



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SC SRL, cu sediul în, str. ..., județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin, formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii simplificate online - într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Recalibrare și consolidare albie râu Bălăneasa, sector pod rutier din localitatea Parscov - confluența râu, județul, cu anunț de participare simplificat nr. publicat în SEAP la data de, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației întocmai cum a fost formulată și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire/modelului de contract, conform celor expuse prin contestație.

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

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, SC SRL atacă prevederile documentației de atribuire, respectiv ale Contractului de lucrări, elaborate de, în procedura amintită, considerând nelegale clauzele contractuale 8.15, 8.16, 13.2 și 16:

8.15 Chiria pentru suprafețele de teren necesare pentru depozitare și organizare de șantier se suportă de către executant.

8.16 Terenul pentru organizarea de șantier se va pune la dispoziție de către autoritățile locale.

13.2 Executantul poate întrerupe activitatea până la încasarea sumelor restante din partea beneficiarului, cu condiția conservării lucrărilor executate. Contractul se poate modifica de drept în cazul rectificărilor bugetare de stat, pe perioada derulării contractului, care modifică lista anuală a obiectivelor de investiții cu finanțare integrală sau parțială de la bugetul de stat prin diminuarea sumelor bugetare pe anul în curs, în baza acordului de voință al părților contractante prin semnarea unui act adițional în acest sens. Contractul se poate suspenda, cu acordul părților, dacă la bugetul de stat nu mai sunt fonduri pentru acoperirea costurilor aferente acestuia datorită apariției unor modificări ale bugetului.

16. Modalități de plată

Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta, adică în maxim 30 de zile, funcție de valoarea alocațiilor primite de la ordonatorul principal de credite și cuprinse în lista de investiții aprobată de acesta, și termenul la care se primesc acestea.

Privitor la clauzele 8.15 și 8.16, contestatoarea reclamă faptul că acestea expun executantul la efectuarea unor costuri necunoscute, drept urmare nu pot fi însușite/asumate de acesta.

De asemenea, contestatoarea menționează faptul că, în valoarea estimată a contractului aferent procedurii în cauză, sunt incluse doar lucrările de construcții-montaj, nefiind precizată valoarea estimată pentru lucrările de organizare șantier (Cap. 5.1 din Deviz general), acestea neputând fi cotate de ofertant cu titlu de cheltuieli indirecte, conform normelor în vigoare.

Totodată, prevederile clauzelor sunt complementare și introduc, în mod nelegal, cu încălcarea principiului forței obligatorii a contractelor, în conținutul contractului, o nouă entitate - autoritățile locale. Atât procedura de atribuire, cât și contractul de lucrări ce urmează a fi semnat, se derulează între ofertant și autoritatea contractantă. Între ofertant, viitor executant, și autoritățile locale nu există niciun raport juridic. Mai mult, având în vedere importanța amplasării organizării de șantier pentru execuția lucrărilor contractate, dar și pentru bugetul alocat proiectului (în cadrul procesului de ofertare), această obligație ar trebui să existe în sarcina autorității contractante. Acest argument este susținut și de faptul că, de principiu, organizarea de șantier ar trebui să fie situată pe amplasamentul lucrării sau în apropierea acestuia, legal a fi predat liber de orice sarcină de către Beneficiar (conform art. 9.2 alin. 1 din model contract).

Pe de altă parte, contestatoarea arată că nu există nicio definiție contractuală pentru noțiunea *autorități locale*, nici măcar o enumerare sumară a acestora. Mai mult, oricare ar fi aceste autorități locale, ele nu pot fi obligate la acceptarea unei obligații existente într-un contract al căror semnatar nu sunt.

Din punct de vedere financiar, este imposibil de estimat, pentru executant, un cost al chiriei, ținând cont de faptul că nu cunoaște titularii de drept ai terenurilor, nu cunoaște durata pentru închiriere (atâta

vreme cât contractul de lucrări poate suferi prelungiri, cauzate de lipsa alocării fondurilor necesare plăților) - elemente esențiale ale contractului de închiriere.

În opinia contestatoarei, referirile autorității contractante din răspunsul la notificarea prealabilă nu acoperă în totalitate solicitările sale. Deși aceasta răspunde solicitărilor de clarificări cu privire la amplasarea organizării de șantier (teren + costuri), acest fapt nu înlătură faptul că între executant și SGA nu există nicio relație contractuală, fiind de datoria autorității contractante să facă demersurile necesare față de SGA pentru a pune la dispoziția executantului terenul necesar.

Totodată, contestatoarea susține că precizarea autorității contractante potrivit căreia în valoarea estimată a contractului, consemnată în fișa de date a achiziției, este cuprinsă și valoarea pentru organizarea de șantier, este nesusținută de documentația de atribuire. Nicăieri în listele de cantități nu este prevăzută organizarea de șantier.

De asemenea, faptul că s-a identificat proprietarul terenului, precum și tariful, nu înlătură critica referitoare la lipsa listelor de cantități aferente, astfel că ofertantul nu poate cota activitatea, acest fapt implicând riscuri în decontarea propriu-zisă a lucrărilor executate în viitor.

În aceste condiții, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea clauzelor 8.15 și 8.16 și înlocuirea acestora cu o clauză care să traseze în sarcina autorității contractante obligația facilitării obținerii și/sau punerii la dispoziția executantului a terenului aferent organizării de șantier, cheltuielile aferente urmând a fi decontate, în baza documentelor justificative, din Devizul general, Capitolul 5.2 Cheltuieli conexe - Organizare de șantier.

Referitor la clauza 13.2, potrivit căreia *Executantul poate întrerupe activitatea până la încasarea sumelor restante din partea beneficiarului, cu condiția conservării lucrărilor executate*, contestatoarea susține că această precizare/condiționare referitoare la conservare nu își regăsește corespondent în listele de cantități, astfel încât executantul nu cunoaște întinderea acestor cheltuieli: operațiunile necesare a se executa pentru conservare (la momentul intervenirii necesității acesteia), durata de conservare-perioada (condiții meteo, sistare lucrări cauzată de lipsa finanțării, etc).

În același context, contestatoarea precizează că această obligație este excesivă pentru executant, având în vedere cauza izvorârii acesteia, respectiv: neîncasarea unor sume de bani restante de la beneficiar. În termeni concreți, beneficiarul nu își îndeplinește obligația contractuală de a plăti și/sau de a obține/asigura fonduri necesare plății, consecința acestei conduite incorecte fiind una nelegală - obligarea executantului la suportarea cheltuielilor de conservare.

Această obligație impusă executantului nu are corespondent în legislație și/sau standarde existente. Singurul standard ce detaliază lucrările de conservare este C16-84, care se aplică pentru realizarea pe

timp friguros a lucrărilor de construcții și instalațiilor aferente și nu pentru cauze ce implică lipsa fondurilor alocate.

De altfel, contestatoarea subliniază distincția existentă între lucrări de punere în siguranță, anticipate și asumate de executant și lucrări de conservare, al căror impact financiar este mai mare.

În ceea ce privește prevederile potrivit cărora *Contractul se poate modifica de drept în cazul rectificărilor bugetare de stat, pe perioada derulării contractului, care modifică lista anuală a obiectivelor de investiții cu finanțare integrală sau parțială de la bugetul de stat prin diminuarea sumelor bugetare pe anul în curs, în baza acordului de voință al părților contractante prin semnarea unui act adițional în acest sens*, contestatoarea apreciază că acest paragraf al clauzei este abuziv, încercând impunerea/obligarea executantului la semnarea oricărui act adițional de diminuare a sumelor alocate.

De asemenea, se instituie și premisa creării unui dezechilibru contractual și/sau de modificare a condițiilor cunoscute la momentul depunerii ofertelor, operatorii economici depunând oferte în considerarea prevederilor fișei de date a achiziției, cap. II.3) Durata contractului/acordului cadru/sad sau termenul pentru finalizare - 12 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor.

Privitor la prevederea potrivit căreia *Contractul se poate suspenda, cu acordul părților, dacă la bugetul de stat nu mai sunt fonduri pentru acoperirea costurilor aferente acestuia datorită apariției unor modificări ale bugetului*, contestatoarea susține că aceasta necesită completări, în sensul indicării unei perioade posibile, eventual a unui maxim acceptat pentru suspendare, întrucât acest fapt se traduce în costuri pentru ofertanți. De asemenea, suspendarea contractuală în aceste condiții trebuie corelată cu dreptul executantului de a solicita și a i se acorda prelungirea duratei de execuție precum și costurile suplimentare aferente, acesta nefiind responsabil pentru inexistența fondurilor la buget.

Întrucât autoritatea contractantă a dat, în mod parțial, curs solicitărilor de remediere, contestatoarea înțelege să accepte remedierea cu privire la eliminarea obligației de conservare a lucrărilor, cu consecința operării acesteia în modelul contractului de lucrări existent.

Cu privire la celelalte critici, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la (i) eliminarea modificării de drept a contractului în cazul diminuării sumelor alocate, (ii) completarea clauzei cu dreptul executantului de a solicita și a i se acorda prelungirea duratei de execuție, precum și costurile suplimentare aferente, în cazul nealocării fondurilor de la buget.

În referire la clauza 16, contestatoarea arată că riscul asigurării fondurilor necesare plății lucrărilor ce se vor executa aparține autorității contractante, neputând fi transferat executantului, asigurarea finanțării lucrărilor impunându-se a fi o certitudine, încă de la momentul inițierii procedurii de atribuire.

Această clauză reprezintă, în opinia contestatoarei, o încălcare a principiului relativității efectelor contractelor (art. 193 din Codul Civil), potrivit căruia *persoana juridică participă în nume propriu la circuitul civil și răspunde pentru obligațiile asumate cu bunurile proprii*.

De asemenea, ea reprezintă o încălcare a principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/..... (proportionalitatea și asumarea răspunderii).

Totodată, contestatoarea precizează că între executant și ordonatorul principal de credite nu există niciun raport juridic, cunoscut fiind faptul că un contract produce efecte numai între părțile semnatare. Plata efectuată în funcție de alocările bugetare existente reprezintă o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 (art. 6 alin. (1) și (2), coroborat cu art. 8 alin. (1)) și a Directivei 2011/7/UE, motivat de faptul că, în mod voit, autoritatea contractantă mărește riscul de neîndeplinire a contractului, precum și a prevederilor Legii nr. 98/..... (art. 9, art. 12 și art. 16) și HG nr. 395/..... (art. 8 alin. (2) lit. b).

Inexistența unui termen ferm al plății are ca și prime consecințe: cheltuieli cu garanția de bună execuție, asigurarea lucrărilor, paza, alocare/relocare resurse, etc.

Analizând Nota justificativă, înaintată de autoritatea contractantă pentru justificarea menținerii clauzei 16, contestatoarea apreciază că aceasta reprezintă o dovadă a neasumării răspunderii organizării procedurii de atribuire, precum și o dovadă a încălcării prevederilor Legii nr. 72/2013.

Cu titlul de exercitare a competențelor legale, în regim de putere publică, se încearcă impunerea în sarcina executantului a unei obligații excesive și disproporționate, respectiv execuția lucrărilor fără a fi alocate fondurile necesare plății acestora. De altfel, contestatoarea menționează că, prin fișa de date a achiziției, nu este prevăzută vreo cerință de asigurare Cash flow, astfel că cerința autorității contractante este cu atât mai nelegală, în considerarea principiului bune-credințe.

Mai mult, contestatoarea reclamă faptul că, nici la momentul semnării contractului, al emiterii ordinului de începere și al momentului începerii execuției efective a lucrărilor, autoritatea contractantă nu face dovada deținerii fondurilor.

În aceste condiții, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la reformularea clauzei nr. 16, în conformitate cu prevederile Legii nr. 72/2013, pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte.

Prin adresa nr. 18128/RMG/20.10....., înregistrată la CNSC sub nr. 32003/21.10....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei ca nefondată și neîntemeiată.

Văzând criticile contestatoarei referitoare la clauza 8.15, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu dispozițiile HG nr. 28/2008, în devizul general, la cap. 5 *Alte cheltuieli*, se menționează:

5.1. Organizare de șantier

Se cuprind cheltuielile estimate ca fiind necesare contractantului în vederea creării condițiilor de desfășurare a activității de construcții-montaj:

5.1.1. Lucrări de construcții și instalații aferente organizării de șantier

Se cuprind cheltuielile aferente construirii provizorii sau amenajării la construcții existente pentru vestiare pentru muncitori, grupuri sanitare, rampe de spălare auto, depozite pentru materiale, fundații pentru macarale, rețele electrice de iluminat și forță, căi de acces — auto și căi ferate branșamente/racorduri la utilități, împrejmuiri, panouri de prezentare, pichete de incendiu și altele asemenea. Se includ, de asemenea, cheltuielile de desființare de șantier.

5.1.2. Cheltuieli conexe organizării de șantier

Se cuprind cheltuielile pentru: obținerea autorizației de construire/desființare aferente lucrărilor de organizare de șantier, taxe de amplasament, închirieri semne de circulație, întreruperea temporară a rețelelor de transport sau distribuție de apă, canalizare, agent termic, energie electrică, gaze naturale, a circulației rutiere, feroviare, navale sau aeriene, contractele de asistență cu poliția rutieră, contract temporar cu furnizorul de energie electrică, cu unități de salubritate, taxe depozit ecologic, taxe locale; chirii pentru ocuparea temporară a domeniului public, costul energiei electrice și al apei consumate în incinta organizării de șantier pe durata de execuție a lucrărilor, costul transportului muncitorilor nelocalnici și/sau cazarea acestora, paza șantierului, asigurarea pompierului autorizat, etc.

Rezultă clar obligația cuantificării oricărui cost, implicit pe cel legat de ocuparea terenului (chiria), precum și a celorlalte costuri pentru organizare șantier, în devizul întocmit pentru organizarea de șantier, conform dispozițiilor art. 5.1.1 și 5.1.2 din HG nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, cu completările și modificările ulterioare, în baza clarificării publicate. Obligația obținerii informațiilor necesare acestor cuantificări aparține ofertantului. Pentru realizarea acestei cuantificări, ofertantul are posibilitatea să efectueze și vizite la amplasament, care nu sunt obligatorii, dar sunt necesare și utile, pentru formarea unei imagini obiective față de nivelul la care se pot ridica costurile cu organizare de șantier.

De altfel, autoritatea contractantă precizează că, la data de 10.10....., a postat, în SEAP, Clarificarea nr. 1, potrivit căreia, la cererea executantului, poate pune la dispoziție teren pentru organizarea de șantier, de până la 5000 mp, contra cost, pe terenul aparținând Sistemul de Gospodărire a Apelor - SGA (unitate aflată în subordinea ierarhica a Administrației de Apă), în localitatea Parscov, adiacent terenului aferent lucrărilor, la prețul de 1,30 lei/mp/luna + TVA.

Autoritatea contractantă mai arată că, în cadrul valorii estimate a contractului, menționată în fișa de date a achiziției, este cuprinsă și valoarea pentru organizarea de șantier, reprezentată de un procentaj din valoarea pentru construcții-montaj, conform prevederilor HG nr. 28/2008, autoritatea contractantă înțelegând să lase la aprecierea ofertanților cât anume din respectivul procent va aloca pentru organizarea de șantier.

Mai mult, potrivit fișei de date a achiziției, cap. IV.4.1 *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, în ofertă se va prezenta *Proiectul pentru organizarea de șantier și procesul tehnologic pentru construire și dezafectare, în baza tehnologiilor de execuție, inclusiv detalierea bugetului de organizare de șantier prin prezentarea listelor de cantități aferente*.

În legătură cu susținerile contestatoarei referitoare la SGA, autoritatea contractantă menționează că Sistemul de Gospodărire a Apelor (SGA) este o unitate de lucru al ABA - Ialomița, fără personalitate juridică distinctă, astfel cum este stabilit prin OUG nr. 107/2002 privind înființarea Administrației Naționale «Apele Române», în care, la Anexa 1, punctul A, sunt enumerate unitățile cu personalitate juridică ale ANAR, (ABA-Ialomița fiind menționată la punctul 8), la punctul C fiind menționate unitățile fără personalitate juridică din subordinea administrațiilor bazinale de apă (SGA fiind menționat la subpunctul 8).

Astfel, autoritatea contractantă susține că relația de subordonare ierarhică este îndeajuns de lămuritoare pentru a se forma certitudinea contestatoarei și a Consiliului că, acel teren, care a fost propus pentru organizare de șantier, aparține ABA-Ialomița, toate demersurile privind predarea - primirea amplasamentului pentru organizarea de șantier efectuându-se între autoritatea contractantă și executantul lucrării, la cererea executantului.

Privitor la clauza 8.16, autoritatea contractanta precizează că va lua măsura eliminării acesteia din contract.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la clauza 13.2, raportându-se la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. l) și m) din Legea nr. 98/....., autoritatea contractantă susține că îndeplinește toate actele sale pentru executarea competențelor stabilite expres de lege, în regim de putere publică - ius imperii.

Contractul administrativ este definit ca fiind acel "acord de voință, dintre o autoritate publică, aflată pe o poziție de superioritate juridică, pe de-o parte, și alte subiecte de drept public, pe de altă parte (persoane fizice, persoane juridice sau alte organe ale statului subordonate celeilalte părți) prin care se urmărește satisfacerea unui interes general, prin prestarea unui serviciu public, efectuarea unei lucrări publice sau punerea în valoare a unui bun public, supus unui regim de putere publică".

Relevante contextului sunt prevederile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrative, potrivit căreia "la soluționarea

litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public”.

În ceea ce privește clauza 13.2 din contract, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu dispozițiile art. 42 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare, documentațiile tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții noi, documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenții, respectiv notele de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor aferente celorlalte categorii de investiții incluse la poziția C «Alte cheltuieli de investiții» care se finanțează, potrivit legii, din fonduri publice, se aprobă de către ordonatorii principali de credite, pentru valori cuprinse între 5 milioane lei și 30 milioane lei. Valoarea investiției ce se dorește a fi executată prin această procedură de achiziție este estimată, conform fișei de date a achiziției, la valoarea de 5.975.213,37 lei, astfel încât a fost aprobată de ordonatorul principal de credite (Ministerul Mediului), iar obiectivul a fost introdus în programul de investiții publice pe anul, cu respectarea dispozițiilor art. 43 alin. (9) din actul normativ antementionat.

Această clauză este inserată în contract tocmai pentru a apăra atât autoritatea contractantă, cât și executantul, de situația impusă, a rectificărilor bugetare (eveniment viitor și improbabil, dar care poate interveni pe parcursul derulării contractului). Această clauză, în situația intervenirii unei diminuări bugetare, deschide calea, prin actul adițional ce urmează a fi încheiat, determinării exacte, de către ambele părți, a întinderii drepturilor și obligațiilor ce le revin, raportat la suma alocată contractului în derulare, precum și la eventuala incidență a clauzelor stipulate în art. 13.1 "(...) oricare alt motiv de întârziere care nu se datorează executantului și nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta, îndreptățesc executantul de a solicita prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau a oricărei părți a acestora. Atunci, prin consultare, părțile vor stabili orice prelungire a duratei de execuție la care executantul are dreptul" și 17.2 din Contract, care prevede că "(...) Se acceptă actualizarea prețului contractului pentru restul rămas de executat la sfârșitul primelor 12 luni, în cazul prelungirii duratei de execuție din motive neimputabile executantului (...)".

Autoritatea contractantă menționează faptul că prevederile art. 13.1 și art. 17.2 din contract dau dreptul executantului să solicite și să obțină prelungirea termenului de execuție, pentru motive neimputabile acestuia, precum și actualizarea prețului contractului.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră neîntemeiate și nejustificate criticile formulate de contestatoare, aduse clauzelor contractuale.

În continuare, referindu-se la criticile contestatoarei privind clauza 16 din contract, autoritatea contractantă precizează că ABA - Ialomița este ordonator terțiar de credite, gestionând fonduri publici.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că obiectivul de investiții "Recalibrare și consolidare albie râu Bălăneasa, sector pod

rutier din localitatea Parscov - confluența râu, județul" are sursă de finanțare asigurată de la bugetul statului, aprobată anual, pe anul, aceasta fiind cuprinsă în «Lista obiectivelor de investiții pe anul cu finanțare integrală sau parțială de la bugetul de stat, repartizată pentru AN Apele Române - Administrația Bazinală de Apă de către Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor.

În ceea ce privește decontarea lucrărilor executate, înainte de emiterea facturii sunt necesare toate verificările prevăzute de legislație.

După emiterea facturii se transmite toată documentația necesară deschiderii finanțării pe circuitul: AN Apele Române - Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor - Ministerul de Finanțe. Pe parcursul acestui circuit se fac verificări prevăzute de legislație de către reprezentanții acestor instituții. Rezultatul verificării se concretizează în emiterea "Listei cu cheltuieli de capital de la Buget pentru obiective de investiții, pentru luna (...)" și transferul sumelor alocate în sens invers: Ministerul de Finanțe - Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor - AN Apele Române - Administrația Bazinală de Apă.

Dat fiind acest circuit al documentelor și fondurilor alocate (prin Trezorerie) există riscul înregistrării unor întârzieri.

Totodată, autoritatea contractantă arată că Legea nr. 270/2013 pentru modificarea și completarea Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, stipulează, la art. 52 alin. (5), faptul că "Instrumentele de plată trebuie să fie însoțite la ordonatorul de credite de ordonanțarea la plată, la care se anexează documentele privind recepția cantitativă și calitativă a bunurilor/serviciilor/lucrărilor, după caz, în conformitate cu prevederile din angajamentele legale încheiate, care certifică sumele de plată", neputându-se poate face plata unei lucrări în lipsa respectării circuitului documentelor arătat mai sus.

În consecință, de la data facturării și până la data efectuării plății efective, pot fi depășite termenele prevăzute de Legea nr. 72/2013 (max. 30, respectiv 60 zile), motiv pentru care autoritatea contractantă consideră că menținerea clauzelor contractuale legate de efectuarea plăților este o măsură asiguratorie.

De altfel, relativitatea efectelor contractului are efecte depline pe tărâmul dreptului civil. Or, în cadrul acestui contract, aflat în domeniul administrativ, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Referitor la afirmațiile contestatoarei privind încălcarea prevederilor art. 9, art. 12 și art. 16 din Legea nr. 98/....., precum și ale art. 8 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/....., autoritatea contractantă precizează că autoarea contestației este în eroare, acestea referindu-se la stabilirea valorii estimate a lucrărilor aferente acestui obiectiv și, în nici-un caz, la asigurarea fondurilor pentru finanțarea acestora.

Nota justificativă este o prezentare a condițiilor prevăzute de legislația în vigoare, în vederea decontării Lucrărilor finanțate din fonduri publice.

Având în vedere cele precizate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată și neîntemeiată, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/.....

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Recalibrare și consolidare albie râu Bălăneasa, sector pod rutier din localitatea Parscov - confluența râu, județul, cod CPV 45243510-0 – Diguri de apărare (Rev. 2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura simplificată online - într-o singură etapă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. din, precum și a documentației de atribuire.

Considerând nelegale o serie de clauze contractuale (8.15, 8.16, 13.2 și 16), SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/.....), solicitând admiterea contestației întocmai cum a fost formulată și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire/modelului de contract, conform celor expuse prin contestație.

Față de cererea de suspendare a procedurii, înaintată odată cu contestația depusă, constatând că cele două condiții legale impuse de legiuitor pentru admiterea unei cereri de suspendare (justificarea temeinică și necesitatea prevenirii unei pagube iminente) sunt îndeplinite de cererea SC SRL, Consiliul a admis-o și a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei (Încheierea nr. 162/...../..... din 20.10.....).

Analizând fondul cauzei supuse soluționării, Consiliul constată că, prin punctul său de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă a arătat că va lua măsura eliminării din contract a clauzei 8.16, criticată de contestatoare. În această situație, ca urmare a achiesării formulate de autoritate, Consiliul constată caracterul fondat al criticii cu privire la clauza amintită din proiectul contractului cuprins de autoritate în documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri de atribuire.

Cât privește clauza 8.15, din cuprinsul contestației rezultă că singura critică, referitoare la aceasta, vizează lipsa cuantumului chiriei aferente terenului necesar organizării de șantier, contestatoarea arătând că nu se poate obliga față de autoritatea contractantă, la suportarea chiriei terenului pe care se desfășoară organizarea de șantier, în lipsa unei informații certe cu privire la contravaloarea acestei chirii. Având în vedere că, prin răspunsul său la notificarea prealabilă primită, autoritatea contractantă a indicat suma reprezentând cuantumul chiriei corespunzătoare terenului aferent organizării de șantier, Consiliul stabilește ca nefondată solicitarea de eliminare a acestei clauze.

O altă clauză din proiectul de contract, atacată prin contestație, este clauza 13.2, având următorul text:

„13.2 Executantul poate întrerupe activitatea până la încasarea sumelor restante din partea beneficiarului, cu condiția conservării lucrărilor executate. Contractul se poate modifica de drept în cazul rectificărilor bugetare de stat, pe perioada derulării contractului, care modifică lista anuală a obiectivelor de investiții cu finanțare integrală sau parțială de la bugetul de stat prin diminuarea sumelor bugetare pe anul în curs, în baza acordului de voință al părților contractante prin semnarea unui act adițional în acest sens. Contractul se poate suspenda, cu acordul părților, dacă la bugetul de stat nu mai sunt fonduri pentru acoperirea costurilor aferente acestuia datorită apariției unor modificări ale bugetului.”

Referitor la aceasta, contestatoarea solicită următoarea remediere:

- eliminarea modificării de drept a contractului în cazul diminuării sumelor alocate;
- completarea clauzei cu dreptul executantului de a solicita și a i se acorda prelungirea duratei de execuție, precum și costurile suplimentare aferente, în cazul nealocării fondurilor de la buget.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a luat măsura de remediere a clauzei 13.2, măsură constând în eliminarea primei teze a acesteia (*„Executantul poate întrerupe activitatea până la încasarea sumelor restante din partea beneficiarului, cu condiția conservării lucrărilor executate.”*), aspect reiterat și prin punctul de vedere la contestația înaintată Consiliului.

Analizând solicitările contestatoarei de modificare a acestei clauze contractuale, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu motivează modificarea „de drept” a contractului în cazul rectificărilor bugetare de stat, pe perioada derulării contractului, respectiv nu arată incidența unei situații reglementate legal și care să aibă drept consecință afectarea contractului de achiziție publică ce va fi atribuit, fără a fi posibilă intervenția părților contractuale în sens diferit.

În acest context, având în vedere că clauzele unui contract reprezintă acordul de voință al semnatarilor acestuia și având în vedere necesitatea asigurării echilibrului contractual între părți, Consiliul stabilește că incidența unei modificări „de drept” a contractului într-o situație care nu este sub controlul operatorului economic, alături de care autoritatea contractantă semnează contractul de achiziție publică, reprezintă o încălcare a echilibrului contractual care este necesar să guverneze acordul de voință al părților semnate. În contextul descris de autoritatea contractantă, în cuprinsul clauzei criticate, este lipsită de sens necesitatea unui acord de voință al părților, concretizat în semnarea unui act adițional (așa cum e precizat în clauza 13.2), de vreme ce modificarea contractului se realizează „de drept”, așadar independent de voința entităților care au semnat contractul.

Astfel, Consiliul reține că se impune eliminarea sintagmei „de drept” din cuprinsul tezei a doua a clauzei 13.2, urmând ca această teză să aibă următorul text:

„Contractul se poate modifica în cazul rectificărilor bugetare de stat, pe perioada derulării contractului, care modifică lista anuală a obiectivelor de investiții cu finanțare integrală sau parțială de la bugetul de stat prin diminuarea sumelor bugetare pe anul în curs, în baza acordului de voință al părților contractante prin semnarea unui act adițional în acest sens.”

În strânsă legătură cu aspectul analizat se afla și solicitarea contestatoarei de a fi completată această clauza 13.2 cu dreptul executantului de a solicita și a i se acorda prelungirea duratei de execuție, precum și costurile suplimentare aferente, în cazul nealocării fondurilor de la buget. Referitor la aceasta, autoritatea contractantă arată că în proiectul de contract se regăsește clauza 13.1 având următorul text:

„13.1. – În cazul în care:

[...]

iii) oricare alt motiv de întârziere care nu se datorează executantului și nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta;

îndreptățesc executantul de a solicita prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau a oricărei părți a acestora. Atunci, prin consultare, părțile vor stabili orice prelungire a duratei de execuție la care executantul are dreptul.”

În acest context, Consiliul stabilește că este necesar ca, în clauza 13.2, să fie inserată o trimitere la clauza 13.1 pentru o completă reglementare a situației expres indicate în aceasta clauză.

Cât privește solicitarea contestatoarei de a fi completată clauza 13.2 cu dreptul executantului de a solicita și a i se acorda costurile suplimentare aferente prelungirii duratei de execuție, în cazul nealocării fondurilor de la buget, Consiliul reține că, dat fiind faptul ca nealocarea fondurilor de la buget, implicit suspendarea efectelor contractului motivat de aceasta și prelungirea duratei de execuție, nu reprezintă un fapt care să poată fi imputat contractorului operator economic, atunci nici efectele unei astfel de situații nu trebuie să afecteze interesele acestuia. În atari condiții, se impune ca, în cadrul proiectului de contract, să fie reglementată incidența unei astfel de situații, respectiv costurile pe care executantul le angajează ca efect al suspendării efectelor contractului, respectiv al prelungirii duratei de execuție a contractului.

O ultimă clauza criticată prin contestația în soluționare, este clauza 16.1 având următorul text:

„16. Modalități de plată

16.1 - Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta, adică în maxim 30 de zile, funcție de valoarea alocațiilor primite de la ordonatorul principal de credite și cuprinse în lista de investiții aprobată de acesta, și termenul la care se primesc acestea.”

Referitor la aceasta, autoarea contestației solicită reformularea, în conformitate cu prevederile Legii nr. 72/2013.

Dispozițiile art. 6 „Termenul legal de plată” din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, stabilesc următoarele:

„(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei alte cereri echivalente de plată;

b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.

(2) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul [art. 12](#).

(3) Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emiterie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.”

Aceeași lege, la art. 7 "Termenul contractual de plată", prevede că *"(1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 [alin. \(1\)](#). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul [art. 12](#)."*

Legiuitorul a înțeles să disciplineze autoritățile contractante în combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le termene stricte, cu consecința suportării de dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Mai mult, prevederile Legii nr. 72/2013 definesc și reglementează clauzele contractuale și practicile abuzive, astfel:

- art. 12 „Noțiune”:

„Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.”

- art. 13 „Calificarea clauzelor și a practicilor abuzive”:

„În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța ține cont de toate circumstanțele cauzei, în special de:

[...]

b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor;

[...]

e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie.”

- art. 14 „Clauze calificate de lege ca abuzive”:

„Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la [art. 13](#) sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care:

[...]

d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la [art. 7 alin. \(1\)](#);

- Art. 15 „Sanțiuni”:

„(1) Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută.”

În prezenta speță, plata facturilor, de către autoritatea contractantă, este condiționată de valoarea alocațiilor primite de la ordonatorul principal de credite și de termenul la care acestea sunt primite, executantul neavând niciun indiciu când și dacă va primi contravaloarea prestației sale.

Este evident că o atare clauză este una abuzivă, în sensul art. 14 lit. d) din Legea nr. 72/2013, fiind lovită de nulitate absolută, conform art. 15 din lege.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că se impune modificarea clauzei 16.1 din proiectul de contract aferent prezentei proceduri, urmând a fi asigurată respectarea prevederilor citate ale Legii nr. 72/2013.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/..... 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, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC SRL.

În baza art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/....., Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire în sensul celor exprimate în achiesările formulate și în sensul celor stabilite prin motivarea prezentei decizii, continuând procedura de achiziție publică

prin stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SRL.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire în sensul celor exprimate în achiesările formulate și în sensul celor stabilite prin motivarea prezentei decizii, continuând procedura de achiziție publică prin stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....