

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., înaintată de, cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, atribut fiscal RO, reprezentată legal de director general, formulată împotriva documentației de atribuire întocmită de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- modificarea documentației de atribuire, respectiv modificarea draftului de contract pus la dispoziția potențialilor ofertanți;
- obligarea autorității contractante la modificarea draftului de contract, în conformitate cu obiecțiunile formulate de și implicit înlocuirea acestuia în documentația de atribuire;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea menționează că draftul de contract, pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, încalcă, prin clauzele sale, prevederile Legii nr. 72/2013.

În continuare, contestatoarea prezintă, punctual, clauzele contractuale abuzive identificate.

Astfel, arată că draftul de contract nu respectă modelul de contract prevăzut de Anexa 2 privind condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări din Hotărârea Guvernului nr. 1/10 ianuarie 2018, aspect care denotă folosirea unei practici abuzive de către autoritatea contractantă.

Referitor la art. 4.1. Obligații generale ale antreprenorului, contestatoarea precizează că dreptul de proprietate este în sarcina celui care le posedă, nimeni neputând fi lipsit de bunurile sale, decât în cazurile și condițiile prevăzute de lege și în schimbul unei despăgubiri juste. Aceasta arată că în cazul de față, despăgubirea reprezintă plata materialelor și echipamentelor puse în operă de către antreprenor, la care se adaugă costurile aferente lucrărilor efectuate și recepționate de către achizitor.

Referitor la art. 4.1.9, contestatoarea menționează că draftul de contract creează o condiție majoră între noțiunea de antreprenor și cea de proiectant.

Referitor la cap. 6, autoarea contestației precizează că se impun a fi adăugate încă două articole, respectiv:

- a. În situația în care riscul întreruperii lucrărilor nu se datorează antreprenorului, costurile aferente întreruperilor nu sunt în sarcina acestuia;
- b. Riscurile nefinanțării contractului sunt în sarcina achizitorului.

Cu privire la art. 7.4.1, aceasta menționează că, în contextul respingerii proiectului, se impune a se menționa obligația achizitorului cu privire la motivarea acestui fapt și, implicit, însușirea acestei întârzieri.

Totodată, precizează că trebuie să existe și un echilibru privind plata de penalități, condiție care trebuie să respecte principiile care guvernează achizițiile publice, respectiv cel al șanselor egale între contractanți.

Referitor la clauza prevăzută la art. 10.4, menționează că aceasta are caracter abuziv, situație în care ultima propoziție din articol urmează a se modifica astfel: *“În situația în care, valoarea propusă de către antreprenor nu va fi acceptată de către achizitor, părțile vor fi stabilite de comun acord, un expert independent autorizat ANEVAR, expert contabil autorizat de Ministerul de Justiție etc, care să stabilească corect contravaloarea lucrărilor efectuate de către antreprenor”*.

Cu privire la art. 11.2.8.2, autoarea contestației precizează că acesta trebuie eliminat în totalitate și înlocuit cu formula de ajustare a prețului, reglementată prin Anexa nr. 2 din HG nr. 1/1018 și Instrucțiunea ANAP nr. 1/2021, respectiv: „Ajustarea se va face la fiecare situație de plată”.

De asemenea arată că, prin fișa de date este prevăzut faptul că ofertanții trebuie să mențină durata de valabilitate a ofertei timp de 12 luni, în condițiile în care legislația obligă autoritatea contractantă ca evaluarea să se efectueze în termen de 20 de zile.

Mai precizează că această condiție contractuală este o practică abuzivă a autorității contractante, care încalcă prevederile art. 13 lit. a) -e) din Legea nr. 72/2013.

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 72/2013, precum și prevederile art. 451 C.P.C.

În probațiune, sunt depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației

Referitor la critica contestatoarei potrivit căreia, transferul dreptului de proprietate cade în sarcina celui care posedă, autoritatea contractantă arată că noțiunea de proprietate asupra materialelor și echipamentelor este interpretată în mod eronat, în sensul în care trimiterea la materialele și echipamentele de pe șantier, care se consideră a fi proprietatea achizitorului, din cadrul sub-clauzei 4.1.1, nu se referă la

materialele și echipamentele antreprenorului, ci la cele care se înglobează în lucrări.

Astfel, aceasta arată că nu operează niciun transfer al dreptului de proprietate asupra bunurilor aflate în proprietatea antreprenorului sau de care acesta se folosește în activitatea sa.

Față de critica privind faptul că prin draftul de contract se creează o condiție majoră între noțiunea de antreprenor și cea de proiectant, aceasta susține că autoarea contestației nu înțelege totalitatea cerințelor documentației de atribuire, critica fiind pur speculativă.

Autoritatea contractantă precizează că orice aspect ce ține de răspunderea comună și derivă din asociere va fi reglementat de către și între asociați, pe baza prevederilor acordului de asociere.

Referitor la critica privind faptul că prin draftul de contract riscurile achizitorului sunt în avantajul autorității contractante și a solicitării de a introduce la cap. 6 din contract încă două articole, aceasta arată că solicitarea în cauză este deja reglementată în contract prin prevederile art. 7.3. și 7.4.5.

Totodată, precizează că mecanismul de revendicare este prevăzut de art. 10.2-10.4 coroborat cu art. 7.3.1. și 7.4.5. din contract.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată că, contractul oferă căile necesare prin care obligațiile contractuale ale antreprenorului să fie adaptate în cazul intervenirii anumitor cauze obiective de natură a afecta realizarea lucrărilor.

În ceea ce privește lipsa unui echilibru contractual privind plata de penalități, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- procedura internă a autorității contractante reglementează modalitatea în care se aproba/respinge proiectul predat de către antreprenor. Documentația tehnico-economică se analizează în Consiliul Tehnico-Economic din cadrul și se aproba sau respinge motivat;

- contractul de achiziție publică este încheiat cu respectarea prevederilor legale în vigoare și reprezintă o sinteză a drepturilor și obligațiilor părților și nu o detaliere exhaustivă a tuturor reglementărilor legale, normelor, procedurilor și regulamentelor interne existente;

- obligația de plată asumată de către achizitor este o obligație a cărei executare nu depinde exclusiv de voința achizitorului;

- este autoritate contractantă în sensul art. 4 din Legea nr. 98/2016, având obligația de a respecta interesul public aferent implementării/executării contractului și toate actele normative în vigoare cu privire la modalitatea de utilizare a fondurilor publice, în acord cu principiul asumării răspunderii din prevederile contractuale;

- cu privire la natura juridică a contractului de achiziție publică, arată că acesta este asimilat actului administrativ conform art. 3 lit. 1) din Legea nr. 98/2016;

- contractul este finanțat din surse de la bugetul de stat, astfel încât, orice eventuală asumare de obligații financiare suplimentare de

către autoritatea contractantă ar avea consecință angajarea bugetului de stat cu aceste sume suplimentare.

Referitor la critica clauzei contractuale nr. 5, art. 10.4- Procedura de modificare și revendicare, autoritatea contractantă menționează că orice valoare propusă de către antreprenor, rezultată ca urmare a unei modificări și revendicări a acestuia, trebuie aprobată, în prealabil, după o analiză din punct de vedere tehnic și economic a tuturor documentelor justificative puse la dispoziție de către acesta.

În ceea ce privește propunerea introducerii în contract a unui expert independent, autoritatea contractantă nu achiesează la opinia contestatoarei, având în vedere faptul că analiza ce urmează a fi efectuată este una în care componenta tehnică primează, documentația tehnică fiind cea care are ca rezultat componenta economică, și nu invers.

Cu privire la critica clauzei contractuale privind actualizarea prețului cu indicii de inflație, aceasta subliniază faptul că prevederile art. 2 din HG nr. 1/2018 sunt aplicabile pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile a căror valoare totală estimată este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, arată că o valoare estimată de lei exclude obligativitatea aplicării atât a condițiilor generale și specifice, cât și a modelului cadru de acord contractual pentru obiectivul de investiții în cauză.

În ceea ce privește formula de ajustare solicitată de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului pentru o perioadă care depășește 6 luni, potrivit dispozițiilor art. 164 alin. (7) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... transmite răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, menționând următoarele:

- referitor la punctul 1, contractul urmează a fi completat cu următoarea precizare: *"Toate materialele și echipamentele aflate pe șantier asupra cărora nu s-a făcut transferul de proprietate prin achitarea contravalorii acestora de către achizitor, sunt în proprietatea antreprenorului".*

- referitor la punctul 2, menționează că dintr-o eroare noțiunea de "confuzie" a fost înlocuită cu cea de "condiție".

- cu privire la punctul 3, contestatoarea arată că autoritatea contractantă introduce în ecuația efectuării plății o terță parte inexistentă

în contract, iar acest fapt duce la crearea unei situații de insolvență pentru antreprenor.

- referitor la punctul 6, contestatoarea consideră că formula de revizuire nu respectă procedura stabilită conform Instrucțiunilor ANAP nr. 1/2021.

Totodată, contestatoarea face precizarea că autoritatea contractantă nu a formulat un punct de vedere cu privire la menținerea ofertei, al cărui termen uzual este de 3 luni.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... a organizat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, valoarea estimată a contractului ce urmează a se încheia fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că, ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de, în data de, prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei.

Examinând cuprinsul contestației, Consiliul reține că societatea a precizat că aceasta este îndreptată împotriva modelului de contract, parte a documentației de atribuire, fiind solicitată modificarea acestuia, după cum se precizează în preambulul prezentei.

Astfel, referitor la critica privind modelul de contract, care nu respectă modelul de contract prevăzut de Anexa 2 din HG nr. 1 din 10 ianuarie 2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, întrucât, potrivit art. 2 din hotărârea menționată: "Se aprobă condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (...)". Având în vedere valoarea estimată a contractului care face obiectul prezentei analize, respectiv, ... RON, și pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv, ... lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu are obligativitatea de a folosi modelul de contract din anexa 2 a HG nr. 1/2018 și va respinge toate criticile contestatoarei în legătură cu nerespectarea actului normativ sus menționat.

În referire la critica privind modificarea art. 4.1.1 din capitolul Obligații Generale ale Antreprenorului, Consiliul o va admite și va dispune înlocuirea ultimei fraze: "Se considera ca toate Materialele și

Echipamentele de pe șantier sunt în proprietatea Achizitorului", cu „Toate materialele și echipamentele aflate pe șantier, asupra carora nu s-a făcut transferul de proprietate prin achitarea contravalorii acestora de către Achizitor, sunt în proprietatea Antreprenorului." În obținerea acestei finalități, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 20 alin. (2) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, care dispun: "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". Or, astfel cum este formulată în prezent, chiar interpretată în corelare cu prevederile Art. 11.2.1. lit. b), 12.1 și 12.3 din Contract, precum și cu definițiile noțiunilor de Materiale și Echipamente prevăzute la art. 1.1.15 și 1.1.16 din Contract, așa cum susține autoritatea contractantă, fraza "Se considera ca toate Materialele și Echipamentele de pe șantier sunt în proprietatea Achizitorului", nu arată, în mod explicit, la ce moment, materialele și echipamentele de pe șantier devin proprietatea antreprenorului și care sunt materialele și, în principal, echipamentele, care se încorporează în lucrare, reținut fiind faptul că este vorba de o procedură de proiectare și execuție lucrări și nu de o procedură de furnizare de produse.

În referire la critica privind faptul că, modul în care este formulat art. 4.1.9 din draftul de contract creează o confuzie majoră între noțiunea de antreprenor și cea de proiectant, Consiliul o va respinge, ca nefondată, întrucât, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. jj): "operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, reieșind, în mod clar, că, operatorii economici pot participa la procedura de atribuire prin asociere. Având în vedere faptul că în analiză este un contract de proiectare și execuție de lucrări, antreprenorul (operatorul economic, așa cum a fost definit mai sus) urmează să răspundă în fața autorității contractante atât pentru proiectarea cât și pentru execuția lucrărilor, astfel încât, în situația în care proiectantul lucrărilor diferă de executantul lucrărilor (acord de asociere), aceștia vor răspunde, în mod solidar, în fața autorității contractante pentru executarea integrală a contractului, atât în ceea ce privește proiectarea, cât și în ceea ce privește execuția lucrărilor. Deci, orice aspect ce ține de răspunderea comună și derivă din asocierea operatorilor economici, va fi reglementat de către și între asociați, în baza prevederilor acordului de asociere.

În ceea ce privește critica referitoare la adăugarea a încă două articole la cap.6 - Riscurile Achizitorului, respectiv :

- În situația în care riscul întreruperii lucrărilor nu se datorează antreprenorului, costurile aferente întreruperilor nu sunt în sarcina acestuia ;

- Riscul nefinanțării contractului este în sarcina Achizitorului,

Consiliul o va respinge, întrucât, așa cum susține și autoritatea contractantă, solicitarea în cauză este deja reglementată în contract prin prevederile art. 7.3. și 7.4.5.

Cu privire la critica privind lipsa unui echilibru contractual privind plata de penalități, întrucât, în modelul de contract nu au fost prevăzute penalități în sarcina achizitorului, ci, doar în sarcina antreprenorului, Consiliul apreciază că acest aspect este în contradicție cu dispozițiile Legii nr. 72/2013 astfel încât, se impune ca același nivel de penalități să se regăsească și în sarcina achizitorului. În acest sens, Consiliul apreciază că se impune completarea draftului de contract cu introducerea de penalități în sarcina achizitorului, pentru menținerea echilibrului contractual, conform prevederilor Legii nr. 72/2013.

Cu privire la critica referitoare la art.10.4. Procedura de Modificare și Revendicare, "în termen de 5 zile lucratoare de la emiterea instrucțiunii sau de la evenimentul care a generat revendicarea. Antreprenorul va transmite Achizitorului un borderou detaliat al valorii Modificărilor și revendicărilor. Achizitorul va verifica și, dacă va fi posibil, va accepta valoarea propusă de către Antreprenor. În situația în care nu va accepta valoarea Antreprenorului, Achizitorul va stabili valoarea", Consiliul o va respinge, întrucât, contractul de achiziție publică este finanțat din surse de la bugetul de stat, astfel încât orice eventuala asumare de obligații financiare suplimentare de către autoritatea contractantă (implicarea unui expert independent autorizat ANEVAR, expert contabil autorizat de Ministerul de Justiție etc, care să stabilească corect contravaloarea lucrărilor efectuate de către Antreprenor) ar avea drept consecință angajarea bugetului de stat cu aceste sume suplimentare.

Critica potrivit căreia cuprinsul articolului 11.2.8.2 din modelul de contract trebuie eliminat în totalitate și înlocuit cu formula de ajustare a prețului, reglementată prin Anexa nr. 2 din HG nr.1/1018 și instrucțiunea ANAP nr. 1/2021 va fi repinsă, de către Consiliu, întrucât, așa cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă, în acest caz, nu este ținută în a respecta Anexa nr.2 din HG nr.1/1018, reținute fiind argumentele autorității contractante, respectiv, faptul că și-a exercitat dreptul de a introduce o clauză de ajustare în contractul de achiziție publică, chiar dacă formula de ajustare utilizată nu este cea prevăzută pentru contractele cu valoare egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, din experiența contractelor derulate de către Autoritatea Contractantă, este o formula fezabilă, acoperitoare și cu aplicabilitate frecventă în cadrul acestor contracte.

Dreptul autorității contractante de a include clauze de ajustare/revizuire a prețului pentru o perioadă care depășește 6 luni, este reglementat de prevederile art. 164 alin. (7) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Cu privire la critica referitoare la durata de valabilitate a ofertei, Consiliul o va respinge, având în vedere dispozițiile art. 124 alin. (1)-alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit cărora, "(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată *perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant*.

(2) *Perioada de valabilitate a ofertelor*, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie *stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru*.

(3) *Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor*, autoritatea contractantă *va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații*. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire(...)". Din textul legal, rezultă că autoritatea contractantă este cea care stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, cu luarea în considerare a elementelor prevăzute la alin. (2) și (3) din art. 124 menționat, ofertantul urmând a-și însuși aceasta perioadă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația formulată de în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de max. 20 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să modifice documentația de atribuire în sensul celor indicate în considerentele prezentei decizii, să aducă modificările realizate la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției.

În privința cererii de obligare a autorității contractante la plata, către contestatoare, a cheltuielilor prilejuite de formularea contestației,

ea urmează a fi respinsă, întrucât, nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, în sensul că acestea nu au fost dovedite până la emiterea prezentei.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de max. 20 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să modifice documentația de atribuire în sensul celor indicate în considerentele prezentei decizii, să aducă modificările realizate la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției.

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata, către contestatoare, a cheltuielilor prilejuite de formularea contestației, acestea nefiind dovedite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

....