului, autoritatea contractantă apreciază că aceasta este inaplicabilă deoarece, potrivit prevederilor legale, ajustarea prețului pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziție publică este posibilă doar atunci când a fost prevăzută atât în documentația de atribuire, cât și în acordul-cadru/contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens; această concluzie se desprinde din faptul abrogării alin. (4) al art. 222² prin OUG nr. 52/2024 din 23.05.2024, text de lege care prevedea posibilitatea aplicării directe a ajustării prețului, fără ca această posibilitate să fie prevăzută în documentația de atribuire cât și în contract, 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 acordului- cadru/contractului prin introducerea unei clauze de ajustare/revizuire a prețului.

Preliminar, Consiliul constată că a făcut dovada constituirii cauțiunii, depunând la dosarul cazului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210911708/1 din data de 03.01.2024, eliberată de CEC Bank.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „EXECUȚIE LUCĂRI ÎN CADRUL PROIECTULUI CU TITLUL «EXTINDERE REȚELE DE ALIMENTARE CU APĂ ȘI CANALIZARE MENAJERĂ ÎN COMUNA TARNA MARE, JUDEȚUL SATU MARE»”, prin publicarea anunțului de participare simplificat criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului care urmează a fi încheiat este de 10.967.575,17lei, fără TVA.

Consiliul constată că, în cadrul acestei proceduri, ... a mai formulat două contestații, soluționate prin Decizia nr. 3158/C8/3226, 3537/07.11.2024, prin care autoritatea contractantă a fost obligată ca,

în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatorului, în sensul constatării îndeplinirii cerinței de experiență similară. Împotriva acestei decizii autoritatea contractantă a formulat plângere la Curtea de Apel Oradea, aceasta făcând obiectul dosarului ... al instanței menționate, plângerea fiind respinsă ca nefondată, prin Hotărârea nr. 654/2024 din data de 13.12.2024.

Punând în aplicare hotărârea Curții de Apel Oradea, autoritatea contractantă, prin Raportul procedurii nr. 8937/23.12.2024, a clasat pe primul loc oferta depusă de, însă a anulat procedura de atribuire. Pentru anularea procedurii, achizitorul a invocat inexistența, în fișa de date a achiziției și în proiectul de contract, a unei clauze de ajustare/revizuire a prețului contractului, așa cum obligă art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016. În lipsa acestor informații, consideră că devin incidente prevederile fiind art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 – „Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”.

Așadar, după mai bine de 6 luni de la inițierea procedurii de atribuire (anunțul de participare fiind publicat în data de 07.06.2024), după două contestații formulate de și o hotărâre definitivă a Curții de Apel Oradea, comisia de evaluare a constatat (prin Raportul procedurii din 23.12.2024), că documentația de atribuire ar fi afectată de încălcarea următoarelor prevederi legale:

- din HG nr. 395/2016 - **art. 28 alin. (1)-(4)** și

- din Legea nr. 98/2016:

- art. 221 alin. (1) lit. a): „atunci când modificările, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani și indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului sau orice alte opțiuni;
- art. 221 alin. (2): „În situația prevăzută la alin. (1) lit. a), clauzele de revizuire precizează limitele și natura eventualelor modificări, precum și condițiile în care se poate recurge la acestea și nu pot stabili modificări sau opțiuni care ar afecta caracterul general al contractului de achiziție publică sau al acordului-cadru.”;
- art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.”

Consiliul nu poate valida motivele de anulare a procedurii, argumentate pe nerespectarea prevederilor mai sus citate.

Referitor la pretinsa încălcare a prevederilor art. 28 alin. (1)-(4) din HG nr. 395/2016, trebuie observat că acest articol a fost abrogat prin HG nr. 419/2018. Atâta vreme cât temeiul legal nu există, nu se poate discuta despre nerespectarea lui. Or, comisia de evaluare și-a construit argumentele de anulare a procedurii (inexistența, în fișa de date a achiziției și în proiectul de contract, a unei clauze de ajustare/revizuire), în principal, prin referire la dispozițiile abrogate.

Drept urmare, este neîntemeiată decizia de anulare prin referire la art. 28 alin. (1)-(4) din HG nr. 395/2016.

Relativ la art. 221 alin. (1) lit. a), și acest articol a fost modificat tot în 2018, prin OUG nr. 45/2018, forma în vigoare fiind următoare: „a) atunci când modificările, indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului”, nu cea redată de achizitor.

În plus, autoritatea contractantă a inclus în documentația de atribuire clauze de ajustare/revizuire, conform obligației de la art. 222² alin. (9). Aceste clauze sunt clare, precise și fără echivoc, așa cum obligă art. 221 alin. (1) lit. a). Totodată, aceste clauze precizează limitele și natura eventualelor modificări, în acord cu dispozițiile de la art. 221 alin. (2).

Aceste clauze de ajustare/revizuire se regăsesc în documentația de atribuire astfel:

I. În **fișa de date a achiziției** sunt cuprinse următoarele informații:

- secțiunea II. 3 Ajustarea prețului contractului – NU;
- secțiunea IV. 4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare: „Niciun fel de cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante. Propunerea Tehnica.”

Așadar, prin fișa de date a achiziției, s-a prevăzut posibilitatea de ajustare a prețului în situațiile „prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile”.

II. Prin **caietul de sarcini**, la pag. 16-18, achizitorul a stabilit, la secțiunea 4.4, dedicată modificărilor tehnice, situațiile explice în care se va revizui/ajusta prețul, fiind introduse clauze de revizuire, cu formulele de calcul aferente:

„4.4 Modificări tehnice

Contractantul execută lucrările descrise cu respectarea în totalitate a cerințelor din Caietul de sarcini. De regulă și din principiu, pe perioada

execuției lucrărilor nu este permisă nicio modificare tehnică (modificare sau adăugare) a documentației de proiectare. Modificările vor fi realizate numai cu acordul Autorității Contractante și numai în cazul în care nu sunt substanțiale, în conformitate cu prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea Contractantă își rezervă dreptul de a accepta efectuarea de modificări tehnice în temeiul art. 221 din Legea 98/2016 cu privire la cel puțin următoarele aspecte (enumerarea nu este una limitativă, pot să fie și alte situații care pot determina necesitatea unor modificări tehnice): modificări generate de solicitări ale proprietarilor rețelelor de utilități; modificări legislative sau de norme tehnice/stasuri/ normative/standarde; modificări generate de renunțarea/suplimentarea la unele categorii de lucrări pentru adaptarea la contextul practic din teren a proiectului tehnic; modificări generate de optimizarea proiectului în perioada de execuție și adaptarea la teren a acestuia; modificări ale valorii contractului ca urmare a modificărilor menționate mai sus cu respectarea prevederilor Legii nr. 98/2016.

Orice modificări pe care dorește să le efectueze Contractantul asupra proiectului aprobat, vor fi depuse spre verificare și eventual aprobare.

(...)

Acceptarea suplimentărilor/diminuărilor de cantități de lucrări/activități/subactivități se va face dacă se respectă în mod cumulativ următoarele condiții:

- sunt datorate diferențelor dintre estimarea lucrărilor prevăzute în documentația de atribuire (Proiectul tehnic) și necesitatea acestora pe parcursul derulării contractului;
- suplimentările/diminuările se referă la lucrări cuprinse în documentația inițial (Proiectul tehnic) pusă la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedura în baza căreia s-a încheiat contractul sau/si lucrări care nu au fost cuprinse în documentația inițial (Proiectul tehnic) dar care sunt necesare pentru finalizarea contractului și a punerii proiectului în funcțiune și care nu duc la modificarea obiectului contractului;
- în oferta depusă se găsesc preturi unitare pentru lucrările/materiale/manoperă/activitățile care fac obiectul suplimentării/diminuării sau care pot fi asimilate (preturi care se vor utiliza pentru efectuarea acestor operațiuni nefiind permisă modificarea lor) sau/si utilizarea unor prețuri rezonabile de pe piață în situația în care nu există în ofertă prețuri pentru lucrările/materiale/manoperă/activitățile care trebuie realizate.
- modificările prin suplimentare/diminuare de cantități de lucrări/activități/subactivități trebuie să se încadreze în prevederile art. 221 alin. (1) lit. (e) și (f) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

(...)

Fiecare modificare de preț va fi calculată pe baza unor prețuri similare din contract, cu adaptările de rigoare. Dacă nu există preturi similare pentru calcularea modificării, acesta se va calcula potrivit costului rezonabil de execuție a lucrării, luând în considerare orice aspect relevant care reflectă

consumurile de materiale, manoperă, utilaj și/sau transport necesare după caz, la care se adaugă cotele legale, cota de indirecte și cota de profit (se vor utiliza recapitulațiile din devizele oferta). Caracterul rezonabil al prețurilor utilizate va fi evaluat în raport cu bunele practici general acceptate în sectorul respectiv de activitate, astfel încât să reflecte faptul că achiziția lucrărilor suplimentare, ce fac obiectul modificării, s-a făcut în condiții de eficiență economică și socială, obținându-se nivelul de calitate necesar, la un preț ce nu depășește pe cel mediu existent pe piața de profil în cauză.

Implementarea modificărilor valorice pe parcursul execuției contractului se formalizează prin înscrisuri, cum ar fi, fără a se limita la dispoziții de șantier, note de renunțare, note de comandă suplimentară, ce documentează toate aspectele respectivei modificări, inclusiv prețuri unitare, cantități, precum și argumentele cu privire la necesitatea și oportunitatea realizării acestora.

Formula de calcul care se va utiliza pentru determinarea valorii modificării/modificărilor rezultată în urma suplimentărilor/diminuărilor de cantități de lucrări/activități/subactivități este:

- T.M VLSR I VLS unde
 - T.M reprezintă valoarea totală a modificării/modificărilor care se adaugă sau se scade în urma creșterii sau micșorării cantităților necesare realizării contractului;
 - LSR reprezintă valoarea lucrărilor suplimentare ce se suportă din valoarea lucrărilor la care se renunță - note de renunțare;
 - LS reprezintă valoarea lucrărilor suplimentare care nu sunt suportate din valoarea lucrărilor la care se renunță - note de renunțare și care duc la depășirea valorii inițiale a contractului;

Prețul final al contractului ca urmare a aplicării clauzelor de revizuire în ce privește suplimentările/diminuările de cantități de lucrări/activități/subactivități va fi determinat **după următoarea formulă:**

- F.C - VIC - VLR + VLSR + VLS unde
 - F.C reprezintă valoarea finală a contractului ca urmare a aplicării **clauzelor de revizuire prevăzute în contract;**
 - IC reprezintă valoarea inițială a contractului semnat în urma finalizării procedurii de atribuire;
 - LR reprezintă valoarea lucrărilor la care se renunță ca urmare micșorării și/sau renunțării la cantități de lucrări care au fost prevăzute în contract;
 - LSR reprezintă valoarea lucrărilor suplimentare ce se suportă din valoarea lucrărilor la care se renunță;
 - LS reprezintă valoarea lucrărilor suplimentare prin care se depășește valoarea inițială a contractului și suportate din valoarea aferentă cheltuielilor diverse și neprevăzute din Devizul general;

Aspectele menționate mai sus reprezintă modificări nesubstanțiale, respectiv reprezintă o adaptare a contractului în cauză la context practic/prag valoric.

Orice modificare financiară în condițiile menționate mai sus - adaptare la context practic/prag valoric, conduce la o mărire a prețului final/total al contractului se va încheia, din motive de angajament legal, un act adițional cu Contractantul, iar aceasta modificare a contractului nu reprezintă o modificare substanțială a contractului în cursul perioadei sale de valabilitate și nu este necesară organizarea unei alte proceduri de atribuire. (...)”

Tot în caietul de sarcini se regăsește inclusă și prevederea din fișa de date - „Modul de întocmire a propunerii financiare” (pag. 45 din caietul de sarcini), respectiv următoarea regulă:

„Nota 3: în vederea comparării unitare a ofertelor, se solicită ca toate prețurile să fie exprimate în cifre cu cel mult două zecimale.

Niciun fel de cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (**cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile**), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante.”

Astfel, în caietul de sarcini, sunt stabilite: situațiile de ajustare/revizuire – clauze clare, precise și fără echivoc, așa cum se prevede la art. 221 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, dar și formulele de calcul.

III. În **proiectul de contract** există art. 22 **Alte clauze de revizuire:**

22.3 Părțile au dreptul, pe durata Contractului, de a conveni modificarea și/sau completarea clauzelor acestuia, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, cu acordul Părților, fără a afecta caracterul general al Contractului, în limitele Legii și **în aplicarea prevederilor prevăzute de art. 221-222 din Legea nr. 98/2016**, coroborate cu prevederile referitoare la modificări contractuale din HG nr. 395/2016 (art. 164 și 165).

22.4 Orice modificare a contractului are efect doar dacă se realizează cu respectarea Legii, în scris și se semnează de sau în numele ambelor părți. Orice modificare a condițiilor contractuale va fi aprobată doar prin act adițional la contract.

22.5 **Modificările nesubstanțiale**, astfel cum sunt prevăzute în Lege, sunt singurele modificări ale contractului care pot fi făcute fără organizarea unei noi proceduri de atribuire. În cazul în care, în prezentul contract, nu sunt stabilite modificările nesubstanțiale, se aplică prevederile Legii.

22.6 Prin prezentul Contract nu pot fi efectuate modificări substanțiale.

22.7 Identificarea circumstanțelor care generează modificarea contractului este în sarcina ambelor Părți.

22.8 Modificările contractului se realizează de părți, în cadrul duratei de execuție a contractului, ca urmare a:

- a) identificării, determinării și documentării de soluții juste și necesare, raportat la circumstanțele care ar putea împiedica îndeplinirea obiectului contractului și obiectivelor urmărite de Achizitor, astfel cum sunt precizate aceste obiective în caietul de sarcini și/sau

b) concluziilor obținute ca urmare a evaluării activităților, rezultatelor și performanței Contractantului în cadrul contractului.

22.9 Părțile stabilesc, prin consultare, efectele soluțiilor asupra Duratei de Execuție și/sau asupra prețului Contractului și/sau asupra Lucrărilor. Efectele soluțiilor, devin Modificări Contractuale, putând conta în:

a) prelungirea Duratei de Execuție și/sau

b) **suplimentarea prețului Contractului**, ca urmare a cheltuielilor suplimentare realizate de Contractant și a profitului rezonabil stabilit de Părți ca necesar a fi asociat cheltuielilor suplimentare.”.

Prin urmare, contrar motivării din Raportul procedurii nr. 8937/23.12.2024 și din punctul de vedere al autorității contractante, documentația de atribuire conține clauze de ajustare/revizuire. Nu are relevanță că în fișa de date a achiziției s-a bifat căsuța *NU* pentru ajustarea prețului, din moment ce, în aceeași fișă se arată situațiile în care se poate realiza ajustarea prețului, iar caietul de sarcini și contractul au clauze detaliate.

Având în vedere că informații despre ajustarea/revizuirea prețului se regăsesc în fișa de date a achiziției, în caietul de sarcini, dar și în proiectul de contract, operatorii economici, interesați de participarea la procedură, au avut cunoștință despre posibilitatea de modificare a contractului, respectiv despre posibilitatea de ajustare/revizuire a prețului.

În fapt, prin întreaga sa argumentație, autoritatea contractantă ignoră propria documentație de atribuire. Nici în raportul procedurii, dar nici în punctul de vedere nu se face referire la niciuna dintre secțiunile citate mai sus, ca și cum nu ar exista nicio clauză de ajustare/revizuire nici în fișa de date achiziției, nici în caietul de sarcini, dar nici în proiectul de contract.

Atâta timp cât documentația de atribuire a rămas definitivă, prin necontestarea ei, aceasta este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

Prin urmare, Consiliul nu poate valida susținerile achizitorului privind modificarea documentației de atribuire, implicit nici incidența anulării procedurii de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și prin referire la art. 221 alin. (1) lit. a), 221 alin. (2) și art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, în ipoteza în care anumite prevederi ale documentației de atribuire nu ar fi conforme cu legea achizițiilor publice, autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) nu poate invoca, în anularea procedurii, propria greșală în redactarea documentației.

Se impune a se sublinia că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul

că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează procedura simplificată, rămasă definitivă prin neatacare și, în subsidiar, normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul stabilit de lege, iar nu la mult după expirarea lui, după declararea câștigătoare a ofertei

În susținerea anulării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la procedura de atribuire după o perioadă lungă de timp, înăuntrul căreia s-au consumat, în bună măsură, etape importante ale procedurii (analiza documentației de atribuire, elaborarea ofertelor, evaluarea ofertelor, contestarea primului raport al procedurii de atribuire, reevaluare ofertei, stabilirea clasamentului final).

Această manieră de a proceda a autorității contractante este nelegală în raport de drepturile recunoscute de Legea nr. 98/2016, în beneficiul ofertanților, deoarece numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, norma juridică în cauză vorbind despre o imposibilitate. Or, în cazul de față, autoritatea contractantă a stabilit clasamentul final, având un ofertant câștigător. Fiind ținută să respecte documentația de atribuire (nefiind nici motive de modificare a documentației de atribuire), achizitorul nu se afla în imposibilitate de încheiere a contractului. Din contră, în raportul procedurii se precizează că anularea a intervenit înainte de semnarea contractului.

Luând în considerare toate cele de mai sus, Consiliul constată că, prin cele invocate în Raportul procedurii nr. 8937/23.12.2024, autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, ceea ce reprezintă o contravenție, conform art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016: „Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: k) anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 212 și 213 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire”.

În concluzie, nefiind motive de anulare a procedurii de atribuire și întrucât autoritatea contractantă a stabilit clasamentul final al procedurii de atribuire, cu situarea pe primul loc a ofertei depuse de, achizitorul are obligația de a aplica prevederile art. 211 lit. a) din Legea nr. 98/2016: „*Procedura de atribuire se finalizează prin: a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru*”.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula Raportul procedurii nr. 8937/23.12.2024 și actele subsecvente lui, în partea ce privește anularea procedurii. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire de la stabilirea clasamentului final (în care oferta s-a situat pe primul loc).

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite cererea contestatorului privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, în valoarea de 5.950 lei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ..., anulează Raportul procedurii nr. ... și actele subsecvente lui, în partea ce privește anularea procedurii. Obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire de la stabilirea clasamentului final (în care oferta ... s-a situat pe primul loc).

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestator a cheltuielilor de judecată, în valoarea de 5.950 lei.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...