



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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația fără număr la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. 19290/29.03.2024, formulată de SRL, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, cu sediul în, str. Nicolae Iorga, bloc 34C, scara B, parter, județul, reprezentată convențional prin SCA „.....”, cu sediul procesual ales conform art. 158 CPC în Brașov, Bulevardul Griviței nr. 90, bl. 12, sc. A, ap. 8, județul Brașov, unde solicită și comunicarea tuturor actelor aferente dosarului, împotriva documentația de atribuire, elaborată de autoritatea contractantă UAT, reprezentată prin primar, cu sediul în localitatea, strada Gabor Aron nr. 75, județul, în cadrul procedurii de atribuire simplificate, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări pentru proiectul «EXTINDEREA REȚELEI DE APĂ POTABILĂ ȘI A SISTEMULUI DE CANALIZARE ÎN, JUDEȚUL»”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare SCN1143041/21.03.2024, s-a solicitat:

1. suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;

2. obligarea autorității contractante:

- să modifice caietul de sarcini și documentația de atribuire în mod corespunzător și să publice în SEAP modificările intervenite cu respectarea prevederilor legale; și

- să prelungească termenul de depunere a ofertelor, pentru a fi respectate principiile și prevederile Legii nr. 98/2016 (inclusiv prevederile art. 153 și art. 161);

în urma:

2.1 modificării cerinței 3.1 lit. b) privind șeful de șantier din caietul de sarcini, secțiunea III (Specificațiile tehnice), pct. 3 (proponerea tehnică și propunerea financiară), subpunctul 3 (Resurse: personal și instalații/echipamente);

2.2 modificării cerinței 3.1 lit. f) privind inginerul topometrist din caietul de sarcini, secțiunea III (Specificațiile tehnice), pct. 3 (propunerea tehnică și propunerea financiară), subpunctul 3 (Resurse: personal și instalații/echipamente);

2.3 modificării art. 14.2.1 din modelul de contract în sensul precizării cazurilor în care executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție;

2.4 modificării art. 16.4 din modelul de contract în sensul eliminării mențiunii „*constatat în scris de către părți prin reprezentanții lor împuterniciți în acest sens, prin încheierea unui Act adițional la contract*”;

3. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin Încheierea nr. 1094/C5/984 din 05.04.2024, Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de SRL în contradictoriu cu UAT și, pe cale de consecință, a suspendat procedura de atribuire până la soluționarea cauzei. Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei, pentru următoarele motive:

1. ASPECTE COMUNE CU PRIVIRE LA CERINȚA 3.1 LIT. B) PRIVIND ȘEFUL DE ȘANTIER ȘI 3.1 F)

PRIVIND INGINERUL TOPO DIN CAIETUL DE SARCINI

Conform art. IV.4.1 din fișa de date a achiziției: „*Propunerea tehnică se va elabora cu respectarea cerințelor din caietul de sarcini (...) Toate elementele propunerii tehnice trebuie să fie corelate și să conțină toate activitățile și lucrările descrise în documentația de atribuire (...)*”.

De asemenea, conform caietului de sarcini, subpunctul 3.1 (din cadrul secțiunii III - Specificațiile tehnice, pct. 3 – Propunerea tehnică și propunerea financiară, „*Pentru derularea în bune condiții a contractului, ofertanții trebuie să asigure personal tehnic de specialitate, cu pregătirea și calificarea adecvate condițiilor specifice de execuție și complexității lucrărilor ce fac obiectul procedurii de achiziție.*”

Ofertantul va prezenta structura echipei propuse, cu nominalizarea persoanelor și a poziției acestora în echipă, din care să rezulte că este asigurat personalul necesar și obligatoriu în vederea execuției lucrărilor ce fac obiectul contractului.

Ofertantul va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii pentru execuția lucrărilor, în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicate lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare”.

În raport de aceste aspecte, obligatorii pentru ofertanți, autoritatea a solicitat ca ofertanții să asigure personal tehnic de specialitate, inclusiv un Șef de șantier (cerința 3.1 lit. b din caietul de sarcini) și un inginer topo (cerința 3.1 lit. f din caietul de sarcini).

Or, aceste cerințe, în forma publicată a documentației de atribuire, sunt limitative, restrictive, nelegale și necorelate cu „condițiile specifice de execuție” și complexitatea „lucrărilor ce fac obiectul procedurii de execuție”, adică cu propriile condiții impuse de autoritatea contractantă.

2. CU PRIVIRE LA CERINȚA 3.1 LIT. B) PRIVIND ȘEFUL DE ȘANTIER DIN CAIETUL DE SARCINI

Cerința 3.1 lit. b) privind Șeful de șantier din caietul de sarcini are următorul conținut *„Pentru activitățile ce se desfășoară pe șantier, Contractantul va numi un șef de șantier care va relaționa direct cu personalul Autorității contractante, responsabil de executarea contractului. Șeful de șantier va fi absolvent cu studii superioare, finalizate cu diplomă de licență sau echivalent, **inginer în instalații, construcții edilitare**, cu experiența dovedită în coordonarea unor lucrări similare (...).”*

În contextul în care în cadrul Facultăților de Construcții din România nu există specialitatea tehnică solicitată de „Edilitare – apă canalizare”, astfel că, corelarea cu obiectul contractului trebuie să se realizeze raportat la specializările existente, în corelație cu obiectul contractului și cu activitățile solicitate de autoritate pentru șeful de șantier.

Or, din cerința autorității contractante, rezultă că șeful de șantier trebuie să contribuie cu experiența sa pentru execuția corespunzătoare a lucrărilor și să gestioneze implementarea planurilor de control pentru toate lucrările.

Însă, lucrările ce fac obiectul contractului, nu sunt doar lucrări de instalații civile, ci edilitare. De asemenea, nu sunt doar lucrări de instalații edilitare, ci și lucrări de construire.

Dar, inginerul de instalații în construcții nu are studiile necesare pentru realizarea construcțiilor edilitare și de gospodărie comunală și nici de construire.

Așadar, cerința privind instalațiile/inginerul în instalații este limitativă și nu este corelată cu obiectul contractului, unde este necesar un șef de șantier cu studii pentru realizarea unei construcții edilitare și de gospodărie comunală, respectiv de extindere a rețelei de apă și a sistemului de canalizare, care nu presupune numai lucrări de instalații, ci și lucrări de construire, pentru care sunt necesare studii universitare precum:

- Construcții civile, industriale și agricole;
- Inginerie civilă;

- Amenajări și construcții hidrotehnice;
- Căi ferate, drumuri și poduri;
- Inginerie sanitară și protecția mediului;
- Inginerie urbană și dezvoltare regională;
- Îmbunătățiri funciare și dezvoltare rurală.

Contestatoarea depune atașat programul de control din care rezultă că obiectul contractului nu vizează numai lucrări de instalații, ci și lucrări de construire, nefiind suficientă specializarea de instalații pentru construcții.

Acest aspect este confirmat, de exemplu, și de cerințele pentru autorizarea RTE, conform Ordinului nr. 1895/2016 pentru aprobarea procedurii privind autorizarea și exercitarea dreptului de practică a responsabililor tehnici cu execuția lucrărilor de construcții, unde pentru autorizarea RTE pentru domeniul 9.1 Construcții edilitare și de gospodărie comunală, fiind necesare studii după cum urmează: „Domeniul 9.1. Construcții edilitare și de gospodărie comunală, studii universitare „Inginerie civilă”, specializare „Construcții civile, industriale și agricole; Inginerie civilă; Amenajări și construcții hidrotehnice; Căi ferate, drumuri și poduri; Inginerie sanitară și protecția mediului; Inginerie urbană și dezvoltare regională; Îmbunătățiri funciare și dezvoltare rurală - cu o experiență profesională minimă de 6 ani”.

3. CU PRIVIRE LA CERINȚA 3.1 LIT. F) PRIVIND INGINERUL TOPO DIN CAIETUL DE SARCINI

Cerința 3.1 lit. f) privind inginerul topo din caietul de sarcini are următorul conținut: „Autorizat minim categoria D, în domeniul cadastrului;

Cerința ca inginerul topometrist să fie autorizat minim categoria D este limitativă și restrictivă și necorelată cu obiectul contractului, întrucât contractul nu presupune lucrări precum cele pentru care este necesară categoria D.

Conform Ordinului nr. 107/2010 pentru aprobarea Regulamentului privind autorizarea și recunoașterea autorizării persoanelor fizice și juridice în vederea realizării și verificării lucrărilor de specialitate în domeniul cadastrului, geodeziei și cartografiei pe teritoriul României, art. 4 alin. (1): „*Autorizarea persoanelor fizice se solicită și se acordă pentru una dintre categoriile A, B, C, D sau E.*”

Conform art. 4 alin. (5): „*Persoanele fizice autorizate în categoria D pot executa următoarele tipuri de lucrări de specialitate: a) executarea și verificarea, în cadrul procesului de control intern al calității, a lucrărilor din categoria A; b) proiectarea, executarea și completarea rețelelor geodezice de referință; c) proiectarea și realizarea lucrărilor de fotogrammetrie.*”

Lucrările de la lit. a) de mai sus presupun verificarea altor topografi (o asemenea activitate nefiind necesară pentru execuția lucrărilor ce fac obiectul contractului). De asemenea, contractul nu presupune execuția de rețele geodezice de referință (lit. b) și nici lucrări de fotogrammetrie (lit. c), ci, conform caietului de sarcini „*Construcții. Rețele apă – canal*”, pct. 1.6

(trasarea lucrărilor) lucrările presupun realizarea planurilor de amplasare și nivelele sau coordonatele, după caz, detaliile complete cu privire la amplasare, împreună cu calculele și planurile suport (inclusiv planurile ce indică amplasamentele și coordonatele punctelor de referință utilizate), ori aceste activități pot fi realizate și de alte categorii de topografi.

4. CU PRIVIRE LA CLAUZA 14.2.1 DIN MODELUL DE CONTRACT

Conform art. 14.2.1 din modelul de contract: *„Executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție în condițiile art. 20 din prezentele condiții contractuale și doar dacă aceasta nu se datorează din culpa sa.”*

Însă, prevederile art. 20 din contract nu reglementează situațiile în care executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție.

În consecință, este necesară modificarea 14.2.1 din modelul de contract în sensul precizării cazurilor în care executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție, cu respectarea principiilor transparenței, tratamentului egal și proporționalității, subliniază contestatoarea.

5. CU PRIVIRE LA CLAUZA 16.4 DIN MODELUL DE CONTRACT

Clauza 16.4 are următorul conținut în modelul de contract: *„Executantul nu datorează penalități de întârziere atunci când întârzierile sunt urmare a lipsei frontului de lucru, datorate culpei achizitorului. În această ipoteză, termenul de execuție ce curge împotriva executantului va fi prelungit cu data acestui impediment, constatat în scris de către părți, prin reprezentanții lor împuterniciți în acest sens, prin încheierea unui act adițional la contract”.*

Contestatoarea arată că această clauză prevede necesitatea unui acord suplimentar între părți pentru acordarea unei prelungiri a duratei de execuție în situații ce generează întârzieri ce nu se datorează executantului.

Condiționarea unui drept al executantului necesar și rezonabil într-un contract de execuție lucrări (de prelungire a duratei de execuție în cazul în care intervin motive de întârziere care nu se datorează executantului) este abuzivă și nejustificată.

O asemenea condiționare nu permite nici controlul judecătoresc în situația în care intervin asemenea situații justificate de prelungire a duratei de execuție, pentru că s-ar putea argumenta că prelungirea nu poate opera decât în situația unui acord din partea achizitoare.

De aceea, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să modifice clauza 16.4 în sensul eliminării mențiunii *„constatat în scris de către părți prin reprezentanții lor împuterniciți în acest sens, prin încheierea unui Act adițional la Contract.”*

6. CLAUZELE/CERINȚELE CONTESTATE ÎNCALCĂ LIMITELE DREPTULUI AUTORITĂȚII CONTRACTANTE DE A FIXA CLAUZELE CONTRACTULUI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ.

În subsecțiunile de mai jos, contestatoarea arată anumite limite (minime) cu privire la dreptul autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică/situații care permit cenzurarea acestora de către organul jurisdicțional competent, iar clauzele contestate de SRL încalcă toate sau o parte din aceste limite:

7.1 Oportunitatea implică o justificare legală

Potrivit art. 2 lit c¹) din Legea nr. 554/2004: *„sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative;”*

Contestatoarea subliniază faptul că, legiuitorul asimilează contractul de achiziție publică, actelor administrative, din această calificare rezultând o serie de consecințe cu privire la limitele dreptului autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică.

Legea nr. 554/2004, la art. 2 lit. n) explică semnificația termenului de exces de putere ca fiind: *„exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor.”*

Prin această prevedere legală, legiuitorul a creat un minim cadru ce ar trebui respectat de către autoritatea administrației publice pentru a nu depăși limitele oportunității, respectiv ce permite interpretarea și soluționarea aspectelor de oportunitate, de la caz la caz, de către instanța de contencios administrativ.

Astfel, în jurisprudența sa ÎCCJ au apreciat că *„norma permisivă, în dreptul administrativ, exprimă puterea discreționară dată autorității de a acționa sau nu, libertatea de apreciere de a acționa într-un sens sau altul, ceea ce nu echivalează cu faptul că această putere poate fi utilizată abuziv, fără justificări legale ale opțiunii sale. A accepta contrariul ar însemna acceptarea excesului de putere fără niciun control al activității administrației, ceea ce este nepermis într-un stat de drept....”* (ÎCCJ, s. cont. adm. fisc., dec. nr. 3359 din 30 mai 2005, nepublicată, citată în:, *Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 110).

De aceea, este ar fi fundamental eronată poziția de a introduce anumite clauze doar pentru motivul că nu ar exista o anumită prevedere legală care să interzică o anumită abordare.

Dimpotrivă, pentru introducerea unei anumite cerințe/clauze este necesară existența unei justificări obiective raportat la o prevedere legală sau la obiectul contractului.

7.2 Principiul proporționalității

Pe de altă parte, sistemul achizițiilor publice este centrat pe anumite principii fundamentale, printre care și principiile *„tratamentului egal”*, *„proporționalității”* și *„asumării răspunderii”* de la care autoritatea contractantă nu poate abdica prin modul în care acesta fixează clauzele contractuale.

De aceea, ori de câte ori clauzele sunt *„disproporționate”* raportat la obiectul contractului, natura contractului, prețul contractului, necesitățile

autorității contractante, prevederilor legale care reglementează activitatea autorității/operatorului, etc, pot fi cenzurate de instanțele competente.

7.3 Principiul eficienței/best value for money

Autoritatea contractantă, prin modul în care acesta fixează clauzele contractuale nu poate abdica nici de la scopul stabilit de legiuitor la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (legea cadru care reglementează contractul ce face obiectul procedurii de atribuire): *„Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.”*

Sistemul achizițiilor publice a fost instituit, printre altele, având la bază necesitatea ca autoritatea contractantă să obțină în cadrul fiecărei proceduri de atribuire valoarea optimă pentru banii cheltuiți (*„best value for money”*), deziderat ce nu poate fi obținut decât prin atragerea din piață a celor mai oferte/ofertanți.

În acest sens, este necesar ca respectarea interesului public să se întrepătrundă cu asigurarea unui grad relevant de atractivitate comercială a proiectului public.

Din acest punct de vedere, includerea clauzelor contestate este de natură să împiedice un eventual ofertant să răspundă licitației, ofertant care ar fi avut capacitatea tehnică necesară pentru realizarea proiectului pentru ofertarea unui preț mai mic față de alți eventuali ofertanți, în considerarea clauzelor contestate față de caracterul dezavantajos/disproporționat sau neclar al acestora.

Așadar, și din acest punct de vedere, clauzele fixate de autoritatea contractantă pot fi cenzurate de instanțele judecătorești competente, conchide contestatoarea.

7.4 Caracterul nerezonabil

De asemenea, trebuie întotdeauna avute în vedere dispozițiile art. 15 din noul Cod Civil potrivit cărora *„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”*.

Este de la sine înțeles faptul că interesul public, cu atât mai mult, nu poate constitui un temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante.

În prezenta procedură de atribuire însă, subliniază contestatoarea, autoritatea contractantă a inserat anumite clauze inadecvate/abuzive/nerezonabile/neclare, ce exced prerogativelor conferite de lege, clauze ce nu sunt de natură să conducă la asigurarea cadrului imperativ avut în vedere de legiuitor ci, mai mult, are potențialul de a elimina din competiție actori economici ce pot asigura acea valoare optimă în schimbul fondurilor publice cheltuite, ducând astfel la încălcarea principiului eficienței.

7.5 Caracterul neoportun pentru ofertant, dacă propunerea de eliminare nu este evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă

Potrivit art. 137 alin. (3) lit. b) din Normele metodologice privind Legea nr. 98/2016: *„(3) Oferta este considerată neconformă în*

următoarele situații: [...] b) 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;”.

Dacă potrivit legii, o asemenea propunere de modificare poate fi inclusă în ofertă, cu atât mai mult acesta o poate supune atenției instanței/ Consiliului în cadrul contestației pentru a putea fi analizat caracterul oportun pentru ambele părți.

Pe cale de consecință, rezultă că un ofertant poate propune modificări a clauzelor, fără ca legiuitorul să solicite justificarea unui caracter „nelegal” al clauzei contestate, pe principiul că dacă autoritatea contractantă a avut libertatea de a o stabili, și operatorul economic trebuie să aibă libertatea de a solicita eliminarea ei, cu condiția ca propunerea de modificare să nu fie în mod evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă.

Din acest punct de vedere, instanța de judecată poate cenzura clauzele stabilite de autoritatea contractantă și pentru rațiuni de oportunitate din partea operatorilor economici, nu doar pentru rațiuni de nelegalitate/ exces de putere/disproporționalitate/caracter nerezonabil etc.

Față de aceste prevederi, eliminarea clauzelor contestate prin intervenția CNSC/instanței nu numai că este posibilă, dar este și recomandată, pentru a se asigura un tratament egal pentru toți ceilalți operatori economici (pentru ca eventualului câștigător să i se aplice modelul de contract modificat prin eliminarea clauzei contestate), învederează contestatoarea.

Este esențial de precizat că legislația specială incidentă nu impune, neapărat, ca respectiva clauză să fie nelegală pentru a putea fi modificată, ci doar să nu fie dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă. Așadar, nu este necesar ca o anumită clauză contestată să fie în contradicție cu o prevedere expresă a legii pentru a putea fi modificată/eliminată.

Astfel, potrivit celor arătate anterior, este suficientă demonstrarea caracterului prejudiciabil/nejustificat (pentru viitorul câștigător al procedurii de achiziție publică) al clauzei contestate pentru ca autoritatea competentă să dispună modificarea contractului în sensul eliminării clauzei contestate.

În plus, în prezenta cauză, contestatoarea arată că prevederile contractuale contestate nu numai că nu sunt dezavantajoase pentru autoritate (este în schimb deosebit de dezavantajoasă pentru viitorul câștigător al procedurii de atribuire, după cum SRL a arătat), dar contravine și unor prevederi legale, motiv pentru care se impune, cu atât mai mult, să fie anulate.

7.6 Limite ce rezultă din Legea nr. 72/2013

De asemenea, clauzele nu pot fi abuzive din perspectiva 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.

Conform art. 13 din această lege: *„În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța ține cont de toate circumstanțele cauzei, în special de: a) abaterile grave de la practicile statornicite între părți sau de la uzanțele conforme ordinii publice sau bunelor moravuri; b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor; c) natura bunurilor sau serviciilor; d) neprevederea motivelor obiective de derogare de la termenele de plată sau de la rata dobânzii, potrivit prezentei legi; e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie.”*

În speță, clauzele contestate de către SRL toate sau cel puțin o parte din variantele de mai sus care permit Consiliului să cenzureze respectivele clauze, motiv pentru care solicită Consiliului să dispună admiterea contestației.

În drept, au fost invocate dispozițiile legale ale Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii 101/2016, precum și prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 3589/02.04.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20129/02.04.2024, UAT a transmis „Punct de vedere” cu privire la contestația depusă de către SRL, considerând-o neîntemeiată.

La data de 21.03.2024, autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție mai sus menționată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1143041.

Ca urmare a solicitărilor venite din partea a doi operatori economici dintre care unul este chiar contestatoarea, a fost prelungit termenul de depunere a ofertelor de la data de 12.04.2024 , până la data de 29.04.2024.

Ofertantul contestator a solicitat aceasta prelungire printr-o adresa de solicitare de clarificări cu nr. 238 din 27.03.2024, prin care solicită prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu minim 10 zile. La acea dată, era deja publicată erata SCN1143041/00021]_Clarificare_Oficiu_Automată_SCN1143041”.pdf din 26.03.2024, prin care termenul de depunere a ofertelor era prelungit cu 17 zile, deci mai mult decât solicita contestatoarea în solicitarea de clarificări.

O nouă prelungire pe care contestatoarea SRL o solicită în cuprinsul contestației, autoritatea contractantă o consideră ca fiind neîntemeiată.

1. **Referitor la solicitarea de modificare a cerinței privind șeful de șantier**, achizitoarea consideră ca aceasta este neîntemeiată. Autoritatea contractantă a solicitat pentru șeful de șantier o specializare cât mai în strânsă legătură cu obiectul contractului. Obiectul contractului presupunând în principal lucrări de instalații și/sau de construcții edilitare și

gospodărie comunală, a solicitat pentru șeful de șantier, specializări în acest sens. Deși contestatoarea consideră cerința „limitativă”, de fapt, este de acord cu ea, așa cum rezultă din cuprinsul contestației (pag. 5. Punctul (10). Dacă operatorul economic nu a înțeles cerința din caietul de sarcini, avea dreptul să solicite clarificări. Conform cerinței din caietul de sarcini, se acceptă pentru șeful de șantier specializări atât în instalații, cât și în construcții edilitare și de gospodărie comunală.

Desigur, obiectul contractului presupune și alte lucrări de construcții, însă constructorul are în sarcina lui să asigure personalul de specialitate necesar execuției tuturor lucrărilor din proiect. Autoritatea apreciază că nu poate trage concluzia că șeful de șantier va trebui să desfășoare toate activitățile de pe șantier, rolul acestuia fiind de coordonare a activităților de pe șantier și de a asigura interfața cu autoritatea contractantă.

2. Referitor la solicitarea de modificare a cerinței privind inginerul topometrist

Având în vedere amplasamentul destul de mare ca întindere a acestor lucrări, cuprinzând aria teritorială a întregii COMUNE, este puțin probabil ca operatorul economic care va executa lucrările să utilizeze un singur inginer topometrist. Autoritatea contractantă a formulat ca cerință în caietul de sarcini prezentarea unui inginer topometrist autorizat categoria D deoarece această autorizare este una complexă care îi dă dreptul să acorde asistență tehnică, consultanță și să verifice lucrările realizate de persoane autorizate pentru categoriile A, B sau C, așa cum rezultă din prevederile art. 23, alin. (1) lit. j) din Ordinul nr. 107/2010. Prin urmare această persoană este responsabilă de activitatea de măsurători topografice a operatorului economic pe șantier.

De asemenea, inginerul topometrist autorizat categoria D poate executa lucrări prevăzute în categoria de autorizare A și implicit categoria B, așa cum rezultă din prevederile art. 4 din Ordinul nr. 107/2010.

Autoritatea contractantă este de acord să accepte pentru inginerul topometrist și autorizări din categoriile A, B și C. Autoritatea contractantă va publica o clarificare în SEAP în acest sens în termenele legale.

3. Referitor la solicitarea de a completa/modifica art. 14.2.1 din contract prin obligarea autorității contractante de a defini situațiile în care contractantul nu se află în culpă pe perioada derulării contractului, autoritatea contractantă menționează că aceasta nu se poate face la acest moment doar prin enunțarea unor astfel de situații care, în mod sigur, nu pot acoperi toate situațiile ce pot apărea pe durata derulării unui contract, acestea având un grad ridicat de varietate și imprevizibilitate. La momentul apariției unei astfel de situații, aceasta va fi convenită cu constructorul, iar în cazul în care cele două părți nu se pot pune de acord atunci se poate apela la un organism de mediere care va stabili culpa constructorului, dacă este cazul.

Prin urmare, subliniază achizitoarea, este imposibil la acest moment definirea unor astfel de situații. Chiar dacă s-ar defini aceste situații la acest moment, având în vedere caracterul variat și imprevizibil al acestora ar da dreptul constructorului să solicite să nu producă efecte contractuale, orice altă situație nedefinită în contract, chiar dacă ar fi o culpă sau nu a acestuia.

Așadar, autoritatea contractantă consideră această cerință a contestatorului ca fiind neîntemeiată.

4. Referitor la solicitarea de a completa/modifica art. 14.2.1 din contract, UAT menționează că aceasta se referă la modificarea duratei de execuție a contractului prin act adițional la contract.

Având în vedere că durata de execuție reprezintă clauza contractuală menționată la art. 3 în contract, aceasta nu se poate modifica decât prin act adițional la contract. Orice modificarea a unei clauze contractuale se face doar prin act adițional, deoarece modifică o înțelegere inițială între cele două părți, parafată prin semnături și prin urmare o modificare a clauzelor stabilite inițial este obligatoriu a se face prin acord scris semnat de ambele părți. O modificare a clauzelor contractuale fără a încheia acorduri scrise care să reglementeze clar cum și în ce condiții se modifică acestea, ar duce la o executare defectuoasă a contractului.

Autoritatea contractantă consideră și această cerință a contestatorului ca fiind neîntemeiată.

Autoritatea contractantă solicită C.N.S.C. să respingă contestația depusă de SC SRL, ca nefondată și să dispună continuarea procedurii.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 26, alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că SRL a transmis recipisa de consemnare nr. 210094869/4, eliberată de CEC BANK la data de 01.04.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 35.000 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 718/2024.

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

Autoritatea contractantă UAT a inițiat, la data de 05.05.2023, o procedură de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări pentru proiectul «EXTINDEREA RETELEI DE APĂ POTABILĂ ȘI A SISTEMULUI DE CANALIZARE ÎN, JUDEȚUL»” prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. SCN1143041, valoarea estimată a procedurii fiind de 16.344.500,74 lei, fără TVA, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație împotriva unor prevederi ale acesteia SRL, solicitând modificarea lor.

Având a se pronunța asupra fondului contestației, Consiliul reține că o primă critică vizează studiile solicitate pentru șeful de șantier, respectiv inginer în instalații sau construcții edilitare. Contestatoarea susține că nu există facultatea de construcții edilitare, și că pentru autorizarea unor specialiști în acest domeniu, organisme de specialitate acceptă specializări mai largi, respectiv:

- Construcții civile, industriale și agricole;
- Inginerie civilă;
- Amenajări și construcții hidrotehnice;
- Căi ferate, drumuri și poduri;
- Inginerie sanitară și protecția mediului;
- Inginerie urbană și dezvoltare regională;
- Îmbunătățiri funciare și dezvoltare rurală.

Prin urmare, contestatoarea consideră că cerința privind inginerul în instalații este limitativă și nu este corelată cu obiectul contractului, unde este necesar un șef de șantier cu studii pentru realizarea unei construcții edilitare și de gospodărie comunală, respectiv de extindere a rețelei de apă și a sistemului de canalizare, care nu presupune numai lucrări de instalații, ci și lucrări de construire.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă răspunde în afara subiectului, respectiv că, dacă operatorul nu înțelegea cerința, trebuia să solicite clarificări, și că în fapt, contestatorul este de acord cu cerința, indicând pct. 14 pag. 5 din contestație, în care contestatorul indică specializările menționate mai sus.

Consiliul reține, astfel, că deși autoritatea contractantă lasă să se înțeleagă că interpretarea cerinței de către contestator este corectă, în sensul că toate acele domenii/specializări sunt aferente specializării solicitate, respectiv construcții edilitare, nu formulează nici chiar în punctul de vedere un răspuns clar, astfel încât operatorii să înțeleagă conținutul documentației de atribuire, respectiv că toate acele specializări ale studiilor universitare solicitate vor fi acceptate.

Prin urmare, Consiliul reține că este necesară clarificarea documentației de atribuire, având în vedere că, așa cum susține contestatoarea, nu există facultatea de construcții edilitare, cu această denumire, ci cursuri aferente există în alte specializări, dovadă fiind faptul că la autorizarea specialiștilor în construcții se iau în considerare toate acele domenii/specializări.

Soluția adoptată are în vedere prevederile art. 20 alin. (2) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”*.

În ceea ce privește cerința referitoare la inginerul topometrist, deși și în acest caz autoritatea contractantă formulează un punct de vedere alambicat, din prima parte a acestuia reieșind că solicitarea categoriei D este justificată, concluzia este aceea că acceptă și categoriile A, B și C, urmând a publica o clarificare în acest sens.

Prin urmare, văzând că autoritatea contractantă a acceptat modificarea cerinței, va admite critica și va dispune publicarea clarificării respective.

Cu privire la clauza 14.2.1 din modelul de contract, „Executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție în condițiile art. 20 din prezentele condiții contractuale și doar dacă aceasta nu se datorează din culpa sa”, contestatoarea arată că prevederile art. 20 din contract nu reglementează situațiile în care executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție, considerând necesară modificarea 14.2.1 din modelul de contract în sensul precizării cazurilor în care executantul are dreptul la prelungirea duratei de execuție, cu respectarea principiilor transparenței, tratamentului egal și proporționalității, subliniază contestatoarea.

Consiliul are în vedere că această clauză este în favoarea operatorilor, iar definirea exactă nu se poate realiza și nici nu ar fi favorabilă operatorilor.

Astfel, orice caz fortuit sau forță majoră care va conduce la întârzieri dă dreptul operatorului la prelungirea duratei de execuție a contractului, o atare clauză fiind uzuală în contractele de antrepriză, critica urmând a fi respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește Clauza 16.4 din modelul de contract, „Executantul nu datorează penalități de întârziere atunci când întârzierile sunt urmare a lipsei frontului de lucru, datorate culpei achizitorului. În această ipoteză, termenul de execuție ce curge împotriva executantului va fi prelungit cu data acestui impediment, constatat în scris de către părți, prin reprezentanții lor împuterniciți în acest sens, prin încheierea unui act adițional la contract”, contestatoarea arată că această clauză prevede necesitatea unui acord suplimentar între părți pentru acordarea unei prelungiri a duratei de execuție în situații ce generează întârzieri ce nu se datorează executantului, solicitând obligarea autorității contractante să modifice clauza 16.4 în sensul eliminării mențiunii „constatat în scris de către părți prin reprezentanții lor împuterniciți în acest sens, prin încheierea unui Act adițional la Contract”.

Consiliul are în vedere că respectiva clauză presupune o situație nelitigioasă, în care părțile sunt de acord cu intervenția unei atare situații. În general, dacă părțile sunt de acord, se poate încheia act adițional și dacă în modelul de contract nu apare o atare clauză. Solicitarea contestatoarei vizează operarea unei prelungiri de drept, în situația în care întârzierea este cauzată de beneficiar, ori această interpretare corespunde regulilor generale de drept, care stabilesc cu valoare de principiu că partea în culpă va plăti penalități.

Condiționarea de semnarea unui act adițional este inutilă, însă, în condițiile în care părțile nu se înțeleg asupra acestui aspect. În general, orice termen curge de la predarea amplasamentului liber de orice sarcini, ori existând predat amplasamentul există și front de lucru. Faptul că autoritatea întârzie executarea anumitor obligații proprii nu trebuie să condiționeze semnarea actului adițional de voința acesteia. Chiar dacă nu există o astfel de clauză, părțile ot negocia ulterior decalarea termenului contractual, Cnsiliul urmând a admite solicitarea contestatoarei, eliminând sintagma „constatat în scris de către părți prin reprezentanții lor împuterniciți în acest sens, prin încheierea unui Act adițional la Contract”.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă UAT și va dispune modificarea documentației de atribuire astfel cum rezultă din motivarea prezentei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă UAT și dispune modificarea documentației de atribuire astfel cum rezultă din motivarea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....