CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data:...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată prin Administrator ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului – cadru, divizat în loturi, având ca obiect *„Acord cadru de lucrări privind întreținerea periodică AN I -III (36 luni) covoare asfaltice ... Lot1 – ..., Lot 2 – ..., Lot 3 – ..., Lot 4 – ..., Lot 5 –..., Lot 6 – Secția de Autostrăzi ....” - ...”, coduri CPV 45233139-3, 45233221-4*, s-au solicitat următoarele:

- suspendarea procedurii de atribuire conform art. 22 din Legea nr. 101/2016 până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante la luarea masurilor de remediere care se impun în conformitate cu cele cuprinse în prezenta contestație;
- continuarea procedurii cu respectarea principiilor achizițiilor publice;
- în cazul în care, în soluționarea acestui demers, se constată că procedura în discuție este viciată dincolo de remediere, anularea procedurii de atribuire.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul a respins ca rămasă fără obiect cererea de suspendare a procedurii de atribuire. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... reclamă conținutul documentației de atribuire, aferentă procedurii în discuție.

Contestatorul arată că, în urma analizării documentației de atribuire, a constatat că aceasta încalcă prevederile legale privind achizițiile publice, fapt care prejudiciază interesul său legitim de a participa la procedura de atribuire, prin depunerea unei oferte eligibile și competitive, motiv pentru care a formulat notificarea prealabilă nr. 581/22.05.2018.

Acesta arată că autoritatea contractantă a răspuns notificării în termenul de 3 zile, anunțându-și intenția de a lua măsuri de remediere, demers comunicat ofertanților prin adresa nr. 60/755 din 29.05.2018.

... precizează că, la data de 05.06.2018, prin adresa nr. 60/777, autoritatea contractantă a comunicat operatorilor economici interesați, măsurile de "*remediere*" pe care a înțeles să le adopte, însă, acestea, nefiind de natură a înlătura criticile sale, fiind insuficiente și nesemnificative raportat la deficiențele documentației de atribuire.

I. Față de modelul de acord cadru și contract subsecvent inclus în documentația de atribuire, autorul contestației învederează următoarele:

I.A) În ceea ce privește art. 6.2. - 6.3. din modelul de contract subsecvent, autoritatea contractantă înscrie următoarele:

"6.2. Executantul este răspunzător de corectitudinea și exactitatea datelor înscrise în facturi și se obligă să restituie atât sumele încasate în plus, cât și foloasele realizate necuvenit, aferente acestora.

6.3. Sumele încasate în plus se vor recupera, de la executant, astfel:

1. Dacă în urma controalelor efectuate de către Achizitor și de către organele abilitate potrivit legii, se constată ca Executantul a încasat sume necuvenite de la Achizitor, Executantul are obligația să restituie în timpul controlului și înainte de sesizarea Achizitorului și a organelor competente aceste sume, inclusiv penalitățile, daune interese, majorările, dobânzile, accesoriile etc aferente, stabilite prin actele de control.

2. Sumele încasate în plus se vor recupera prin deducere, din facturile neachitate pe aceeași lucrare sau din facturile neachitate de achizitor din alte contracte aflate în derulare la data constatării și comunicării.

3. În imposibilitatea deducerii, Executantul se obligă să restituie sumele datorate în termen de 3 zile de la data constatării și înștiințării lui, achitarea efectuându-se prin mijloace de plată obișnuite, în contul achizitorului.

4. Sumele calculate ca foloase necuvenite (penalizări, dobânzi, accesorii, etc) pentru utilizarea sumelor încasate în plus se vor achita în termen de 3 zile de la data constatării. Sumele încasate în plus cât și foloasele necuvenite aferente acestora (calculate de la data încasării sumelor și până la data restituirii acestora) pot fi stabilite de către achizitor și de către organisme de control abilitate de lege.

5. Achizitorul va factura aceste sume (penalități, majorări, dobânzi, accesorii etc) iar executantul este obligat să achite sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite în termen de 30 zile de la data primirii facturii. În caz contrar, Achizitorul va calcula dobânda legală penalizatoare stabilită la nivelul ratei de referință a dobânzii de politică monetară comunicată de BNR, plus 8 puncte procentuale."

... apreciază că introducerea unor astfel de clauze în contractul care urmează a se încheia este de natură să îl lezeze, prin obligarea la a își

asuma contractual restituirea unor sume stabilite ca fiind "*necuvenite*" în urma controalelor efectuate la achizitor.

Acesta afirmă că impunerea acestei poziții de forță a achizitorului în raport cu executantul, echivalează cu săvârșirea unui abuz de fapt și de drept și cu încălcarea flagrantă a principiilor reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, acesta susține că instituțiile abilitate a efectua controale asupra activității achizitorului nu pot emite acte opozabile societății, aceasta nefiind instituție auditabilă de către organismele abilitate a audita beneficiarul (*a se vedea Curtea de Conturi*).

Din punct de vedere procedural, se susține că actele emise de organismele de control către achizitor nu îi sunt opozabile, caracterul de opozabilitate fiind determinat de participarea sa la actele și lucrările care fac obiectul controlului.

Totodată, contestatorul menționează că obligarea sa la a-și asuma prin contract faptul ca va restitui orice sume "*în timpul controlului și înainte de sesizarea Achizitorului*", dincolo de caracterul abuziv, reprezintă o împrejurare ilogică, fiind imposibil ca executantul să restituie sume despre care nu are cunoștință și a căror existență și întindere nu a fost stabilită cu caracter de certitudine într-un demers în care să se respecte dreptul la apărare.

Astfel, acesta consideră că, pentru a i se solicita o sumă de bani trebuie să se întrunească condițiile angajării răspunderii sale, cu toate consecințele ce decurg din aceasta.

Totodată, autorul contestației afirmă că, din interpretarea literală și sistematică a dispozițiilor alin. (3) ale art. 5 din Legea nr. 94/1992 rezultă că ipoteza normativă a acestui text legal stabilește că entitățile auditate nu se pot prevala de rapoartele Curții de Conturi în scopul de a fi absolvite de răspundere pentru acțiunile lor, cu alte cuvinte, în cazul în care entitățile auditate sunt supuse altor controale sau altor verificări, acestea nu pot opune rapoartele Curții de Conturi.

Se invocă art. 33 alin. (3) din Legea nr. 94/1992, arătându-se că acesta reglementează modalitatea de valorificare a rapoartelor de audit în situațiile în care se constată existența unor abateri de la legalitate și regularitate care au determinat producerea unor prejudicii, o atare situație de fapt fiind comunicată entității publice auditate, concluzie care se desprinde din conținutul art. 33 alin. (3) teza I din Legea nr. 94/1992.

De asemenea, contestatorul afirmă că textul art. 33 alin. (3) teza finală din Legea nr. 94/1992 instituie în sarcina entității auditate obligația de a stabili întinderea prejudiciului și de a dispune luarea de măsuri pentru recuperarea acestuia, așadar, organele de control neputând, prin acte de control, să stabilească că o sumă este certă, lichidă și exigibilă.

Se mai arată și faptul că, analiza conținutului art. 33 alin. (3) teza finală nu oferă niciun indiciu cu privire la calea de urmat, lăsând în sarcina entității auditate alegerea celor mai eficiente și mai adecvate căi pentru recuperarea prejudiciului, explicația rezidând în faptul că entitățile auditate s-ar putea afla într-o multitudine de raporturi juridice, astfel că, dată fiind natura diversă a acestora, art. 33 alin. (3) teza finală nu prevede nici

măcar cu titlu exemplificativ natura căii procesuale sau administrative de urmat pentru recuperarea prejudiciilor constatate.

Așadar, contestatorul apreciază că impunerea prin contract a acceptării plății unui prejudiciu a cărui întindere nu este stabilită cu caracter de certitudine, reprezintă o clauză abuzivă.

Referitor la posibilitatea înscrisă în contract, în sensul de a recupera sumele pretinse prin deducere din facturile neachitate aferente acelui contract sau oricărui alt contract încheiat cu beneficiarul, autorul contestației precizează că relațiile dintre achizitor și executant sunt relații între profesioniști întemeiate pe raporturi de drept privat, iar actele emise de achizitor în derularea raporturilor dintre părți nu reprezintă acte de autoritate sau acte cu natură obligatorie, acestea nefiind executorii, fiind puncte de vedere care redau poziții ale unui partener contractual.

De altfel, având în vedere faptul că izvorul celor două tipuri de pretenții este diferit, autorul contestației consideră că este absurd și abuziv să se pretindă din partea executantului reținerea unor sume din facturile aferente unui alt contract, fără nici o legătură cu procedura de față.

Acesta susține că într-o astfel de împrejurare, s-ar ajunge în situația în care, în timpul derulării contractului, achizitorul ar fi îndreptățit a reține contravaloarea unor lucrări executate și confirmate de reprezentanții săi, fără un temei de fapt și de drept, astfel, achizitorul fiind absolvit de orice responsabilitate în ceea ce privește confirmarea lucrărilor, vina sa fiind "*acoperită*" de concluziile controlului Curții de Conturi sau oricare altă instituție abilitată a verifica achizitorul.

Contestatorul arată că, în derularea lucrărilor, reprezentantul beneficiarului, respectiv dirigintele de șantier, responsabil cu urmărirea derulării lucrărilor, confirmă situațiile de lucrări întocmite de executant, certificând astfel execuția conformă a lucrărilor, atât din perspectiva cantitativă, cât și calitativă și, doar în urma parcurgerii acestei proceduri, executantul poate emite factura aferentă lucrărilor executate.

Astfel, ... precizează că, în formularea actuală a contractului, executantul este complet expus arbitrariului achizitorului, acesta având posibilitatea de a stabili oricând că anumite sume, confirmate la plată de către reprezentanții săi, sunt "*încasate necuvenit*" și să solicite restituirea lor, așa, achizitorul anulând orice răspundere a reprezentanților săi în derularea lucrărilor (confirmarea la plată a acestora) și urmărind să transfere în patrimoniul executantului obligații care, în mod legal, ar reveni achizitorului.

Raportat la dreptul autorității contractante de a reține contravaloarea sumelor reprezentând penalități de întârziere din valoarea lucrărilor executate, autorul contestației afirmă că a solicitat, prin notificarea prealabilă, eliminarea acestei clauze, întrucât reprezintă un abuz în sensul Legii nr. 72/2013, achizitorul urmărind să impună poziția sa dominantă în raport cu executantul.

De altfel, acesta susține că actul normativ mai sus invocat prevede, ca și circumstanță pe care instanța o va lua în considerare la stabilirea caracterului abuziv al unei clauze "*nerespectarea principiului bunei credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor*", *"abaterile grave de la practicile statornicite între părți sau de la uzanțele conforme ordinii*

publice sau bunelor moravuri", "poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie".

Or, autorul contestației, susține că, în condițiile actuale ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă denaturează procedura de atribuire, concurența fiind vădit restrânsă, operatorii economici fiind reticenți în a accesa această procedură, motivat de condițiile contractuale abuzive pe care sunt forțați să le asume.

În concluzie, autorul contestației precizează că, având în vedere că actele emise de organismele de control nu sunt opozabile executanților, reprezentanții organului de auditare neavând căderea de a stabili existența certă și întinderea unui potențial prejudiciu, se impune eliminarea acestor clauze din contract, singurul organism în măsură să stabilească, în mod definitiv, existența si întinderea unui prejudiciu, în situația în care părțile nu agreează prin bună învoială asupra acestui aspect, fiind instanța de judecată.

I.B) Față de art. 14.3. din contractul subsecvent:

Legat de cerința *"În afară de cazul în care achizitorul este de acord cu o prelungire a termenului de execuție, orice întârziere în îndeplinirea contractului subsecvent dă dreptul achizitorului de a solicita penalități Executantului"*, ... precizează că a solicitat, prin notificarea prealabilă, reformularea acestei clauze astfel încât să reflecte faptul că achizitorul are dreptul de a solicita penalități executantului în cazul în care acesta înregistrează întârzieri în îndeplinirea contractului din culpa sa exclusivă.

În acest sens, se arată că autoritatea contractantă nu a oferit nici un răspuns demersului contestatorului, însă, acesta apreciază că împrejurarea de care trebuie să se țină cont nu este acordul achizitorului în sensul prelungirii, ci culpa celui care a cauzat întârzierea în executarea contractului.

Autorul contestației menționează că, în derularea contractului, pot surveni o multitudine de împrejurări care pot conduce la întârzieri în execuție, însă acestea se pot datora exclusiv culpei achizitorului: lipsa amplasamentului liber de sarcini, lipsa autorizațiilor și avizelor necesare execuției lucrărilor, lipsa alocațiilor bugetare etc, executantul fiind obligat a achita penalități în condițiile în care întârzierea în execuție nu i se datorează.

În concluzie, ... apreciază că se impune completarea acestei clauze contractuale astfel cum s-a solicitat.

I.C) În ceea ce privește art. 27.4. din contractul subsecvent, se arată că autorul contestației a solicitat eliminarea sintagmei prin care executantul declară *"că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate*", iar autoritatea contractantă nu a răspuns acestei solicitări.

Astfel, contestatorul consideră că, întrucât anumite clauze contractuale sunt vădit abuzive, executantul nu poate fi obligat să "*acopere*" aceste abuzuri prin declarația sa, înscrisă în contract, în sensul acceptării caracterului neabuziv al acestora.

Față de acesta chestiune, se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei clauze.

I. D) Referitor la modelul de acord cadru, respectiv art. 15.3., ... arată că acest articol prevede o sancțiune în sarcina executantului de 50% din valoarea celui mai mare contract subsecvent pentru nerespectarea prevederilor art. 14.5. și 14.6. din contractul subsecvent, cele două articole indicate de autoritatea contractantă prin măsurile de remediere, făcând vorbire despre condițiile de reziliere a contractului subsecvent.

Având in vedere caracterul punitiv și unilateral al acestui demers, autorul contestației afirmă că posibilitatea rezilierii contractului, fiind reglementată contractual doar pentru achizitor, apreciază că această sancțiune are caracter excesiv, sancțiunea rezilierii fiind suficientă pentru a-și atinge scopul punitiv în raport cu executantul. Astfel, contestatorul apreciază că se impune eliminarea acesteia.

Acesta arată totodată că, situația este similară și în cazul art. 12.2., care stipulează o sancțiune de 30% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent pentru incapacitatea executantului de a răspunde solicitării achizitorului de a încheia un nou contract subsecvent.

Autorul contestației afirmă că, în ambele situații, apreciază că stabilirea unei clauze penale între părți nu este exclusă, însă aceasta trebuie să fie în spiritul instituit de legiuitor.

Se arată că, clauza penală reprezintă o convenție accesorie cu toate consecințele decurgând din această calificare, dar, în același timp, reprezintă și o pedeapsă privată reparatorie, abuzul de drept săvârșit prin impunerea unor astfel de clauze, fiind sancționabil cu nulitatea clauzei constatate a fi abuzivă.

Se susține de asemenea că, părțile unui raport juridic obligațional trebuie să evalueze, în mod corect, prejudiciul posibil de produs prin neexecutarea obligațiilor de către debitor, asemenea sancțiuni denotând rea credință și chiar abuz de drept prin impunerea unei clauze penale prin intermediul căreia să se îmbogățească fără just temei.

În sensul celor de mai sus, contestatorul invocă prevederile art. 108 alin. (2) din HG nr. 395/2016, în consecință, precizând că în cazul în care promitentul executant nu poate răspunde solicitării achizitorului în sensul de a încheia un contract subsecvent, legiuitorul dă posibilitatea achizitorului să se adreseze unui alt operator economic, niciunde fiind reglementată o sancțiune atât de oneroasă precum perceperea unei sume reprezentând 30% din valoarea celui mai mare contract subsecvent, în speța de față, această sumă fiind de aproximativ 15.000.000 lei, o sumă enormă chiar și pentru un operator economic care derulează lucrări de anvergură.

În concluzie, în vederea alinierii documentației de atribuire, respectiv a modelului de acord cadru și contract subsecvent, atât cu prevederile Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, cât și cu cele ale Legii nr. 72/2013, contestatorul solicită admiterea criticilor sale, astfel cum au fost formulate și să se dispună în sensul remedierii documentației de atribuire.

II. În ceea ce privește documentația de atribuire, autorul contestației solicită a fi avute în vedere următoarele:

II.A. Caietul de sarcini pus la dispoziție de autoritatea contractantă, conține următoarele mențiuni *„de fiecare dată la încheierea contractelor subsecvente beneficiarul va prezenta executantului o documentație tehnică*

pentru fiecare sector și o anexă cu sectoarele de drum (DN, poziții km și tipuri de covoare asfaltice) care fac obiectul contractului subsecvent.

În cazul în care cantitățile din documentația tehnică pusă la dispoziția executantului diferă de cele inițial ofertate, executantul la solicitarea beneficiarului, va îmbunătăți oferta, fără depășirea prețului unitar ofertat. Plata se va face conform cantităților reale puse în operă".

În fișa de date, la capitolul IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, se precizează că *„prețurile unitare vor fi ferme în lei și nu se vor modifica pe toată perioada contractului.*

Plățile în baza acestui contract vor fi efectuate în lei, așa cum este specificat în Fișa de date a achiziției și așa cum este stabilit în acordul contractual din documentația de atribuire și NU SE ACCEPTĂ OFERTE ALTERNATIVE. Oferta are caracter ferm și obligatoriu, din punct de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate.

NOTĂ: EVENTUALELE NECONCORDANȚE AFERENTE DOCUMENTAȚIEI ȘI NESESIZATE BENEFICIARULUI, PE PARCURSUL OFERTĂRII, NU SCUTESC OFERTANTUL DE EXECUȚIA LUCRĂRILOR CONFORM DOCUMENTAȚIEI, CHIAR DACĂ ACESTA NU A PREVIZIONAT-O ȘI PE CHELTUIALA PROPRIE.

Propunerea financiara are caracter ferm și obligatoriu din punct de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate a ofertei/durata contractului (...) ".

... afirmă că, încă din acestă fază, contradicțiile autorității contractante sunt evidente, solicitându-i întocmirea unei oferte cu un preț care se vrea a fi fix și ferm pe întreaga perioadă de derulare a contractului, însă, cu câteva rânduri mai sus, fiind înștiințați că "*în cazul în care cantitățile diferă de cele ofertate inițial, executantul va îmbunătăți oferta, la solicitarea beneficiarului*".

Acesta susține că îmbunătățirea ofertei nu poate viza decât prețul ofertat și care, conform instrucțiunilor autorității contractante, ar trebui să fie ferm și fix.

Cu toate acestea, autorul contestației afirmă că i se pune în vedere că beneficiarul ar putea să îi solicite îmbunătățirea ofertei, operațiune care, în mod automat, implică modificarea prețului, în sensul scăderii acestuia, în continuare, autoritatea contractantă revenind și înștiințând că prețul este ferm și fix și nu se acceptă oferte alternative.

În atare condiții, contestatorul precizează că, necunoscând exact care vor fi condițiile contractuale în ceea ce privește prețul, fără a cunoaște cu certitudine dacă își asumă un preț care va fi ferm și fix pe toata durata de desfășurarea a contractului sau dacă acesta poate suferi modificări, la discreția autorității contractante, apreciază că autoritatea contractantă se situează în afara prevederilor legale obligatorii, documentația fiind ambiguă, neclară și contradictorie, în acest sens, invocând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

... menționează că toate acestea au fost semnalate autorității contractante prin notificarea prealabilă, însă, așa-zisele măsuri de remediere pe care a înțeles să le ia, au constat în eliminarea următoarei fraze *„prețurile unitare vor fi ferme în lei și nu se vor modifica pe toată perioada contractului*" și înlocuirea acesteia cu *„la încheierea contractelor*

subsecvente, beneficiarul va prezenta executantului o documentație tehnică pentru fiecare sector și o anexă cu sectoarele de drum (DN, poziții KM și tipuri de covoare asfaltice). În cazul în care cantitățile din documentația tehnică pusă la dispoziția executantului diferă de cele inițial ofertate, executantul la solicitarea beneficiarului, va adapta oferta, fără depășirea prețului unitar ofertat. Plata se va face conform cantităților puse real în operă".

În concluzie, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să adâncească arbitrariul introdus deja în cadrul documentației și confuzia în care se află, în urma modificării aduse, concluzia fiind că prețurile nu vor fi ferme și fixe și că acestea vor suferi modificări pe perioada contractului, la solicitarea beneficiarului, în cazul în care cantitățile de lucrări din documentația tehnică pusă la dispoziția executantului vor diferi de cele inițial ofertate, executantul fiind pus în situația de a adapta oferta dar fără a depăși prețul unitar ofertat.

Făcând trimitere la fișa de date a achiziției, contestatorul arată că, la baza întocmirii ofertei financiare stă Anexa C-Centralizator valoric Acord cadru Lot 1-5, care se identifică cu Anexa 1.3 la Caietul de sarcini, respectiv Centralizatorul valoric pentru Acordul Cadru Anul I-Anul III (36 luni)-Covoare asfaltice care cuprinde cantități de lucrări estimate pe tipuri de lucrări.

În acest sens, ... precizează că, rezultă fără echivoc că, pentru o derulare corespunzătoare a acordului cadru, respectiv a contractelor subsecvente, în modalitatea impusă de autoritatea contractantă, este necesar să se pună la dispoziție liste de cantități, pe categorii de lucrări de executat pentru cantități minime și maxime de lucrări, pe ani, doar în astfel de condiții, putându-se face decontarea lucrărilor respectiv cuantificarea cantităților care intră în componența prețului raportat la unitatea de măsură „mp„.

Astfel, spre exemplificare, se arată că: *„În cadrul procedurii de față, autoritatea contractantă dorește să atribuie un acord cadru de achiziție franzele, stabilind un număr minim și maxim de franzele, prețul fiind stabilit per bucată. Cu toate acestea, decontarea nu se va face în considerarea prețului per bucată, ci ținând cont de cantitatea de făină care intră în componența franzelei (exprimată în kg), drojdia (exprimată în gr), apa (exprimată în l) etc, conform unei rețete impuse de achizitor. În astfel de condiții, evident că prețul franzelei nu va mai fi cel ofertat, ci va varia.*

Totodată, o altă variabilă o reprezintă distanța de transport, acordul cadru vizând rețeaua de drumuri din întregul județ, de aproximativ 2000 km. Astfel, la un moment dat, ni se poate solicita să coacem franzela în cuptorul noastre, ulterior ni se poate solicita să o coacem într-un cuptor situat la 200 km, împrejurare care implică transportul ingredientelor pe o distanță mare. Situația acesta se poate repeta pe întreaga durată a acordului cadru, noi fiind "plimbați" pe întreg teritoriul județului, pe o rețea de drumuri de aproximativ 2000 km, costurile variind evident în funcție de distanța de transport și furnizorii de drojdie, apă, făină care se află cel mai aproape de cuptor.

Mai mult, dacă la un moment dat (respectiv la semnarea contractului subsecvent), achizitorul va solicita coacerea unei franzele intermediare, cu

secară sau cu semințe, chiar dacă nu a prevăzut acest fapt la momentul atribuirii acordului cadru, subscrisa suntem obligată să ne asumăm costurile suplimentare provenite de achiziționarea și transportul semințelor sau tipului diferit de făină."

Autorul contestației precizează că, în situația de față, documentația de atribuire nu este nicidecum clară și explicită, ci doar contradictorie și abuzivă, achizitorul urmărind să-și asigure semnarea unui contract care să îi permită orice "*manevră*" care ar putea conduce la costuri suplimentare, fără însă a suporta aceste costuri.

Prin urmare, acesta apreciază că ar fi corect ca autoritatea contractantă să îi pună la dispoziție cantitățile totale de ingrediente astfel încât ele să poată să fie identificate și cuantificate.

În ceea ce privește mențiunile *„nu se acceptă oferte alternative*" și *„eventualele neconcordanțe aferente documentației și nesesizate beneficiarului, pe parcursul ofertării, nu scutesc ofertantul de execuția lucrărilor pe cheltuiala proprie, chiar dacă beneficiarul nu a previzionat-o (nu a fost bugetată)*", autorul contestației afirmă că acestea au rămas în continuare în fișa de date a achiziției.

Astfel, ... menționează că, deși a sesizat numeroasele neconcordanțe aferente documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu a luat măsuri pentru remedierea acestora.

II.B. În cadrul fișei de date autoritatea contractantă solicită:

Formularul de Depunere a ofertei (F9) care va include următoarele anexe :

Anexa C- Centralizator valoric Acord cadru Lot 1 - 5
Anexa nr.1 - Centralizatorul financiar al obiectelor
Anexa nr.2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări
Anexa nr.3 - Lista cuprinzând cantitățile de lucrări
Anexa nr.4 - Lista cuprinzând consumurile resurse materiale
Anexa nr.5 - Lista consumurilor cu mâna de lucru
Anexa nr.6 - Lista consumurilor cu transporturile
Anexe care se identifică cu formularele tip F1, F2, F3, C6, C7, C8, C9 conform HG 907/2016.

Contestatorul precizează că, analizând *„Centralizatorul Valoric pentru Acordul Cadru Anul I- Anul III (36 luni)- COVOARE ASFALTICE"* din caietul de sarcini, care, după titulatură se identifică a fi ANEXA C, a constatat că acesta cuprinde următoarele tipuri de lucrări/stadii fizice :

- Covor asfaltic tip BA16 inclusiv preluare
- Covor asfaltic tip BAR16 inclusiv preluare
- Covor asfaltic tip BA16 cu frezare

Care, la rândul lor, sunt defalcate în categorii de lucrări, după cum urmează:

o lucrare cu unitatea de măsură = mp
o marcaje cu unitatea de măsură = mp
o completări acostamente cu unitatea de măsură = mc,

centralizatorul cuprinzând cantități de lucrări minime și maxime pentru aceste categorii de lucrări.

Se arată totodată că, în caietul de sarcini, pag. 3 se regăsește următorul înscris *„Prețurile unitare vor fi calculate conform listelor de cantități din Anexa 1.4, respectiv*

- *Anexa 1.4 - a Covor asfaltic tip BA16 inclusiv preluare - liste cuprinzând cantitățile de lucrări*
- *Anexa 1.4 - b Covor asfaltic tip BAR16 inclusiv preluare - liste cuprinzând cantitățile de lucrări*
- *Anexa 1.4 - , Covor asfaltic tip BA16 cu frezare - liste cuprinzând cantitățile de lucrări”*

Autorul contestației afirmă că, în cadrul acestor anexe, practic este structurat tipul de covor pe articole de deviz raportat la unitatea de măsură solicitată - metru pătrat.

De asemenea, acesta subliniază faptul că, la momentul întocmirii ofertei financiare nu există informații în ceea ce privește sectoarele de drum DN (poziții km și tipuri de covoare asfaltice) aceste informații urmând a fi obținute doar la încheierea unui contract subsecvent, moment în care autoritatea contractantă va pune la dispoziție o documentație tehnică, pe cale de consecință, ofertanții fiind puși în situația de a lua în considerare în oferta financiară o distanță de transport suficientă pentru a se asigura că au cotat în mod corespunzător transportul materialelor aferente, inclusiv ale utilajelor și echipamentelor care trebuie asigurate.

Totodată, ... arată că, prin caietul de sarcini se impune *„în cazul în care aceste cantități de lucrări diferă față de cele inițial ofertate, executantul la solicitarea beneficiarului, va îmbunătăți oferta, FĂRĂ DEPĂȘIREA PREȚULUI UNITAR OFERTAT*.”

În acest sens, autorul contestației afirmă că, recurgând la o astfel de solicitare, prețul pe mp ofertat va varia de la un sector de drum la altul, executantul fiind pus în situația de a reanaliza și de a întocmi oferta financiară - prețurile unitare, odată cu încheierea fiecărui contract subsecvent, deci nu rămâne ferm și fix, astfel cum este prevăzut în fișa de date a achiziției.

De asemenea, contestatorul subliniază că, ținând cont de solicitările autorității contractante și anume *„Prețurile unitare vor fi calculate conform listelor de cantități din Anexa 1.4”* se observă că lipsesc celelalte tipuri de lucrări de executat așa cum apare în *„Centralizatorul Valoric pentru Acordul Cadru Anul I- Anul III (36 luni)-COVOARE ASFALTICE”*.

Prin urmare, se susține că, din cadrul acestor anexe lipsesc cu desăvârșire *„tipurile de lucrări de executat*" - marcaje (mp) respectiv completări acostamente (mc) structurate pe articole de deviz și cantități aferente.

În acest sens, ... consideră că se impune completarea anexelor mai sus enumerate cu lucrările de marcaje și acostamente, mai precis, încadrarea în Anexa 1.4 - a, b și anexa 1.4. și a acestor lucrări, împrejurare pe care a semnalat-o autorității contractante în notificarea prealabilă formulată.

Acesta susține că modul la care se solicită de către autoritatea contractantă structurarea prețului și completarea centralizatorului, induce în eroare operatorul economic.

Contestatorul precizează că, în cazul în care se dorește tratarea distinctă a acestor tipuri de lucrări de executat, se impune elaborarea și structurarea unor liste de cantități de lucrări și pentru aceste „*tipuri de lucrări*” pentru care nu s-au elaborat anexe urmând a se corela în acest mod centralizatorul valoric.

Se arată că, în notificarea prealabilă a fost semnalat faptul că, pentru categoriile de lucrări Marcaje rutiere și Completări acostamente, nu există liste de cantități de lucrări, așa cum sunt pentru celelalte categorii de lucrări -covoare asfaltice, drept urmare, contestatorul solicitând ca autoritatea contractantă să pună la dispoziția operatorilor economici și pentru aceste categorii de lucrări liste de cantități, în lumina faptului că și aceste categorii implică desfășurarea mai multor operațiuni, respectiv pentru alcătuirea prețului unitar este necesar a se cota o serie de articole de deviz cu cantități de lucrări aferente.

Contestatorul afirmă că, în răspunsul la solicitarea sa, autoritatea contractantă a pus la dispoziția operatorilor economici descriere de lucrări și nu liste de cantități de lucrări pentru execuția lucrărilor de marcaje și completări acostamente, respectiv Anexele 1.5 și 1.6.

Contestatorul apreciază că, în condițiile în care listele de cantități de lucrări sunt cele pe baza cărora operatorul economic ofertează o anume lucrare, descrierea lucrărilor conținând doar operațiunile care urmează a se executa în cadrul acelei lucrări, este imperios necesar și obligatoriu să fie puse la dispoziție listele de cantități.

Cu toate acestea, se arată că autoritatea contractantă continuă să trateze în mod neunitar modul de cotare a prețului unitar pentru categoriile de lucrări solicitate a se executa în cadrul acestei proceduri, nepunând la dispoziție o lista cu cantități de lucrări/unitatea de măsură aferentă categoriilor de lucrări în cauză.

Mai mult, se face trimitere la cerințele din fișa de date a achiziției, cap.lV.IV.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, în cadrul căruia se solicită a se prezenta: Anexa nr. 1: Centralizatorul financiar al obiectelor, Anexa nr. 2: Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări *„Anexa nr. 3: Lista cuprinzând cantitățile de lucrări, Anexa nr.4: Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale*", Anexa nr. 5: Lista consumurilor cu mâna de lucru, Anexa nr.6: Lista consumurilor de ore de funcționare a utilajelor, Anexa nr.7: Lista consumurilor privind transporturile, anexe corespunzătoare formularelor tip F1, F2, F3, C6, C7,C8,C9 conform HG nr. 907/2016.

Autorul contestației subliniază că aceste Anexe/Formulare se pot întocmi doar în baza unor liste de cantități de lucrări, care trebuie puse la dispoziție de autoritatea contractantă, în lipsa acestora, ofertanții fiind puși în situația de a prezenta o ofertă incompletă, aflându-se în imposibilitatea de a prezenta aceste formulare și pentru categoriile de lucrări: marcaje rutiere și completări acostamente.

În final, ... precizează că există neconcordanțe flagrante între prevederile caietului de sarcini și cele ale fișei de date iar decontarea lucrărilor nu se poate face altfel decât în concordanță cu unitatea de măsură care s-a ofertat, respectiv metrul pătrat.

Mai mult, acesta subliniază că modalitatea de atribuire a acordului cadru, respectiv încheierea acestuia cu un singur operator economic și fără reluarea competiției, nu permite îmbunătățirea ofertei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că, în urma notificării prealabile depusă de ..., a adoptat masuri de remediere în baza art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la punctul I.A) din contestație, în ceea ce privește motivele invocate de contestator pentru modificarea art. 6.2 și art. 6.3 din Contractul subsecvent, autoritatea contractantă reiterează punctul de vedere menționat în măsurile de remediere precizate în adresa nr. 60/777/05.06.2018, cu precizarea că nu vor fi modificate, întrucât, modelele de acord cadru și contract subsecvent sunt unitar folosite la nivel național iar contestatorul și-a însușit același model de contract în alte proceduri de achiziție publică la care a participat anterior, semnând astfel de contracte pentru aceleași tipuri de lucrări, cunoscând toate normativele tehnice de drumuri și acceptând astfel aceste clauze. Aceasta menționează că executantul va restitui sumele necuvenite ca urmare a controalelor efectuate de către achizitor și organele abilitate potrivit legii, în condițiile în care nu și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale, fiind de notorietate că, pentru recuperarea sumelor necuvenite trebuie îndeplinite condițiile răspunderii potrivit art. 1357 Cod civil.

Cu privire la inserarea în contestație a prevederilor Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi republicată 2014, se precizează că nu au aplicabilitate în prezenta cauză, întrucât, autoritatea contractantă nu a precizat în mod expres care sunt organele abilitate în efectuarea controalelor.

Se menționează totodată că, potrivit OUG nr. ... pentru înființarea ... - S.A., prin reorganizarea ..., ...este companie națională de interes strategic național, cu capital integral de stat și toate contractele încheiate de ...respectă procedura operațională nr. 185/14.09.2017 (anexata) cu privire la întocmirea facturilor de penalități în cadrul contractelor de achiziție publică, prin respectarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, Legea nr. 500/2002 a finanțelor publice, Legea nr. 207/2015 privind Codul de Procedură Fiscală, fiind acte normative opozabile atât achizitorului cât și executantului.

Potrivit legislației fiscale menționate, autoritatea afirmă că are competența de a stabili existența certă și întinderea unui prejudiciu în urma unor controale abilitate potrivit legii.

În concluzie, autoritatea contractantă, precizează că, bazându-se pe principiul bunei credințe, nu a inserat în contract clauze abuzive sancționate de Legea nr. 72/2013.

Cu privire la punctul I.B) din contestație, autoritatea contractantă afirmă că solicitarea contestatorului de a completa art. 14.3 din contractul subsecvent, nu se justifică, întrucât articolul prevede situația de prelungire

a termenului de execuție în altă situație decât cea prevăzută în 14.2. care descrie motive care nu se datorează executantului.

Astfel, se arată că art. 14.2 alin (1) stabilește situațiile când executantul este îndreptățit să solicite prelungirea perioadei de executare a lucrărilor, în cazul în care există: *"i) orice motive de întârziere, ce nu se datorează Executantului; ii) alte circumstanțe neobișnuite, susceptibile de a surveni altfel decât prin încălcarea contractului subsecvent de Executant*".

Cu privire la punctul I.C) din contestație, autoritatea contractantă, arată că, întrucât nu a utilizat în modelele de contracte clauze abuzive sancționate de Legea nr. 72/2013, nu a admis eliminarea acestei clauze.

Aceasta invocă prevederile art. 14 din Legea nr. 72/2013, potrivit cărora *„Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care: a) exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare; b) fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor; c) prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin. (3) sau, după caz, la art. 6 și art. 7 alin. (1); d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1); e) elimină posibilitatea plății de daune-interese suplimentare; f) stabilesc un termen pentru emiterea/primirea facturii."*

Cu privire la punctul ID) din contestație, în ceea ce privește solicitarea de a elimina penalitatea prevăzută la art. 15.3 din acordul cadru, autoritatea contractantă nu este de acord cu eliminarea acesteia, întrucât, potrivit competentelor și atribuțiilor prevăzute de Legea nr. 500/2002 a Finanțelor publice, OG nr. 119/1999 privind controlul intern/managerial și controlul financiar preventiv și OG 26/2013 privind întărirea disciplinei financiare la nivelul unor operatori economici la care statul sau unitățile administrativ-teritoriale sunt acționari unici ori majoritari sau dețin direct ori indirect o participație majoritară, are obligația de a asigura buna gestiune economico-financiară a surselor de finanțare și a creditelor de angajament.

Totodată se arată că, potrivit art. 40 din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor *"Drumurile trebuie să fie semnalizate și menținute în stare tehnică corespunzătoare desfășurării traficului în condiții de siguranță de către administratorul drumului"*, autoritatea contractantă afirmând că este singura instituție responsabilă de administrarea și întreținerea drumurilor naționale, cât și asigurarea desfășurării traficului în condiții de siguranță pe drumurile naționale, în conformitate cu prevederile OUG nr. 195/2002 și a Regulamentului de aplicare a acestuia. Se arată totodată că, Uniunea Europeană a recunoscut importanța crescută a siguranței infrastructurii rutiere, formulând și un răspuns prin directiva 2008/96/CE a Parlamentului European și a consiliului din 19.11.2008, privind gestionarea acestui domeniu.

Autoritatea menționează că siguranța circulației presupune modalitatea de desfășurare a activității de transport rutier în condiții de maximă siguranță.

Aceasta afirmă că, într-adevăr poate aplica art. 108 alin. (2) din HG 395/2016, dar o astfel de soluție ar întârzia execuția lucrărilor ce sunt impetuos necesare și poate aduce prejudicii atât instituției cât și participanților la trafic, iar executantul din vina căruia s-ar rezilia nu ar avea nicio răspundere și nicio sancțiune.

Autoritatea contractantă susține că aceste prevederi contractuale o asigură de îndeplinirea obligațiilor prevăzute în OG nr. 43/1997 și OUG nr. ....

Aceasta menționează că, dacă ar fi admis eliminarea acestor prevederi, ar fi condus la blocarea sursei de finanțare stabilită la încheierea contractului subsecvent, iar neutilizarea acesteia în scopul destinat contractului ar conduce la încălcarea prevederilor legale, în acest sens anexând adresa ...nr. 13/73321/07.07.2017.

Se susține de asemenea că autoritatea contractantă nu se află în nici în situația îmbogățirii fără justă cauza întrucât, potrivit art. 1345 Cod civil, doar în mod neimputabil operează această îmbogățire.

Cu privire la punctul IIA) din contestație, se arată că, la solicitarea contestatorului, autoritatea contractantă a luat masuri de remediere, prin eliminarea sintagmei *„Prețurile unitare vor fi ferme în lei și nu se vor modifica pe toată perioada contractului"* din fișa de date a achiziției, deoarece a fost necesară armonizarea documentației de atribuire cu caietul de sarcini. Astfel, se afirmă că s-a clarificat faptul că, la încheierea unui contract subsecvent autoritatea va pune la dispoziția executantului o documentație tehnică pentru fiecare sector de drum în care se regăsesc cantitățile pe care executantul le va pune real în operă, această măsura fiind luată în vederea asigurării transparenței și de a elimina orice confuzie sau suspiciune cu privire la cantitățile real executate.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, având în vedere că lucrările de drumuri sunt comparate cu achiziția de franzele, denotă din partea contestatorului neprofesionalism, rea-credință și superficialitate în elaborarea ofertei.

Autoritatea contractantă mai afirmă că variabila descrisă de contestator, vizând rețeaua de drumuri naționale pentru rețeta covoarelor asfaltice nu modifică soluția ci cantitatea, conducând în mod evident la modificarea prețului contractului subsecvent ca urmare a lucrărilor ce vor fi real executate în baza documentației tehnice puse la dispoziție.

În concluzie, autoritatea contractantă înțelege că societatea contestatoare nu are cunoștință de obiectul procedurii de achiziție publică privind încheierea unui acord cadru, care, potrivit art. 20 alin. (8) din HG nr. 395/20016 prevede cantități minime și maxime iar cantitățile certe ce urmează a fi executate vor face obiectul contractului subsecvent.

Cu privire la punctul II.B) din contestație, autoritatea susține că autorul contestației nu ține cont în motivarea contestației de măsurile de remediere luate, întrucât, prin acestea s-a eliminat sintagma *„de îmbunătățire a ofertei pe care o invocă*".

Se arată totodată că, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere a caietului de sarcini prin completarea documentației de atribuire cu Anexele 1.5 și 1.6 care fac referire la descrierea lucrărilor, considerând că informațiile sunt suficiente pentru elaborarea ofertei fiecărui operator economic, care diferă în funcție de resursele financiare, materiale, umane etc, avute la dispoziție de operatorul economic, asigurând astfel un tratament egal în modul de prezentare a prețului unitar.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de a impune resursele utilizate în elaborarea ofertelor pentru lucrări de completări acostamente și execuția lucrărilor de marcaje rutiere, se afirmă faptul că aceasta restricționează participarea mai multor operatori economici la procedura de achiziție publică, neîndeplinindu-se astfel principiile prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Aceasta mai menționează că, din experiența lucrărilor executate pentru astfel de lucrări în trecut, pentru asigurarea transparentei și acurateței cantităților real puse în operă, întocmește documentația tehnică înainte de încheierea contractului subsecvent, conform necesitaților identificate în teren care vor face obiectul contractului subsecvent.

Se susține că motivele invocate de contestator conduc la: împiedicarea AC de a finaliza procedura de achiziție în vederea executării obligației de a întreține și administra rețeaua de drumuri naționale, prin asigurarea condițiilor corespunzătoare a traficului rutier, neexecutia bugetară și neîndeplinirea indicatorilor de performanță.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autorul contestației a formulat punct de vedere față de poziția exprimată de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei nr. 60/864/21.06.2018.

I.A. Față de susținerile autorității contractante, contestatorul afirmă că remarcă afirmații care nu corespund realității faptice.

Astfel, în legătură cu afirmația autorității conform căreia "*ne-am însușit același model de contract în alte proceduri de achiziție la care am participat anterior*" contestatorul susține că întâlnește pentru prima oara aceste clauze în contract.

Față de susținerea autorității contractante, potrivit căreia, prevederile Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi nu au aplicabilitatea în prezenta cauză "*întrucât AC nu a precizat în mod expres care sunt organele abilitate în efectuarea controalelor*", contestatorul precizează că, simplul fapt ca achizitorul a formulat clauza extrem de ambiguu nu conduce la inaplicabilitatea unei legi aflate în vigoare.

Mai mult, acesta susține că este de notorietate faptul că aceste controale sunt efectuate de această instituție, lipsa menționării exprese a denumirii acesteia neatrăgând inaplicabilitea legilor în vigoare.

De asemenea, autorul contestației menționează că, din punct de vedere procedural, actele emise de organismele de control către achizitor nu îi sunt opozabile, caracterul de opozabilitate fiind determinat de participarea sa la actele și lucrările care fac obiectul controlului, prin urmare, impunerea prin contract a acceptării plății unui prejudiciu a cărui

întindere nu este stabilită cu caracter de certitudine, reprezentând o clauză abuzivă.

I.B În ceea ce privește art. 14.3. din contractul subsecvent, ... apreciază că autoritatea contractantă nu a reușit să cuprindă raționamentul expus, interpretând trunchiat și ilogic solicitarea sa.

Se arată că autorul contestației a solicitat reformularea acestei clauze, astfel încât să reflecte faptul că achizitorul are dreptul de a solicita penalități executantului în cazul în care acesta înregistrează întârzieri în îndeplinirea contractului din culpa sa exclusivă, fără a exista nicio corelare cu clauza 14.2. care stabilește situațiile în care executantul este îndreptățit să solicite prelungirea termenului de execuție.

Prin urmare, acesta afirmă că și în condițiile aplicării clauzei 14.2,care prevede că executantul este îndreptățit să solicite prelungirea, aceasta nu presupune automat acordul autorității contractante în sensul prelungirii, împrejurare care ar fi exclus aplicarea articolului 14.3.

Însă, contestatorul susține că în situația de față, indiferent din culpa cui survine întârzierea, în lipsa acordului expres al achizitorului în sensul prelungirii termenului de execuție, beneficiarul este supus achitării de penalități, chiar dacă întârzierea nu a survenit din culpa sa, împrejurare contrară logicii și principiilor bunei desfășurări a unor relații contractuale.

I.C) Raportat la acest subpunct din documentul emis de autoritatea contractantă, contestatorul precizează că nu identifică ce anume a dorit să transmită aceasta, pentru a putea formula un răspuns clar, arătând că, persoana care a întocmit documentul s-a limitat la a cita textul de lege pe care l-a expus în contestația sa, fără nicio motivare sau expunere a apărărilor sale.

I.D) Referitor la susținerile autorității contractante expuse la acest punct, autorul contestației susține că apărările acesteia sunt de neprimit, referirile la semnalizarea lucrărilor, precum și definiția siguranței rutiere, nefiind de natură să înlăture caracterul excesiv și abuziv al clauzei 15.3. din contractul subsecvent.

Acesta afirmă că cele subliniate de autoritatea contractantă sub acest aspect, nu au nicio legătură cu situația premisă, în discuție fiind caracterul excesiv de oneros al unei sancțiuni impuse în mod abuziv și unilateral executantului.

Astfel, acesta apreciază că stabilirea unei clauze penale între părți nu este exclusă, însă aceasta trebuie să fie în spiritul instituit de legiuitor, clauza penală reprezentând o convenție accesorie cu toate consecințele decurgând din această calificare, dar, în același timp, reprezentând și o pedeapsă privată reparatorie, abuzul de drept săvârșit prin impunerea unor astfel de clauze, fiind sancționabil cu nulitatea clauzei constatate a fi abuzivă.

II.A. ... învederează că exemplificarea expusă prin realizarea unei analogii nu denotă în nici un fel de neprofesionalism, astfel cum încearcă să inducă autoritatea contractantă, ci doar conştienţa faptului că speța dedusă judecății este una preponderent tehnică, împrejurare pe care se bazează autoritatea contractantă.

Față de susținerile autorității contractante, contestatorul constată că aceasta nu a perceput complet scopul atribuirii unei proceduri de achiziție

publică prin încheierea unui acord cadru, în continuare, achizitorul abordând și tratând această procedură ca și cum ar fi în discuție un contract de execuție lucrări, cu date și informații certe și nu un acord cadru care prevede doar cantități minime și maxime de lucrări, cu prețurile unitare aferente.

... afirmă că, cu toate acestea, autoritatea contractantă admite că, la momentul atribuirii contractului subsecvent, va întocmi o documentație tehnică pe care o va pune la dispoziție la semnarea contractului subsecvent, astfel, întrebându-se dacă autoritatea contractantă poate întocmi această documentație, de ce nu procedează la întocmirea ei acum, în vederea punerii la dispoziția ofertanților, în schimb, solicitându-se să se oferteze un preț unitar raportat la unitatea de măsură, pe baza unor liste de cantități impuse de autoritatea contractantă, în considerarea unei distanțe de transport pentru materiale de 50 km, deși întreaga rețea de drumuri pe care se vor executa lucrări măsoară aproximativ 2000 km.

Se arată că și în documentele emise drept răspunsuri la solicitările de clarificare, autoritatea contractantă se contrazice: în răspunsul la anumite întrebări, impune ofertanților preturi fixe, ferme pentru anumite operațiuni (a se vedea operațiunea de frezare al cărei preț este 5 lei/mp - preț impus de achizitor fără a avea în vedere factori esențiali în determinarea unui preț corect, precum tipul echipamentului, productivitatea acestuia, consumul, anul de fabricație precum și alte caracteristici tehnice), iar în răspunsul imediat următor precizează că totuși *"ofertanții pot utiliza norme conținând propriile consumuri și tehnologii*", în acest sens, a se vedea clarificarea nr. 1, întrebările 8 și 9.

Autorul contestației susține că în situația actuală, conduita autorității contractante reprezintă un abuz de fapt și de drept, ofertanții fiind forțați să își asume anumite prețuri fără a deține informații complete, existând numeroase variabile, iar, ulterior, să execute lucrările în discuție conform unui proiect tehnic care nu mai permite respectarea prețurilor unitare ofertate.

II.B. Referitor la susținerile menționate la acest subpunct, contestatorul precizează că autoritatea contractantă este în mod vădit lipsită de orice motivație sau argument pentru conduita sa.

În fapt, acesta menționează că abordarea unitară a modului de întocmire a ofertelor financiare ar avea exact rezultatul contrar față de cel previzionat de autoritatea contractantă: în cazul întocmirii unei documentații de atribuire cu liste de cantități clare și certe mai mulți operatori economici ar putea accesa procedura de față, crescând astfel nivelul concurențial, rezultând în final un preț mai avantajos pentru achizitor.

Se arată că, pentru o serie de lucrări se solicită întocmirea ofertei pe baza unor liste de cantități (a se vedea lucrările de covor asfaltic), iar în cazul altor lucrări (a se vedea lucrările de marcaj rutier și completări acostamente) autoritatea contractantă apreciază că este suficientă o simplă descriere a lucrărilor, fără a mai ne pune la dispoziție o listă de cantități clară și certă.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante față de "*resursele financiare*" de care dispune operatorul economic, contestatorul

afirmă că nu identifică raţiunea pentru care se face referire la acestea, în cadrul acestei proceduri preţurile fiind întocmite pe baza cantităţilor de lucrări raportate la unitatea de măsură solicitată şi nu în funcţie de resursele financiare ale operatorului economic.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat răspunsul său faţă de argumentele prezentate de ... în cuprinsul adresei nr. ..., printre altele, precizând că modelele de acord cadru şi contract subsecvent sunt unitar folosite la nivel naţional, iar contestatorul ştie foarte bine acest lucru deoarece şi-a însuşit acelaşi model de contract în alte proceduri de achiziţie publică la care a participat anterior, semnând astfel de contracte pentru aceleaşi tipuri de lucrări, cunoscând toate normativele tehnice de drumuri şi acceptând astfel aceste clauze.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autorul contestaţiei prezintă argumente de natură a contrazice susţinerile formulate de către autoritatea contractantă în cuprinsul adresei nr. ....

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă, în vederea încheierii acordului – cadru, divizat în loturi, având ca obiect „Acord cadru de lucrări privind întreţinerea periodică AN I -III (36 luni) covoare asfaltice ... Lot1 – ..., Lot 2 – ..., Lot 3 – ..., Lot 4 – ..., Lot 5 –..., Lot 6 – Secţia de Autostrăzi ....” - ...”, coduri CPV 45233139-3, 45233221-4. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „preţul cel mai scăzut”.

Împotriva prevederilor documentaţiei de atribuire, ... a formulat contestaţia ce formează obiectul dosarului nr. ....

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul a respins ca rămasă fără obiect cererea de suspendare a procedurii de atribuire.

Pe fondul contestaţiei formulate de către ..., Consiliul retine urmatoarele:

1.Referitor la critica care priveşte art. 6.2. - 6.3. din modelul de contract subsecvent, respectiv:

"*6.2. Executantul este răspunzător de corectitudinea şi exactitatea datelor înscrise în facturi şi se obligă să restituie atât sumele încasate în plus, cât şi foloasele realizate necuvenit, aferente acestora.*

6.3. Sumele încasate în plus se vor recupera, de la executant, astfel:

1. Dacă în urma controalelor efectuate de către Achizitor şi de către organele abilitate potrivit legii, se constată ca Executantul a încasat sume necuvenite de la Achizitor, Executantul are obligaţia să restituie în timpul controlului şi înainte de sesizarea Achizitorului şi a organelor competente aceste sume, inclusiv penalităţile, daune interese, majorările, dobânzile, accesoriile etc aferente, stabilite prin actele de control.

2. Sumele încasate în plus se vor recupera prin deducere, din facturile neachitate pe aceeaşi lucrare sau din facturile neachitate de achizitor din alte contracte aflate în derulare la data constatării şi comunicării.

3. În imposibilitatea deducerii, Executantul se obligă să restituie sumele datorate în termen de 3 zile de la data constatării și înștiințării lui, achitarea efectuându-se prin mijloace de plată obișnuite, în contul achizitorului.

4. Sumele calculate ca foloase necuvenite (penalizări, dobânzi, accesorii, etc) pentru utilizarea sumelor încasate în plus se vor achita în termen de 3 zile de la data constatării. Sumele încasate în plus cât și foloasele necuvenite aferente acestora (calculate de la data încasării sumelor și până la data restituirii acestora) pot fi stabilite de către achizitor și de către organisme de control abilitate de lege.

5. Achizitorul va factura aceste sume (penalități, majorări, dobânzi, accesorii etc) iar executantul este obligat să achite sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite în termen de 30 zile de la data primirii facturii. În caz contrar, Achizitorul va calcula dobânda legală penalizatoare stabilită la nivelul ratei de referință a dobânzii de politică monetară comunicată de BNR, plus 8 puncte procentuale."

Consiliul constata ca toate prevederile de la punctul 6.3, pe care le considera abuzive contestatorul, se refera **strict la sume incasate cert necuvenit despre care este vorba in art. 6.2.** si nu la niste sume incerte pretinse doar de catre ACHIZITOR.

In aceste conditii, pe langa faptul ca ... nu a putut indica o singura prevedere legala incalcata prin acele clauze criticate, Consiliul apreciaza ca in momentul in care se constata cu certitudine existenta unor sume incasate necuvenit/nejustificat de catre EXECUTANT, ACHIZITORUL este in drept sa recupereze sumele in cauza prin mijloacele si cu procedurile descrise in art. 6.3., inclusiv prin aplicarea de penalizari de intarziere.

Prin urmare, critica va fi respinsa de Consiliu, ca nefondata.

2.Legat de cerința "*În afară de cazul în care achizitorul este de acord cu o prelungire a termenului de execuție, orice întârziere în îndeplinirea contractului subsecvent dă dreptul achizitorului de a solicita penalități Executantului*" continuta la art. 14.3. din contractul subsecvent, Consiliul apreciaza critica formulata de contestator ca indreptatita, drept pentru care va dispune completarea cerintei dupa cum urmeaza:

*„În afară de cazul în care achizitorul este de acord cu o prelungire a termenului de execuție, orice întârziere în îndeplinirea contractului subsecvent **intervenita din culpa Executantului**, dă dreptul achizitorului de a solicita penalități Executantului*".

Motivul acestei modificari tine de situatiile reale posibile in care o intarziere nu este cauzata de actiunea/inactiunea Executantului. De exemplu, o astfel de situatie poate aparea atunci cand, dupa semnarea unui contract, intarzie semnificativ emiterea ordinului de incepere a lucrarilor.

Prevederile art. 14.2. invocate de autoritatea contractanta nu acopera situatiile care pot fi incadrate la art. 14.3 pentru ca premisa situatiei reglementate de art. 14.3 este lipsa acordului achizitorului cu prelungirea termenului de executie solicitata de executant.

3.Critica care privește art. 27.4. din contractul subsecvent, prin care autorul contestației a solicitat eliminarea sintagmei prin care executantul declară (sau mai exact „*cunoaste si garanteaza*”) "*că nicio clauză a*

contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate", este, de asemenea, apreciata de Consiliu ca fiind intemeiata si se impune eliminarea sintagmei in cauza. In aprecierea Consiliului, semnarea unui contract (subsecvent sau nu) intre doua parti implica acordul partilor asupra faptului ca acesta nu contine clauze abuzive dar acest acord este unul implicit. Nici Executantului, nici Achizitorului nu li se poate impune sa declare explicit, sub semnatura, ca „*nicio clauza nu este abuziva*...". Oricum, daca, ipotetic, in judecarea unui eventual litigiu legat de contractul in cauza, o instanta judecatoreasca decide faptul ca una sau mai multe clauze sunt abuzive (fara ca vreuna dintre parti sa fi constatat initial acest fapt) o astfel de declaratie ar fi inutila.

4.Referitor la modelul de acord-cadru, Consiliul apreciaza ca:

Este o optiune perfect legala si justificabila **art. 15.3.** care prevede o sancțiune în sarcina executantului de 50% din valoarea celui mai mare contract subsecvent pentru nerespectarea prevederilor art. 14.5. și 14.6. din contractul subsecvent (cele două articole făcând vorbire despre condițiile de reziliere a contractului subsecvent).

In aprecierea Consiliului, situația este complet diferita în cazul **art. 12.2.**, care stipulează o sancțiune de 30% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent pentru incapacitatea executantului de a răspunde solicitării achizitorului de a încheia un nou contract subsecvent.

Incapacitatea executantului de a încheia un nou contract subsecvent nu este o culpa sanctionabila ci o situatie de fapt, extrem de posibila, in care diversi factori, chiar obiectivi, impiedica Executantul sa-si asume incheierea unui nou contract in conditiile prevazute in acordul-cadru. O sanctiune financiara poate fi prevazuta pentru neexecutarea/nefinalizarea unui **contract semnat** sau pentru rezilierea unui **contract semnat,** dar nu poate fi obligatorie semnarea unui nou contract subsecvent, indiferent de factorii obiectivi care impiedica Executantul sa isi asume acest lucru. Pentru aceste cazuri, singurele sanctiuni legale pot fi rezilierea acordului-cadru si eventual retinerea garantiilor prevazute cu acest scop in documentatie.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondata critica contestatorului privind textul art. 15.3. si va admite critica privind textul art. 12.2, urmand a fi eliminata prevederea privind sancțiunea de 30% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent pentru incapacitatea executantului de a răspunde solicitării achizitorului de a încheia un nou contract subsecvent.

5.Referitor la criticile formulate de contestator (numerotate IIA si IIB) care au ca obiect anumite mentiuni din *caietul de sarcini* si din *fisa de date a achizitiei capitolul IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare* sau prin care se solicita completarea documentatiei, Consiliul le va respinge, acestea fiind fie nefondate, fie ramase fara obiect.

Consiliul apreciaza ca suficiente masurile de remediere adoptate de autoritatea contractanta (prin eliminarea sintagmei „*Prețurile unitare vor fi ferme în lei și nu se vor modifica pe toată perioada contractului*" din fișa de date a achiziției, respectiv prin completarea documentației de atribuire cu Anexele 1.5 și 1.6 care fac referire la descrierea lucrărilor)

In final, referitor la critica contestatorului privind modalitatea de atribuire a acordului-cadru, respectiv **încheierea acestuia cu un singur operator economic și fără reluarea competiției,** Consiliul admite ca, la nivel de principiu, aceasta este o remarca corecta (autoritatea contractanta renuntand astfel la posibilitati de eficientizare accesibile prin utilizarea procedurii de atribuire a unui acord-cadru) **dar fiind vorba de o optiune perfect legala a autoritatii contractante, Consiliul nu o poate invalida si prin urmare critica va fi respinsa.**

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ... si va dispune modificarea documentatiei de atribuire dupa cum urmeaza:

Completarea cerintei de la art. 14.3. din modelul de contract subsecvent care va avea urmatorul text:

„În afară de cazul în care achizitorul este de acord cu o prelungire a termenului de execuție, orice întârziere în îndeplinirea contractului subsecvent intervenita din culpa Executantului, dă dreptul achizitorului de a solicita penalități Executantului"

Modificarea art. 27.4. din modelul de contract subsecvent, prin eliminarea sintagmei prin care executantul (si achizitorul) cunoaste si garanteaza "*că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate*".

Eliminarea art. 12.2. din modelul de acord-cadru, care stipulează „*o sancțiune de 30% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent pentru incapacitatea executantului de a răspunde solicitării achizitorului de a încheia un nou contract subsecvent*".

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, prin modificarea de catre autoritatea contractanta a documentatiei, potrivit celor mai sus mentionate si publicarea in SEAP a tuturor modificarilor dispuse.

Totodata, va dispune autoritatii contractante stabilirea unei noi date limita pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea modificarilor in SEAP.

Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozitiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge ca nefondate sau ca ramase fara obiect, potrivit motivarii, celelalte critici cuprinse in contestația nr. ... formulată de către ....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu ....

Dispune modificarea documentatiei de atribuire, dupa cum urmeaza:

Completarea cerintei de la art. 14.3. din modelul de contract subsecvent care va avea urmatorul text:

„În afară de cazul în care achizitorul este de acord cu o prelungire a termenului de execuție, orice întârziere în îndeplinirea contractului subsecvent intervenita din culpa Executantului, dă dreptul Achizitorului de a solicita penalități Executantului"

Modificarea art. 27.4. din modelul de contract subsecvent, prin eliminarea sintagmei prin care executantul (si achizitorul) cunoaste si garanteaza "*că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate*".

Eliminarea art. 12.2. din modelul de acord-cadru, care stipulează *„o sancțiune de 30% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent pentru incapacitatea executantului de a răspunde solicitării achizitorului de a încheia un nou contract subsecvent*”.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, prin modificarea de catre autoritatea contractanta a documentatiei, potrivit celor mai sus mentionate, si publicarea in SEAP a tuturor modificarilor dispuse.

Totodata, dispune autoritatii contractante stabilirea unei noi date limita pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea modificarilor in SEAP.

Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozitiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate sau ca ramase fara obiect, potrivit motivarii, celelalte critici cuprinse in contestația nr. ... formulată de către ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 22(douazecisidoua) pagini.