CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., și cu sediul secundar, ales pentru comunicarea actelor de procedură, în ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări „reabilitare DF Pescoasa, în lungime de 12,45 km, DS Mureș”, cod CPV 45233142-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 21.08....., organizată de ..., cu sediul în ....., ..., ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ...., reprezentată de domnul ... - director general, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 de față, prin care operatorul economic SC ..... SRL reclamă o serie de cerințe din fișa de date a achiziției și modelul contractului de lucrări, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, la 01.08....., a solicitat clarificări autorității, iar la 02.08..... a formulat notificarea prealabilă nr. 1944/02.08..... Cu adresa nr. 24412/DCP/ 07.08....., autoritatea a acceptat să modifice o

parte din clauzele contractuale și a respins cererea de remediere a fișei de date. Răspunsul nr. 24412/DCP/07.08..... încalcă termenul prevăzut de legiuitor pentru comunicarea lui și obligația autorității de a răspunde în mod clar, complet și fără ambiguități. Ulterior, la 08.08....., autoritatea a răspuns notificării prealabile prin adresa nr. 24445/DCP, arătând că, față de masurile de remediere solicitate, și-a comunicat deja poziția prin adresa nr. 24412/DCP/07.08..... Și răspunsul nr. 24445/DCP/08.08..... a fost dat în afara termenului legal.

Contestatoarea expune cerințele pe care le-a adus la cunoștință autorității prin intermediul notificării prealabile ca fiind excesive și pe care autoritatea a ales să le mențină, fără a își motiva alegerea.

1. În fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, se regăsește obligația ofertantului de a prezenta „extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport”, deși Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 stabilește în sarcina ofertanților să completeze doar secțiunile dedicate din cadrul formularelor F1-F6, iar niciunul dintre aceste formulare nu se referă la extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport. Nicio prevedere legală nu descrie și nu reglementează completarea acestor extrase și, prin urmare, completarea nu poate fi pusă în sarcina ofertanților. În situația în care autoritatea dorește să urmărească aceste resurse, o poate face cu ușurință și prin intermediul formularului F3, unde, la fiecare articol de deviz, se regăsește contravaloarea materialelor, manoperei, utilajului și a transportului, iar dacă aceste detalii nu ii sunt suficiente, are posibilitatea de a solicita clarificări punctuale, la momentul analizei financiare a ofertei. Prin notificarea prealabilă s-a solicitat și corelarea denumirilor și structurilor formularelor financiare care trebuie prezentate, în sensul respectării Hotărârii Guvernului nr. 907/2016.

2. La același capitol din fișă se regăsește cerința: „*Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente*.” Această cerință este una de calificare, care se încadrează la art. 179 lit. c) din din Legea nr. 98/2016, lege care prevede și că autorității contractante ii este restricționată posibilitatea să solicite, în cazul procedurilor simplificate, îndeplinirea de cerințe privind capacitatea tehnică și profesională de către ofertanți (exceptând experiența similară).

3. Referitor la cerința: *„Se va prezenta TABEL DETALII PRODUCĂTOR pentru următoarele materiale: produse de carieră și balastieră (piatră spartă, balast, nisip), tuburi pentru podețe, beton de ciment, prefabricate din beton (dale, grinzi, aripi, etc.) membrană hidroizolantă (conform Notificării ANAP din 1 iunie 2011)*.", s-a atras atenția autorității că notificarea din 1 iunie 2011 a avut rolul de a sprijini achizitorii în contextul legislației vechi a achizițiilor publice și, pe lângă faptul că nu mai este de actualitate, respectiva notificare nici măcar nu privește tipul de achiziție ce face obiectul prezentei proceduri. Prin urmare, evocarea notificării nu ar trebui să aibă rolul de a masca solicitarea nejustificată a unor cerințe care au devenit excesive potrivit legislației actuale.

S-a solicitat autorității eliminarea cerinței privind prezentarea tabelului, inclusiv eliminarea formularului nr. 2 – Tabel detalii producător, care, la rândul său, conține cerințe excesive, unele privind sistemul calității aplicat de producători/furnizori, cerințe ce sunt restricționate de legislația achizițiilor publice în cazul procedurilor simplificate, criteriile privind standardele de asigurare a calității și de protecție a mediului neputând fi solicitate nici măcar ofertanților în cazul procedurilor simplificate. Mai mult, toate cerințele din acest formular constituie clauze nescrise, potrivit art. 30 alin. (6) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, întrucât nu au fost preluate în fișa de date a achiziției/ anunțul de participare.

4. La cap. IV.4.2) - *Modul de prezentare a propunerii financiare* se regăsește cerința *„Oferta financiară va cuprinde:*

- Formularul de ofertă;

- Anexa la formularul de ofertă ce va cuprinde obligatoriu și valoarea alocata cheltuielilor cu organizarea de șantier, Grafic de execuție;

- Centralizatorul financiar al obiectelor (C2);

- Centralizatorul financiar al categoriilor de lucrări (C3);

- Lista cuprinzând cantitățile de lucrări (C5);

- Lista cuprinzând consumurile de materiale (C6) cu menționarea furnizorilor;

- Lista cuprinzând cheltuielile cu forța de muncă (C7);

- Lista consumurilor ore de funcționare a utilajelor de construcții (.....);

- Lista consumurilor privind transporturile (C9)."

Prezentarea listelor C6-C9 nu are suport legal. Contestatoarea a solicitat autorității eliminarea lor și să renunțe și la cerința indicării furnizorilor în cadrul listei C6, care constituie un efort administrativ inutil pentru ofertanți, atât timp cât indicarea furnizorilor ar putea fi justificată doar în situația unei eventuale solicitări de clarificări privind prețurile ofertate. În etapa de întocmire a ofertelor,

operatorii obțin doar promisiuni vizând furnizarea, livrarea și/sau disponibilitatea materialelor din partea producătorilor/furnizorilor. Aceste promisiuni au doar rolul de a asigura ofertantul-executant și/sau autoritatea contractantă despre conformitatea prețurilor ofertate și nu pot înlocui obligația contractuală pe care și-o vor asuma furnizorii ulterior încheierii contractului de achiziție publică și semnării contractelor de furnizare cu ofertantul câștigător.

5. La cap. IV.4.3) - *Modul de prezentare a ofertei* se regăsește cerința: *„Formularele vor respecta ca formă modelele indicate în cadrul documentației de atribuire în secțiunea Formulare*." Având în vedere că autoritatea pune la dispoziția ofertanților un model de formulare care au scop pur orientativ, societatea a solicitat eliminarea cerinței respectării „ca formă" a modelelor, cerință nejustificată și insuficient de clară.

6. La cap. IV.4.3) - *Alte informații* se află cerința: *„Clauzele contractuale obligatorii pot fi modificate și aduse la cunoștință tuturor celor interesați până la data limită de depunere a ofertelor, în timp ce clauzele specifice pot fi negociate/modificate atâta timp cât nu introduc condiții care ar fi permis atribuirea contractului unui alt operator economic sau daca modificarea nu schimbă balanța economică a contractului în favoarea contractantului*.", cerință fără temei legal, reprodusă din cadrul unui model de fișă de date publicat de „ANAP" în 2013, care nu mai este de actualitate.

7. În cadrul formularului cu clauzele contractuale *„Model contract execuție lucrări de CM, Reabilitare drum forestier Pescoasa*", la art. 12.1 se regăsește obligația executantului de a suporta penalități de 0,05% din contravaloarea contractului pentru fiecare zi de întârziere înregistrată în execuția lucrărilor. Similar, autoritatea suportă penalități la întârzierea plații facturilor în același procent de 0,05%, însă raportat doar la suma de plată. În spiritul echității și proporționalității, obligațiile părților ar trebui să fie echilibrate, obligația autorității putând fi întemeiată și pe plata unor facturi parțiale, situație în care și obligația executantului ar trebui să se raporteze doar la contravaloarea lucrărilor ramase de executat, iar nu la întreaga valoare a contractului.

8. În cadrul formularului cu clauzele contractuale propuse *„Model contract execuție lucrări de CM, Reabilitare drum forestier Pescoasa*", la art. 21.1 se prevede obligația achizitorului de a efectua plata în termen de 60 de zile de la data emiterii facturii. Având în vedere dispozițiile Legii 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, în speță ale art. 7 alin. (1), termenul de plată trebuie să fie de 30 de zile

calendaristice pentru a nu fi considerat abuziv. Un termen de plată de 60 de zile trebuie, potrivit art. 7 din lege, să fie obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului. Or, prezentul contract de execuție nu are o natură sau caracteristici speciale sau excepționale care să justifice un astfel de termen. Din aceste considerente s-a solicitat autorității contractante să modifice termenul.

9. În cadrul formularului cu clauzele contractuale propuse, la art. 27.15 se prevede obligația executantului de a acorda un preaviz de 60 de zile achizitorului înainte de a rezilia contractul. În condițiile în care preavizul acordat de către achizitor executantului nu depășește 15 zile, s-a solicitat autorității să echilibreze diferența dintre cele două termene, astfel încât contractul să capete o formă echitabilă, guvernată de principiul bunei-credințe și de diligență. Similar, s-a solicitat să fie eliminat conținutul alin. (5) din art. 27.15, întrucât promova încă un termen de gratie de 30 de zile pentru autoritatea contractantă, termen care nu se regăsea și între drepturile executantului.

Autoritatea a fost de acord cu eliminarea alin. (5), însă a menținut preavizul de 60 de zile care ar trebui să-i fie acordat de executant. Acest preaviz de 60 de zile constituie o clauză sau practică abuzivă, cum sunt acestea calificate la art. 13 din Legea nr. 72/2013.

În punctul său de vedere nr. 24594/DCP/18.08..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 34516/18.08....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că societatea contestatoare a formulat o solicitare de clarificare a documentației și, fără să aștepte primirea unui răspuns, a formulat o notificare prealabilă. În mod legal, s-a luat decizia ca, prioritar, să se răspundă solicitării de clarificare și apoi notificării.

Prin răspunsul de clarificare au fost acceptate doar cererile pertinente ale contestatoarei.

Contestatoarea solicită eliminarea unor cerințe apreciate excesive fără a motiva în vreun fel calitatea sa de persoană care se consideră vătămată prin respectivele cerințe. În concret, contestatoarea nu face sub nicio formă dovada că a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a cerințelor a căror îndeplinire a fost solicitată prin documentația de atribuire, în condițiile în care, în cursul anului ....., a participat la trei proceduri de achiziție care au avut același obiect, respectiv lucrări de reabilitare drumuri forestiere, la Direcția Silvică Argeș, documentația fiind identică cu aceea care face obiectul contestației.

1. În ceea ce privește obligația ofertantului de a prezenta extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport, se poate observa că motivele invocate de contestatoare reflectă o

interpretare proprie a acesteia, care nu acceptă cerința autorității menită să conducă la o analiză unitară a ofertelor depuse.

Formularele F1-F6 nu se referă la extrasele invocate de autoritate, care au la bază necesitatea comparării cantităților de materiale, manoperă, ore utilaj și transport cu cele impuse de proiectant prin proiectul tehnic. Nicio prevedere legală nu interzice autorității utilizarea unor formulare menite să contribuie la depunerea unor oferte care să poată fi comparate cu proiectul tehnic. Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 nu reglementează conținutul ofertelor.

2. Referitor la cerința: „*Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente*.”, contrar celor susținute de contestatoare, cerința a fost impusă având în vedere complexitatea lucrării de investiție publică, care necesită ca ofertanții să prezinte modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995.

Solicitarea este subscrisă capitolului „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, nu celui privind cerințele de calificare, neconstituind sub nicio formă o cerință de calificare.

3. Potrivit art. 3 lit. j) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic este definit ca fiind „*orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități*”. În vederea verificării caracterului licit al ofertei de către comisia de evaluare se impune prezentarea de către ofertanți a tabelului de detalii producător pentru toate produsele pe care le va folosi la execuția investiției publice.

Cu privire la critica privind faptul că tabelul de detalii producător nu ar fi fost preluat în fișa de date a achiziției, motiv pentru care această cerință constituie clauză nescrisă, în fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1, pct. 6, este precizat: „*Se va prezenta tabel detalii producător pentru următoarele materiale: produse de carieră și balastieră (piatră spartă, balast, nisip), tuburi pentru podețe, beton de ciment, prefabricate din beton (dale, grinzi, aripi, etc) membrană hidroizolantă*.”

4. Formularele solicitate la cap. IV.4.2 din fișa de date a achiziției conțin cerințele minime pe care ofertanții trebuie să le respecte în vederea fundamentării propunerii financiare care face obiectul analizei comisiei de evaluare. Eliminarea lor ar conduce la imposibilitatea analizei unitare a ofertelor, în spiritul principiilor tratamentului egal și nediscriminării.

5. Referitor la mențiunea: *„Formularele vor respecta ca formă modelele indicate în cadrul documentației de atribuire în secțiunea Formulare.”*, în conformitate cu art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, documentația de atribuire reprezintă documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile. Autoritatea are prerogativa stabilirii conținutului și formei documentelor din documentația de atribuire.

6. Documentația de atribuire este alcătuită în mod obligatoriu și din proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii. Oferta este neconformă atunci când conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective. Pentru respectarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării este evident că până la data-limită de depunere a ofertelor, autoritatea este obligată să informeze în mod complet toți potențialii ofertanți în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire, deci, implicit și cu privire la proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii, caz în care se impune respingerea solicitării acestuia de eliminare a cerinței: *„Clauzele contractuale obligatorii pot fi modificate și aduse la cunoștință tuturor celor interesați până la data limită de depunere a ofertelor, în timp ce clauzele specifice pot fi negociate/modificate atâta timp cât nu introduc condiții care ar fi permis atribuirea contractului unui alt operator economic sau daca modificarea nu schimbă balanța economică a contractului în favoarea contractantului*.”

7. Referitor la obligația executantului de a suporta penalități de 0,05% din contravaloarea contractului pentru fiecare zi de întârziere înregistrată în execuția lucrărilor, autoritatea contractantă este obligată să-și ia toate masurile asigurătorii pentru ca executantul să-și îndeplinească în mod corespunzător toate obligațiile

contractuale, până la recepția la terminarea lucrărilor. Clauza de la art. 12.1 din contract nu are alt rol decât asigurarea că executantul, pe final de contract, nu va avea o conduită prin care să nu-și mai îndeplinească în mod corespunzător obligațiile contractuale, conștient că sancțiunea pe care ar putea să o suporte este raportată doar la valoarea obligației neexecutate. Clauza în discuție s-a impus a fi adoptată la toate contractele de execuție lucrări, ca urmare a unei astfel de conduite din partea executanților.

Mai mult decât atât, tocmai în spiritul echității și proporționalității contractului, executantul beneficiază de clauza prevăzută la art. 21.2: *„Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de maxim 15 zile de la expirarea perioadei convenite conform art. 21.1, alin. 3, atunci executantul are dreptul de a sista executarea lucrărilor sau de a diminua ritmul execuției și de a beneficia de reactualizarea sumei de plată la nivelul corespunzător zilei de efectuare a plății. Imediat ce achizitorul își onorează restanța, executantul va relua executarea lucrărilor în termen de maxim 7 zile."*

8. Cu privire la obligația achizitorului de a efectua plata în termen de 60 de zile de la data emiterii facturii, potrivit art. 7 din Legea nr. 72/2013 (termenul contractual de plată): *„(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 si 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. (2) Dispozițiile art. 5 alin. (2), privitoare la plățile eșalonate, se aplică în mod corespunzător."*

Având în vedere natura contractului, complexitatea investiției publice și, nu în ultimul rând, faptul că alocarea fondurilor și plata propriu-zisă se fac doar după verificarea situațiilor de lucrări lunare la nivelul direcției silvice și apoi la nivelul central al autorității contractante, termenul de 60 de zile este unul rezonabil, care acoperă timpul necesar parcurgerii procedurilor de verificare și aprobare.

9. Referitor la obligația executantului de a acorda un preaviz de 60 de zile achizitorului înainte de a rezilia contractul, nu se poate vorbi despre o clauză abuzivă, cum este calificată de art. 13 din Legea nr. 72/2013. De termenul de 60 de zile profită, în primul rând, executantul, în sensul că în această perioadă achizitorul are posibilitatea de a remedia situațiile care au condus la emiterea preavizului și continuarea executării contractului.

În acest sens, la pct. 4 se prevede: „*Dacă, înainte de expirarea preavizului privind rezilierea, achizitorul remediază situațiile invocate de către executant ca motiv al rezilierii, înștiințarea încetează să aibă efect iar executantul nu va mai fi îndreptățit să rezilieze contractul, este un termen rezonabil în care achizitorul are posibilitatea de a remedia situațiile care au impus emiterea preavizului*.”

În concluzie, pentru toate motive prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca nefondată, a contestației SC ..... SRL.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 34694/21.08....., în urma solicitării acestuia de comunicare a dovezii notificării prealabile a autorității contractante împotriva adresei nr. 24412/DCP/ 07.08..... și a răspunsului autorității la notificare, dacă există, SC ..... SRL învederează că autoritatea a răspuns notificării sale prealabile prin adresa nr. 24445/DCP/08.08....., indicând conținutul unei alte adrese, anume al adresei sale nr. 24412/DCP/ 07.08....., motiv pentru care a adus critici tocmai acestui conținut, fără a se abate sau completa motivele notificării prealabile sau ale contestației. În acest caz se aplică prevederile art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, situație în care nu a formulat o notificare prealabilă secundă, pentru a nu se ajunge la un cerc vicios.

Prin adresa nr. ...../30.08....., înregistrată la Consiliu cu nr. 36490/320.08....., SC ..... SRL a prezentat concluzii scrise în urma punctului de vedere al autorității contractante, în care arată că a participat la trei proceduri de achiziție care au avut același obiect și unde s-a utilizat o documentație identică, ceea ce nu înseamnă că, odată acceptate documentațiile de anul trecut, nu s-ar justifica un interes în contestarea cerințelor excesive.

Susținerea autorității referitoare la extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport contractante este falsă, întrucât Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 stabilește conținutul proiectului tehnic și al listelor cu cantități de lucrări. Hotărârea reglementează formularistica în vederea prezentării unei oferte corespunzătoare.

Autoritatea are obligația de a determina concordanța cantităților din formularele F1-F5 din proiectul tehnic cu cele din aceleași formulare din oferte. Prin urmare, cerința de a prezenta complementar extrasele de resurse constituie doar un efort administrativ inutil, plasat în sarcina ofertanților.

Ghidul indicativ P 91/1-02 pare a nu mai fi de actualitate, fiind întocmit acum 15 ani, în condițiile legislației tehnice în vigoare la acel moment. În practică, aplicarea sa este facultativă, autoritățile fiind cele care dispun dacă iau sau nu în seamă prevederile lui.

În privința modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate impus, autoritatea contractantă susține că cerința sa nu privește criteriile de calificare întrucât se regăsește în cadrul propunerii tehnice, însă art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 prevede explicit care sunt cerințele de calificare pe care le pot impune autoritățile în cadrul procedurilor simplificate, iar cerințele privind accesul la personal nu se regăsesc printre acestea, indiferent că este vorba despre personalul muncitor, tehnic sau de calitate.

Inserarea unei cerințe de calificare în alte secțiuni decât în cele corespunzător prevăzute de fișa de date nu constituie decât o solicitare mascată cu scopul de a eluda legislația achizițiilor publice.

Acești specialiști necesari pentru verificarea nivelului de calitate sunt angajați în cadrul fiecărei lucrări de reabilitare de drum public și, prin urmare, justificarea autorității este lipsită de temei.

Autoritatea contractantă nu justifică în niciun fel solicitarea a se prezenta tabelul de detalii producător, susținând că e datoria comisiei de evaluare de a verifica caracterul licit al proveniență materialelor ce vor fi utilizate la realizarea lucrărilor. Comisia de evaluare nu este în măsură să suplinească activitatea organelor de poliție și nici responsabilitățile dirigintelui de șantier. Susținerea este lipsită de temei, întrucât eventualii furnizorii declarați în tabel nu își asumă nicio obligație vizavi de disponibilitatea sau continuitatea livrărilor ulterior încetării valabilității ofertei de preț, comunicată ofertantului la momentul redactării ofertei. Acești producători/ furnizori nu vor face parte din contractul de achiziție publică, iar rolul comisiei de evaluare este de a evalua posibilitățile ofertantului de a executa lucrarea, iar nu de a evalua un eventual producător sau furnizor de materiale din cadrul unui contract de lucrări.

Tabelul nu are rolul de a afecta admisibilitatea sau conformitatea ofertei. Potrivit art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, autoritatea trebuie să se limiteze la verificarea potențialului tehnic și organizatoric al ofertanților, iar nu să stabilească cerințe pentru producători și furnizori.

Prin acest tabel se solicită inclusiv nivelul standardelor de calitate avute de producător, cerință restricționată chiar și în cazul ofertanților, în procedura simplificată, cu atât mai mult în cazul unor persoane care nu fac parte din contractul de achiziție publică.

Autoritatea nu își poate asuma rolul de a verifica calitatea unor materiale care urmează a fi înglobate în lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică anterior semnării acestui contract, fără a avea vreo garanție că furnizorii respectivi își vor menține ulterior semnării contractului obligațiile asumate și/sau nivelul de calitate declarat cu ocazia întocmirii ofertei. Mai mult, furnizorii

declarați pot nici să nu aibă o colaborare contractuală cu ofertantul la momentul întocmirii documentației de participare la licitație.

Referitor la faptul că solicitările din tabel sunt clauze nescrise, susținerea este evidentă, întrucât autoritatea a omis să preia, în integralitate, cerințele din tabel în cadrul fișei de date sau din anunțul de participare.

Ofertanții au obligația de a prezenta, potrivit Hotărârii Guvernului nr. 907/2016, doar formularele F1-F6 pentru devizul ofertei, nu extrasele de resurse notate de autoritate drept C6, ...-C10. Autoritatea, prin poziția exprimată în punctul de vedere, nu își justifică cerința.

S-a solicitat înlăturarea mențiunii: „*Formularele vor respecta ca formă modelele indicate în cadrul documentației de atribuire în secțiunea Formulare*.”, din fișa de date a achiziției. Legislația achizițiilor publice și cea din domeniul tehnic prevăd un număr limitat de documente sau formulare cu formă și conținut fix, și anume DUAE și formularele care compun devizul general/de ofertă (F1-F6). Acest aspect rezultă și din conținutul art. 20 din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, unde se arata ca documentația de atribuire cuprinde inclusiv „*formulare și modele de documente*”. Voința legiuitorului a fost ca documentele indicate să aibă caracter orientativ, nu obligatoriu, în privința formei, mai puțin cele a căror formă este clar reglementată prin normele în vigoare.

Relativ la clauzele contractuale, nu trebuie omis că autoritatea are la dispoziție garanția de buna execuție, pe care o poate accesa în orice moment în care constată o conduită necorespunzătoare a contractantului. În baza Legii nr. 72/2013, doar în mod excepțional se acceptă un termen de plată de 60 de zile. Contrar celor afirmate de autoritatea în punctul său de vedere, lucrarea care face obiectul prezentului contract nu are un caracter complex, fiind o lucrare tipică de reabilitare de drum forestier.

În cadrul formularului cu clauzele contractuale propuse, la art. 27.15 se prevede obligația executantului de a acorda un preaviz de 60 de zile achizitorului înainte de a rezilia contractul. În condițiile în care preavizul acordat de către achizitor executantului nu depășește 15 zile, s-a solicitat autorității să echilibreze diferența dintre cele două termene, astfel încât contractul să capete o forma echitabilă, guvernată de principiul bunei-credințe și diligenței. Autoritatea a refuzat și a justificat ulterior, în cadrul punctului de vedere, că de acest termen profită executantul, întrucât achizitorul ar avea mai mult timp la dispoziție ca să remedieze motivele de reziliere invocate de către executant. Este evident că rezilierea este o măsură finală de sancționare a unui comportament necorespunzător, iar alocarea unui termen inechitabil pentru demararea acestei

proceduri nu face decât să mărească prejudiciul la care este supusă partea vătămată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de lucrări de reabilitare a drumului forestier Pescoasa, în lungime de 12,45 km, situat în comuna Răscolita, județul Mureș, lucrări estimate valoric la 6.380.870 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, SC ..... SRL a adresat o solicitare de clarificare la 01.08....., iar la 02.08....., înainte de primirea unui răspuns, a formulat notificarea prealabilă nr. 1944/02.08..... împotriva respectivei documentații, considerând că anumite cerințe sunt excesive și restrictive. După primirea răspunsului autorității nr. 24445/DCP/08.08..... la notificare, a înaintat contestația nr. ...../ ....., prin intermediul căreia solicită Consiliului să dispună eliminarea tuturor cerințelor excesive sesizate și modificarea fișei de date și a actelor subsecvente.

Asupra aspectelor învederate de reclamantă, Consiliul constată că, la cap. IV.4.1) - Modul de prezentare a propunerii tehnice, din fișa de date a achiziției, se regăsește obligația ofertantului de a prezenta „extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport”, iar la la cap. IV.4.2) - Modul de prezentare a propunerii financiare, din aceeași fișă, este specificată obligația ofertanților de a prezenta, între altele: „- Lista cuprinzând cantitățile de lucrări (C5); - Lista cuprinzând consumurile de materiale (C6) cu menționarea furnizorilor; - Lista cuprinzând cheltuielile cu forța de muncă (C7); - Lista consumurilor ore de funcționare a utilajelor de construcții (.....); - Lista consumurilor privind transporturile (C9).”

Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice nu interzice autorităților contractante să solicite extrase de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport, respectiv liste de consumuri. De altminteri, solicitarea acestora este uzuală în procedurile de atribuire a contractelor de lucrări. Pe piața acestor achiziții, cerința reclamată este întâlnită de nenumărate ori, acceptată și respectată de antreprenorii ofertanți și nu s-a dovedit a fi restrictivă în ceea ce privește accesul lor la procedurile de

atribuire. Nici eventuala necorelare a denumirilor și structurilor formularelor financiare nu este dovedită a avea vreo repercusiune în privința elaborării ofertei și participării SC ..... SRL la procedură.

Constatarea că Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 nu reglementează anumite extrase și liste nu este suficientă pentru a concluziona că respectiva hotărâre interzice utilizarea lor.

Pe de altă parte, inclusiv în modelul fișei de date a achiziției elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, actualizat la 18 mai ..... (ulterior intrării în vigoare a Hotărârii Guvernului nr. 907/2016) și postat la http://anap.gov.ro/web/modele-fda/, la pag. 35, Agenția recomandă ca, în cazul contractelor de lucrări, propunerea tehnică să cuprindă și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport.

În speță, autoritatea achizitoare a explicat de ce îi sunt necesare extrasele și listele, explicații pe care Consiliul le apreciază a fi plauzibile și pertinente (compararea cantităților ofertate cu cele date de proiectant).

Astfel fiind, este nefondată critica de la pct. 1 din contestație, soluție valabilă și în ceea ce privește critica de la pct. 2, văzând că Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în același model al fișei de date a achiziției actualizat la 18 mai ....., recomandă autorităților contractante să ceară: „Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente.”, recomandare la care Romsilva a achiesat.

Reclamanta se plânge de faptul că organizatoarea achiziției a introdus, indirect, în documentația de atribuire, cerințe referitoare la personal, contrar art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016. Însă, din parcurgerea fișei de date, se constată că autoritatea nu a impus ofertanților nicio cerință de calificare sau selecție privind personalul implicat. Cu alte cuvinte, acest personal nu determină dacă un ofertant este admis ori exclus de la competiție.

„Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii [...]” ține de întocmirea propunerii tehnice și nu se confundă cu cerința de calificare de la art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016: *„Art. 179. - Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: [...] c) indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din organizația operatorului economic, în special a celor care răspund de controlul calității și, în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, a celor aflați la dispoziția contractantului în vederea executării lucrărilor*”.

Nici obligația de a prezenta în propunerea tehnică anumite detalii despre producătorii de produse de carieră și balastieră, tuburi pentru podețe, beton de ciment, prefabricate din beton și membrană hidroizolantă nu contravine legislației în vigoare și nici nu împiedică operatorii economici să participe cu oferte la procedură.

Operator economic, în sensul Legii nr. 98/2016, este persoana fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă *în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii*, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități. Este dreptul oricărei autorități publice finanțatoare de a cere celor care doresc să intre în relații contractuale cu ele informații din care să reiasă caracterul licit al operațiunilor efectuate, inclusiv al comercializării materialelor de construcții. O premisă în acest sens este indicarea măcar a unor detalii minimale despre producătorii implicați indirect în executarea investiției. Acestora li se va putea recunoaște statutul de furnizor – „*entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant*”, cu incidența următoarelor dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

Art. 219. - (1) Autoritatea contractantă solicită contractantului, cel mai târziu la momentul începerii executării contractului, să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în executarea contractului de achiziție publică, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv.

(2) Contractantul are obligația de a notifica autorității contractante orice modificări ale informațiilor prevăzute la alin. (1) pe durata contractului de achiziție publică.

(3) Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221.

(4) În situația prevăzută la alin. (3), contractantul va transmite autorității contractante informațiile prevăzute la alin. (1) și va obține acordul autorității contractante privind eventualii noi subcontractanți implicați ulterior în executarea contractului.

(5) Atunci când înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți are loc după atribuirea contractului, aceștia transmit certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzătoare părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Art. 220. - **În scopul unei informări complete, autoritatea contractantă are dreptul de a extinde aplicarea obligațiilor prevăzute la art. 219**:

a) **cu privire la furnizorii implicați în contracte de achiziții publice de lucrări** sau de servicii;

b) cu privire la subcontractanții subcontractanților contractantului sau subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare.

Se presupune că ofertanții, inclusiv SC ..... SRL, își cunosc sursele de aprovizionare cu materiale de construcții și pot prezenta

un minim de informații despre acestea (denumire producător, țara de reședință, piața de desfacere, sistemul de calitate, autorizări). Dacă producătorii/furnizorii refuză să le indice unele date cerute se poate menționa acest aspect în tabelul cu detalii, ceea ce nu afectează dreptul antreprenorilor de a participa la licitație, întrucât nu există o culpă a acestora. În etapa de evaluare a ofertelor, Romsilva poate cere ea însăși producătorilor nominalizați detaliile de care are nevoie.

„În anumite cazuri mai deosebite - lucrări de investiții-construcții importante, utilizare de produse noi sau procese și procedee de execuție speciale - beneficiarii investitori pot solicita, prin contract, elaborarea și aplicarea de către furnizorii de produse sau de către constructorii executanți de lucrări a unor planuri ale calității, pentru acele cazuri. Planurile calității se stabilesc în concordanță cu programele de asigurare a calității ale beneficiarilor și în corelare cu manualele și cu procedurile privind calitatea ale furnizorilor sau ale executanților respectivi." (extras din anexa nr. 2 *„Regulament privind conducerea și asigurarea calității în construcții"* la Hotărârea Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții). Deși reabilitarea drumului forestier Pescoasa nu constituie o lucrare de investiții-construcții importante, raționamentul solicitării de informații despre producătorii materialelor de construcții rămâne valid.

Separat de cele reținute, cerința nu este una de calificare, motiv pentru care nu sunt incidente prevederile art. 30 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (*„Criteriile de calificare și criteriile de selecție precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției/anunțul de participare sunt considerate clauze nescrise*.").

Relativ la critica de la pct. 4 din contestație, vizând solicitarea listelor C6-C9, sunt valabile, *mutatis mutandis*, considerentele de respingere ca nefondată expuse cu ocazia examinării criticii de la pct. 1 din contestație. Solicitarea listelor este cunoscută inclusiv reclamantei, care a mai participat la proceduri organizate de Romsilva (anunțul de participare simplificat nr. 393461/11.10.2016 – liste de consumuri, tabel detalii producător; anunțul de participare simplificat nr. 398323/30.12.2016 – liste de consumuri, tabel detalii producător; anunțul de participare simplificat nr. 393477/ 07.10.2016 – liste de consumuri, tabel detalii producător; anunțul de participare simplificat nr. 393479/07.10.2016 – liste de consumuri, tabel detalii producător; anunțul de participare simplificat nr. 395020/31.10.2016 – liste de consumuri).

Nici exprimarea *„Formularele vor respecta ca formă modelele indicate în cadrul documentației de atribuire în secțiunea Formulare"*

nu aduce atingere dispozițiilor legale în vigoare și nici accesului liber al operatorilor la procedură, fiind firească obligația acestora de a respecta toate documentele puse la dispoziție de către organizatoarea procedurii, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

La fel de firesc este și accentul pe care autoritatea îl pune pe utilizarea uniformă a aceluiași format al modelelor, pentru a i se facilita identificarea informațiilor și compararea ofertelor (aplicarea aceluiași tipar nu contravine normelor legale).

Neîntemeiată este și critica de la pct. 6 din contestație, îndreptată împotriva cerinței: *„Clauzele contractuale obligatorii pot fi modificate și aduse la cunoștință tuturor celor interesați până la data limită de depunere a ofertelor, în timp ce clauzele specifice pot fi negociate/modificate atâta timp cât nu introduc condiții care ar fi permis atribuirea contractului unui alt operator economic sau daca modificarea nu schimbă balanța economică a contractului în favoarea contractantului*." Chiar dacă această cerință nu este însoțită de menționarea unei baze legale, ea nu poate fi declarată nelegală *ipso facto*, mai cu seamă că reproduce o recomandare dintr-un model de fișă de date publicat de „ANAP" în 2013, după cu afirmă chiar contestatoarea.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatoarea nu reușește să probeze că ar exista vreo normă legală care să interzică autorității menționarea cerinței precitate și nici în ce fel îi vatămă libertatea de a participa cu ofertă la licitație.

Clauza contractuală *„12.1 - În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu <u>0,05% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere</u> până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor*."
trebuie analizată în contrast cu clauza:

„12.2 - (1) În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 30 de zile de la expirarea perioadei convenite conform art. 21.1, alin. 3, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu <u>0,05% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere</u>, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor."

Cele două clauze generează un dezechilibru între părțile contractante în privința întinderii penalităților pe care sunt obligate să le suporte.

La art. 1.350 C. civ. se prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, persoana este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii. Clauza convențională de la pct. 12.1 este mai împovărătoare pentru ofertantul-contractant decât aceea echivalentă de la pct. 12.2 pentru autoritatea beneficiară, fiind de natură să nască un dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile reciproce ale părților, context în care autoritatea va fi obligată să le coreleze, respectiv să asigure o simetrie a întinderii răspunderii în cele două situații.

Consiliul trebuie să intervină și să asigure un echilibru între interesele concurente, chiar și în cazul contractelor administrative încheiate între o autoritate și un profesionist. De pildă, fiind unidirecționale, unele clauze rup echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera celor abuzive, astfel cum sunt definite de 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. Orice contract cu o entitate publică cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, însă aceste clauze nu trebuie să exceadă limitelor legii, intrând în sfera celor abuzive.

Nu este acceptabil din perspectiva echilibrului obligațiilor contractuale ca societatea constructoare să suporte penalități de 0,05% din prețul întregului contract pentru fiecare zi de întârziere, indiferent de întinderea obligațiilor neîndeplinite, în vreme ce instituția beneficiară să fie ținută să achite penalități de 0,05% pentru fiecare zi de întârziere doar din plata neefectuată, nu din prețul întregului contract. Evident, cele două clauze convenționale urmează a fi puse în acord.

După cum s-a arătat în paginile anterioare, orice contract cu o entitate publică cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, însă aceste clauze nu trebuie să exceadă limitelor legii, trecând în sfera celor abuzive – *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. 12 din Legea nr. 72/2013).

Operatorul economic reclamant se găsește într-o situație de inferioritate față de autoritatea achizitoare în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către autoritate, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora în absența inițierii unui demers litigios. Dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 urmăresc, între altele, să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți. *Mutatis mutandis*, este de observat și poziția favorabilă părții dependente/constrânse a Curții de Justiție a Uniunii Europene în domeniul clauzelor abuzive (de pildă: Hotărârea din 27 iunie 2000, Océano Grupo Editorial și Salvat Editores, C-240/98 și C-244/98, Rec., p. I-4941, Hotărârea din 26 octombrie 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec., p. I-10421, Hotărârea din 6 octombrie 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rep., p. I-9579, Hotărârea Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, precum și Hotărârea din 14 iunie 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ECLI:EU:C: 2012:349).

Astfel fiind, dacă ... urmărește să obțină de la antreprenorul contractant daune-interese de 0,05%/zi de întârziere din prețul întregului contract, atunci trebuie să admită că și antreprenorul beneficiază de un drept corespunzător, respectiv de a încasa de la autoritate daune-interese de 0,05%/zi de întârziere din prețul întregului contract pentru sumele neachitate la timp. Prin urmare, clauzele contractuale care reglementează partea îndreptățită la daune-interese trebuie revizuite, pentru a se asigura echilibrul contractual între obligațiile ce revin antreprenorului și beneficiarului, precum și pentru corelarea lor cu dispozițiile legale în vigoare. Pe de altă parte, în acest fel se elimină efectul descurajator pe care îl au clauzele examinate asupra potențialilor ofertanți în a participa la licitație, respectiv se dă eficiență principiului concurenței reale (deschiderea pieței), interesul legiuitorului și al oricărei autorități contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să fie aleasă aceea care răspunde cel mai bine necesităților autorității. În Ghidul privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene ce trebuie urmate de autoritățile de management și organismele intermediare în procesul de verificare a procedurilor de achiziții publice, aprobat prin Ordinul nr. 543/2.366/1.446/1.489/ 1.441/879/2013, la cap. IV – Recomandări privind managementul procedurii de atribuire (aplicabile beneficiarilor), pct. 5 – Redactarea contractului, se prevede că, dacă

în contract sunt clauze nerezonabile, care nu sunt în acord cu practicile de piață, există riscul de a exclude operatorii economici serioși.

Argumentul că întârzierea executării poate avea ca obiect un rest nesemnificativ de lucrări nu poate fi validat de Consiliu, cât timp constructorul este ținut să acopere toate prejudiciile cauzate autorității, indiferent dacă restul de lucrări neexecutate este insignifiant. Autoritatea contractantă nu poate să profite și să se „îmbogățească" pe seama constructorului care, din diverse cauze, întâmpină dificultăți în respectarea graficului.

Cu privire la termenul legal de plată, art. 6 din Legea nr. 72/2013 prescrie:

(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 altei 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.

În modelul de contract pus la dispoziție de Romsilva se prevede că achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 60 de zile de la data emiterii facturii, clauză pe care Consiliu o consideră în limitele Legii nr. 72/2013. Autoritatea achizitoare a justificat de ce îi sunt necesare 60 de zile pentru efectuarea plății – pentru verificarea situațiilor de lucrări lunare la nivelul direcției silvice și, ulterior, la nivelul central al autorității contractante.

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. Efectuarea plăților, în limita creditelor bugetare aprobate, se realizează numai pe bază de acte justificative, întocmite în conformitate cu dispozițiile legale, și numai după ce acestea au fost lichidate și ordonanțate, după caz, dispune Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, operațiuni consumatoare de timp.

Art. 1.169 C. civ. stabilește că părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri, iar clauza contractuală 21.1 alin. (3) se încadrează în aceste limite și nu este disproporționată.

Pe marginea clauzei de la pct. 27.15, relevante sunt textele Codului civil:

Art. 1.522 - (1) Debitorul poate fi pus în întârziere fie printr-o notificare scrisă prin care creditorul îi solicită executarea obligației, fie prin cererea de chemare în judecată.

(2) Dacă prin lege sau prin contract nu se prevede altfel, notificarea se comunică debitorului prin executor judecătoresc sau prin orice alt mijloc care asigură dovada comunicării.

(3) Prin notificare trebuie să se acorde debitorului un termen de executare, ținând seama de natura obligației și de împrejurări. Dacă prin notificare nu se acordă un asemenea termen, debitorul poate să execute obligația într-un termen rezonabil, calculat din ziua comunicării notificării.

(4) Până la expirarea termenului prevăzut la alin. (3), creditorul poate suspenda executarea propriei obligații, poate cere daune-interese, însă nu poate exercita celelalte drepturi prevăzute la art. 1.516, dacă prin lege nu se prevede altfel. Creditorul poate exercita aceste drepturi dacă debitorul îl informează că nu va executa obligațiile în termenul stabilit sau dacă, la expirarea termenului, obligația nu a fost executată.

(5) Cererea de chemare în judecată formulată de creditor, fără ca anterior debitorul să fi fost pus în întârziere, conferă debitorului dreptul de a executa obligația într-un termen rezonabil, calculat de la data când cererea i-a fost comunicată. Dacă obligația este executată în acest termen, cheltuielile de judecată rămân în sarcina creditorului.

Art. 1.552. - (1) Rezoluțiunea sau rezilierea contractului poate avea loc prin notificarea scrisă a debitorului atunci când părțile au convenit astfel, când debitorul se află de drept în întârziere ori când acesta nu a executat obligația în termenul fixat prin punerea în întârziere.

(2) Declarația de rezoluțiune sau de reziliere trebuie făcută în termenul de prescripție prevăzut de lege pentru acțiunea corespunzătoare acestora.

(3) În toate cazurile, declarația de rezoluțiune sau de reziliere se înscrie în cartea funciară ori, după caz, în alte registre publice, pentru a fi opozabilă terților.

(4) Declarația de rezoluțiune este irevocabilă de la data comunicării ei către debitor sau, după caz, de la data expirării termenului prevăzut la alin. (1).

Art. 1.553. - (1) Pactul comisoriu produce efecte dacă prevede, în mod expres, obligațiile a căror neexecutare atrage rezoluțiunea sau rezilierea de drept a contractului.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), rezoluțiunea sau rezilierea este subordonată punerii în întârziere a debitorului, afară de cazul în care s-a convenit că ea va rezulta din simplul fapt al neexecutării.

(3) Punerea în întârziere nu produce efecte decât dacă indică în mod expres condițiile în care pactul comisoriu operează.

Art. 1.859. - (1) În cazul în care beneficiarul, deși a fost înștiințat de către antreprenor în condițiile art. 1.858, nu ia măsurile necesare într-un termen potrivit cu împrejurările, antreprenorul poate rezilia contractul sau poate continua executarea acestuia pe riscul beneficiarului, notificându-l în acest sens.

(2) Cu toate acestea, dacă lucrarea ar fi de natură să amenințe sănătatea sau integritatea corporală a persoanelor, antreprenorul este obligat să ceară rezilierea contractului, sub sancțiunea de a prelua riscul și de a răspunde pentru prejudiciile cauzate inclusiv terților.

Art. 1.873. - Dacă antreprenorul nu poate începe sau continua executarea contractului din cauza neîndeplinirii fără justificare de către beneficiar a propriilor obligații, antreprenorul este îndreptățit să obțină rezoluțiunea ori rezilierea contractului, cu daune-interese, dacă este cazul.

În speță, ...nu a furnizat Consiliului niciun argument din care să reiasă necesitatea beneficierii de un termen de preaviz (punere în întârziere) de 60 de zile. Acest termen este în favoarea achizitorului, nicidecum a executantului, după cum reiese chiar din redactarea clauzei: *„În urma unui preaviz de 60 zile acordat achizitorului, executantul poate rezilia prezentul contract dacă achizitorul:* [...]." Beneficiul termenului este reglementat și de Codul civil, la art. 1.413: *„(1) Termenul profită debitorului, afară de cazul când din lege, din voința părților sau din împrejurări rezultă că a fost stipulat în favoarea creditorului sau a ambelor părți. (2) Cel ce are beneficiul exclusiv al termenului poate renunța oricând la acesta, fără consimțământul celeilalte părți*."

Față de disproporția vădită între termenele de preaviz pe care le acordă autoritatea executantului și reciproca, coroborată cu lipsa argumentării necesității ca autoritatea să beneficieze de un termen de 60 de zile, se impune reducerea acestuia în limite care să nu afecteze echilibrul obligațiilor pe care și le asumă părțile contractante.

Criticile contestatoarei vizând adresa de clarificare nr. 24412/ DCP/07.08..... sunt inadmisibile, întrucât acest act al autorității nu a fost supus procedurii de notificare prealabilă, după cum însăși contestatoarea recunoaște în răspunsul nr. 1983/21.08..... („pentru a nu se ajunge la un cerc vicios"). Consiliul constată incidența următoarelor prevederi din lege:

- art. 6 alin. (1) lit. b): *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:* [...] *b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal* [...]";

- art. 6 alin. (10): *„Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă*.";

- art. 8 alin. (1): *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă* [...] *poate sesiza Consiliul* [...]";

- art. 11 alin. (2): *„Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante* [...]."

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului împotriva unui act vătămător emis de autoritate se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă împotriva respectivului act, etapă obligatorie, condiție de

admisibilitate a contestației. Sintagma „se poate face numai după”, utilizată de legiuitor, demonstrează caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. În circumstanțele factuale redate mai sus, reieșite din afirmațiile părților litigante și din documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul stabilește că nu a fost îndeplinită, de către contestatoare, obligația legală de notificare prealabilă a autorității contractante împotriva adresei de clarificare nr. 24412/DCP/07.08....., motiv pentru care sunt inadmisibile criticile față de această adresă.

Prevederile art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 nu sunt aplicabile cauzei, întrucât adresa de clarificare nr. 24412/DCP/ 07.08..... reprezintă un act al autorității distinct de răspunsul la notificare dat a doua zi. Fiind un act distinct, adresa se putea ataca în mod independent de răspunsul invocat.

Inadmisibile sunt și motivele de contestare noi pe care contestatoarea le formulează în concluziile scrise nr. ...../ 30.08....., nefiind supuse în prealabil discuției cu autoritatea contractantă prin intermediul notificării prealabile și al contestației. În același sens este și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

În lumina celor expuse, Consiliul consideră că este necesar ca autoritatea achizitoare să revizuiască, din modelul contractului de achiziție publică, clauzele 12.1 și 21.1, parte integrantă a documentației de atribuire, astfel încât să răspundă exigențelor de legalitate, echitate și de informare corectă a operatorilor economici. Aceasta fiind situația faptică și de drept, reținută în urma cercetării întreprinse în prezenta cauză, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în limita considerentelor de mai sus, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..., și va obliga autoritatea contractantă să aducă remedierile necesare în privința documentației de atribuire, conform motivării expuse.

Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în limita considerentelor de mai sus, și obligă autoritatea contractantă ... ca, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze clauzele 12.1 și 21.1 din modelul contractului de achiziție publică, astfel cum rezultă din considerentele expuse. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și două de pagini.