CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. R3668/02.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17487/02.05.2018, formulată de către ..., societate în reorganizare judiciară, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva conținutului documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect *„Execuție lucrări pentru obiectivul «Modernizare drumuri de interes local, comuna ..., jud. ...»”*, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la eliminarea/reformularea prevederilor/clauzelor restrictive, nelegale, contradictorii ale fișei de date a achiziției/modelului de contract, în conformitate cu prevederile legale în vigoare și, pe cale de consecință, decalarea termenului de depunere a ofertelor, iar, în subsidiar, în măsura în care nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația nr. R3668/02.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17487/02.05.2018, ..., societate în reorganizare judiciară, critică documentația de atribuire, respectiv prevederi aferente fișei de date a achiziției și a modelului de contract.

Cu privire la prevederile din fișa de date a achiziției:

A. Referitor la *„cap. II.4) Ajustarea prețului contractului II.4.1) Ajustarea prețului contractului: Nu”*, coroborată cu clauzele contractuale: *„10.3.2. Executantul va asigura niveluri de salarizare și condiții de muncă*

care nu vor fi inferioare celor stabilite în cadrul ramurii de activitate în care se desfășoară lucrarea. [...] 20. Ajustarea prețului contractului: Valoarea contractului nu se ajustează/actualizează excepție fiind cota de TVA." și având în vedere prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 și art. 28 din H.G. nr. 395/2016, contestatorul susține următoarele:

- sursa de finanțare: III.1.2) Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante Programul Național de Dezvoltare Locală (PNDL III) și Bugetul local, fapt ce poate conduce la depășirea duratei de execuție estimată de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției;

- II.3) Durata contractului/acordului-cadru/SAD sau termenul pentru finalizare: 15 luni începând de la data atribuirii contractului / emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor, deci mai mult de 12 luni;

- perioada de garanție solicitată actualmente este incertă: 72 luni sau 10 ani;

- faptul că nimeni nu poate să prevadă care va fi evoluția economiei pe o perioadă lungă și nu se pot stabili toate prețurile cu caracter ferm și care să asigure echilibrul contractual pe o astfel de perioadă;

- principiul proporționalității;

- estimarea că în următorii ani, salariul minim pe economie va înregistra creșteri considerabile care nu pot fi anticipate la acest moment. Pe lângă influența directă, salariul minim pe economie va angrena și o creștere a tuturor celorlalte costuri;

- avantajul introducerii „Ajustării prețului" este pentru ambele părți contractante, Contractul ce urmează a fi implementat fiind scutit de blocaje reale, ce ar putea conduce părțile către costuri mai mari decât cele ale unei Actualizări, prevăzute de la momentul inițierii procedurii de atribuire.

Astfel, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la:

- precizarea posibilității de ajustare a prețului, atât în documentația de atribuire, cât și în modelul de contract, prin indicarea modului concret în care se va realiza ajustarea prețului contractului, inclusiv modificări legislative, dar și creșteri ale principalelor materiale utilizate în execuție, având ponderi considerabile în contractul ce se atribuie: bitum, carburant (motorină), ciment, balast, piatră spartă, mixturi asfaltice și betoane;

- în măsura acceptării introducerii mecanismului de Ajustare a prețului de contract, obligarea autorității contractante și la ajustarea valorii estimate a Contractului, luând în considerare faptul că valoarea oricărui contract trebuie să ia considerare toate costurile pe care acel contract le implică (deci și ajustarea de preț), în caz contrar, autoritatea contractantă fiind cea care va suporta eventuale prejudicii.

Totodată, în scopul unei ofertări corecte (sub aspectul propunerii financiare), contestatorul apreciază că toți ofertanții trebuie să cunoască valoarea estimată, pentru a se putea raporta, în mod unitar, la aceasta.

B. Cu privire la clasa de importanță a construcției, care este „IV" și faptul că:

- *„Drumurile ce se vor moderniza vor avea următoarele platforme propuse:*

- platformă de 5,5 m formată din - parte carosabilă 5,50 m (2x 2,75 m) + rigole pereate cu H=0,50 m;

- platformă de 4,5 m formată din - parte carosabilă 3,50 m (1x3,50 m) + rigole carosabile tip RC 1.00 (2x0,50 m);

- platformă de 5,0 m formată din - parte carosabilă 4,00 m (1x4,00 m) + rigole carosabile tip RC 1,00 (2x0,50 m);

- platformă de 5,0 m formată din - parte carosabilă 4,00 m (1x4,0 m) + acostamente 1,00 (2x0,50 m) + rigole pereate cu H=0,50 m;

- platformă de 5,0 m formată din - parte carosabilă 4,00 m (1x4,0 m) + rigole de acostament 1,00 (2x0,50 m)";

- clauzele din modelul de contract: *„18. Perioada de garanție acordată lucrărilor.*

18.1 - Perioada de garanție este de 72 luni și decurge de la data recepției la terminarea lucrărilor și până la recepția finală.

18.4. Garanția tehnică a lucrărilor executate este de 10 ani de la data semnării procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor precum și după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existență a construcției, pentru viciile structurii de rezistență rezultate din nerespectarea normelor de execuție (Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții)";

- în memoriu tehnic al documentației de atribuire apare indicată clasa tehnică V cu viteza de proiectare de 40 km/h (adică trafic foarte redus - ultima clasă de construcții pe Legea nr. 10/1995/ - clasa D);

- prevederile art. 7 alin. (3) din Legea nr. 10/1995;

- Ordinul nr. 1295/2017 pentru aprobarea Normelor tehnice privind stabilirea clasei tehnice a drumurilor publice, în vigoare la acest moment, clarifică situația speței de față: „Capitolul II Observații alin. (3): în cazul în care rezultă clase tehnice diferite, clasa tehnică a sectorului de drum/drumului se stabilește ca fiind clasa tehnică cea mai defavorabilă;

- drumul comunal supus atribuirii este de trafic redus, încadrându-se la 1 an garanție (categorie D), potrivit legii;

- criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut,

contestatorul solicită obligarea autorității contractante la:

- modificarea clauzei de contract în sensul indicării unui (1) an de garanție, prevăzut de Legea nr. 10/1995;

- eliminarea garanției tehnice suplimentare de 10 ani raportată tot la data semnării procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și menținerea garanției viciilor structurii de rezistență;

- în măsura menținerii acestor prevederi, se justifică, cu atât mai mult, ajustarea prețului contractului.

C. Există o contradicție între: *„II.3) Durata contractului/acordului cadru/SAD sau termenul pentru finalizare: 15 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor*" și „*Nu se acceptă o durată de execuție mai mare de 12 luni*".

Având în vedere obligația autorității contractante de asigurare a clarității documentatei de atribuire, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la clarificarea duratei de execuție și indicarea motivației avute în vedere prin raportare la finanțarea contractului ce se atribuie.

D. Referitor la solicitarea din fișa de date a achiziției: *„în situația în care un grup de operatori economici depune o ofertă comună (asociere),*

fiecare asociat trebuie să prezinte declarația privitoare la respectarea obligațiilor referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii. propunerea tehnică trebuie să cuprindă separat o propunere tehnică pentru investiția de bază și o propunere tehnică privind organizarea de șantier, însoțită de formularele F3, C6-C9" și prin raportare la:

- imposibilitatea separării propunerii tehnice/metodologiei de execuție alese la Nivel de Asociere și prin raportare la Organizarea de șantier, Tehnologia fiind una singură, la nivel de Executant (chiar și în calitatea acestuia de Asociere);

- Metodologia include și referințe la Organizarea de șantier, nefiind necesar a se preciza de Executant în mod separat, în cadrul unei alte propuneri tehnice separată de cea de bază,

contestatorul solicită obligarea autorității contractante la revizuirea cerinței/solicitării, în sensul prezentării unei singure propuneri financiare.

Cu privire la clauzele contractuale:

„12. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor.

12.1 - În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15 % din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.

12.2. - Pentru neînceperea lucrărilor în termenul stabilit de către achizitor de comun acord cu executantul, achizitorul va percepe executantului penalități de 0,15%/zi din valoarea lucrării.

12.3 - În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 zile de la expirarea perioadei convenite, prevăzută la clauza 21.1. atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor."

Având în vedere următoarele principiul proporționalității și al dezechilibrului contractual, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la diminuarea procentului de penalități la 0,02% și raportarea acestuia la aceeași bază: *„La executant: Valoare Rest de Executat și la Autoritatea Contractantă: Valoare Rest de Plată"* și arată că există posibilitatea reparării în natură a unui posibil prejudiciu în cauză, respectiv a executării categoriilor de lucrări (neexecutate și/sau executate necorespunzător).

„15. Începerea și execuția lucrărilor

(4) Executantul are obligația de a prelua amplasamentul, de a semna procesul-verbal de predare-primire și de a începe executarea lucrării cel mai târziu la expirarea termenului prevăzut la art. 16.1. alin. (2), sub sancțiunea perceperii de penalități pentru fiecare zi de întârziere în cuantum de 0,15% din valoarea contractului fără TVA."

Având în vedere principiul proporționalității și al dezechilibrului contractual, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la diminuarea procentului de penalități la 0,02% și la valoare rest de executat.

„(6) Neprezentarea executantului în vederea preluării amplasamentului și începerea executării lucrării contractate în termen de 3 zile de la data expirării termenului prevăzut la art. 16.1. alin. (2),

atrage rezilierea contractului cu consecința reținerii garanției de bună execuție. Rezilierea intervine de drept fără punere în întârziere și fără a fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități."

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea clauzei cu obligația corelativă a achizitorului de îndeplinire a obligațiilor în sarcina sa. Obligația executantului este corelativă obligației achizitorului, în cazul în care achizitorul nu se achită de obligații, executantul nu poate executa.

„18. Perioada de garanție acordată lucrărilor

18.2 – (1) În perioada de garanție, executantul are obligația, în urma dispoziției date de achizitor, de a executa toate lucrările de modificare, reconstrucție și remediere a viciilor și a altor defecte a căror cauză este nerespectarea clauzelor contractuale într-un termen de ... ore."

Prin raportare la:

- obiectul contractului (comportă defecțiuni de complexitate diferită) și la libertatea contractuală, respectiv deschiderea pieței de către autoritatea contractantă, astfel încât aceasta să aibă posibilitatea alegerii dintr-un cadru larg de ofertanți, este restrictivă impunerea prin contract a unui termen de intervenție în caz de remedieri de orice natură, după cum este formulată clauza (oricare ar fi el, prevăzut în ore);

- faptul că este o cerință ce nu poate fi îndeplinită de niciun ofertant, indiferent de locația în care s-ar afla, raportându-ne la o posibilă remediere, ce ar implica necesitate de materiale, utilaje și manoperă. Acestea nu pot fi încadrate în ore,

contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea clauzei.

„19.1 - Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de max. 30 zile de la acceptarea facturii de către acesta pe baza situațiilor de lucrări întocmite de executant, verificate și acceptate de achizitor pentru lucrări. Situațiile de lucrări vor fi transmise către achizitor cu adresă de înaintare semnate de executant și RTE-ist, sau în funcție de alocările bugetare, conform reglementarilor în vigoare și rambursărilor primite de la finanțator (MDRAPFE).

19.2 - Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de max. 28 de zile de la expirarea perioadei de la clauza 19.1., atunci executantul are dreptul de a sista executarea lucrărilor sau de a diminua ritmul execuției. Imediat ce achizitorul își onorează restanța, executantul va relua executarea lucrărilor în termen de max. 2 zile.

19.4 – (3) Plățile parțiale se efectuează, în funcție de alocările bugetare, dar nu influențează responsabilitatea și garanția de bună execuție a executantului; ele nu se consideră, de către achizitor, ca recepție a lucrărilor executate."

Având în vedere următoarele:

- se creează un dezechilibru contractual, întrucât in cazul Achizitorului, în situația nerespectării obligației de efectuare a plății sau a efectuării acesteia cu întârziere, nu este prevăzută posibilitatea de percepere de penalități și daune-interese;

- nu pot fi opuse executantului clauzele contractului de finanțare, acesta nefiind parte în contractul de finanțare. Astfel, orice întârziere în

virarea sumelor de la bugetul de stat nu poate fi imputată executantului și nici nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata să fie condiționată de prevederile unui contract/buna derulare a unui contract față de care are calitatea de terț sau de voința unui terț. Faptul că autoritatea contractantă nu are controlul încasării sumelor de la buget, este un risc asumat în patrimoniul autorității contractante.

- în aceste condiții, contractul, în forma propusă spre semnare la finalizarea procedurii de atribuire, nu poate avea, astfel de mențiuni, atâta timp cât existența surselor de finanțare trebuie să fie o certitudine, fiind interzisă semnarea de către autoritatea contractantă a unui contract de achiziție fără existența certă a surselor de finanțare necesare îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin angajamentul respectiv.

- se încalcă principiul relativității efectelor contractelor, a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, precum și a prevederilor art. 6 alin. (1) și (2) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante și a Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale;

- autoritatea contractantă are obligația de a stabili în contract un termen de plată concret și asumat, cu respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013, în vederea transpunerii directivei privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, la a cărei adoptare s-a avut în vedere însăși înlăturarea plății cu întârziere a facturilor, fapt care poate afecta competitivitatea și rentabilitatea întreprinderilor și nu se poate admite ca autoritatea contractantă să poată considera că este înlăturată obligația sa de a respecta dispozițiile legale, pe motiv că plata sumelor către executant depinde de transferul acestor sume de la buget.

Față de cele prezentate, ... solicită obligarea autorității contractante la:

- eliminarea condiționalității de efectuare a plăților către Executant în funcție de Alocările Bugetare,

- stabilirea, prin clauză contractuală, a termenului de plată ferm către Executant, de 30 de zile de la data emiterii facturii de către acesta din urmă;

- stabilirea, într-o clauză contractuală, a dreptului Executantului de a percepe penalități de 0,02% din Valoare plăți neefectuate, precum și daune-interese, în caz de plată întârziată sau neplată, din motive ce nu pot fi imputabile Executantului.

„26. Încetarea și rezilierea contractului

26.1. - Prezentul contract va înceta automat dacă în termen 10 zile de la data emiterii ordinului scris de începere a lucrărilor, executantul nu a demarat execuția contractului în cauză.”

Având în vedere principiul proporționalității și caracterul corelativ al obligațiilor părților, contestatorul solicitam obligarea autorității contractante la completarea clauzei cu mențiunea: *„în situația îndeplinirii de către Achizitor a tuturor obligațiilor asumate și executantul nu a demarat execuția contractului în cauză din culpa sa exclusivă*”.

„26.2. - Prezentul contract va înceta automat dacă nu a generat nicio plată într-o perioadă 60 de zile de la semnarea sa de către părți. Încetarea va opera de plin drept, fără necesitatea vreunei formalități sau intervenția autorităților sau a instanței de judecată.”

Având în vedere principiul proporționalității și caracterul corelativ al obligațiilor părților, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea clauzei cu dreptul executantului de a primi penalități, daune interese, profit nerealizat, ținând cont de faptul că lipsa efectuării plăților este culpa autorității contractante sau obligarea acesteia la eliminarea clauzei.

„26.5. - Dacă Achizitorul reziliază Contractul, va fi îndreptățit să recupereze de la executant fără a renunța la celelalte remedii la care este îndreptățit în baza acestuia, orice pierdere sau prejudiciu suferit până la un nivel egal cu valoarea contractului.”

Având în vedere principiul proporționalității și caracterul corelativ al obligațiilor părților, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea clauzei cu mențiunile:

- particularizarea Rezilierii din culpa exclusivă a Executantului;
- limitarea răspunderii Executantului la prejudiciul real și dovedit de autoritatea contractantă;
- eliminarea valorii de contract ca și nivel de prejudiciu, aceasta sancțiune fiind excesivă;
- limitarea pierderilor și prejudiciilor, în sensul particularizării acestora pe culpa exclusivă a Executantului;

deci se solicită obligarea la eliminarea cuvintelor „orice pierdere” sau „prejudiciu”.

„26.6. - În cazul rezilierii contractului, achizitorul va întocmi situația lucrărilor efectiv executate, inventarul materialelor, utilajelor și lucrărilor provizorii, după care se vor stabili sumele care urmează să le plătească în conformitate cu prevederile contractului, precum și daunele pe care trebuie să le suporte executantul din vina căruia s-a reziliat contractul.”

Având în vedere faptul că Rezilierea se clarifică în Instanță, aceasta stabilind și daunele/prejudiciile, implicând Culpa părților, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea din clauza contractuală a mențiunii: *„după care se vor stabili sumele care urmează să le plătească în conformitate cu prevederile contractului, precum și daunele pe care trebuie să le suporte executantul din vina căruia s-a reziliat contractul*”.

„26.10. - În orice situație în care Achizitorul este îndreptățit la despăgubiri, poate reține aceste despăgubiri din orice sume datorate executantului sau poate executa garanția de bună execuție, în conformitate cu prevederile art. 13”.

Având în vedere principiul proporționalității și caracterul corelativ al obligațiilor părților, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea clauzei, fiind excesivă și nejustificată, întrucât lipsește Executantul de orice posibilitate de apărare, nefiind stabilite în mod clar (pentru ca și Executantul să cunoască) obligațiile/situațiile în care acesta din urmă ar putea fi sancționat cu orice despăgubiri și din oricare surse.

„27.2. - În cazul în care erorile substanțiale, neregulile sau frauda, sunt imputabile executantului, Achizitorul poate suplimentar suspendării,

să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite, proporțional cu gravitatea erorilor, neregulilor sau fraudei."

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la reformularea clauzei, în sensul particularizării refuzului efectuării de plăți viitoare și nu aferente lucrărilor executate.

Față de cele argumentate, ... concluzionează și solicită C.N.S.C. obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, conform solicitărilor din contestație.

Totodată, contestatorul face precizarea că a îndeplinit procedura de notificare prealabilă, astfel:

- a transmis, la data de 23.04.2018, notificarea prealabilă nr. R3407, astfel cum se dovedește cu recipisa FanCourier;

- la data de 27.04.2018, autoritatea contractantă transmite către ..., adresa nr. 6566, prin care precizează că nu va adopta măsurile de remediere, întrucât notificarea prealabilă este tardivă.

Referitor la excepția invocată de autoritatea contractantă, contestatorul face mențiunea că aceasta este neîntemeiată și solicită respingerea acesteia, întrucât notificarea prealabilă a fost transmisă în termenul legal, la data de 23.04.2018, iar data indicată de autoritatea contractantă ca fiind ultima zi a depunerii notificării, 21.04.2018, este într-o sâmbătă, zi nelucrătoare, deci termenul se prelungește până luni 23.04.2018.

Prin punctul de vedere nr. 6897/07.05.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 18417/08.05.2018, ... solicită respingerea contestației ca inadmisibilă, lipsită de interes și, în subsidiar, ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că decalarea termenului de depunere a ofertelor a fost prelungit până pe data de 11.05.2018, în urma răspunsului la solicitările de clarificări, iar în urma primirii contestației, s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei.

În continuare, autoritatea contractantă menționează că invitația de participare/anunțul de participare simplificat nr. 427135 a fost publicat la data de 16.04.2018, iar notificarea prealabilă a fost primită în data de 24.04.2018 și înregistrată cu nr. 6384 din 25.04.2018, la care s-a transmis răspuns în data de 27.04.2018, prin adresa nr. 6566, precizându-se că, în conformitate cu art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, notificarea prealabilă este tardivă.

Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă inadmisibilitatea contestației ..., în raport cu capătul al doilea și al treilea al cererii.

Cu privire la solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la eliminarea/reformularea unor prevederi/clauze contractuale ale fișei de date a achiziției și ale modelului de contract, aceasta face următoarele aprecieri:

1. Ajustarea prețului nu se poate realiza conform fișei de date a achiziției, cât și modelului de contract, deoarece prezenta investiție este finanțată prin Programul Național de Dezvoltare Locală, coordonat de Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene, aferent contractului nr. 4570 din 20.12.2017, ce are o valoare de 13.776.355 lei inclusiv TVA, valoare ce este alocată în perioada 2018-2020. Astfel, prețul contractului se suplimentează doar în urma existenței unor lucrări neprevăzute și care nu au putut fi previzionate de către

proiectant și se încadrează în suma aferentă diverselor și neprevăzutelor, înscrisă în Devizul General aprobat, ceea ce nu intra în incidența ajustării prețului contractului.

Autoritatea contractantă menționează că ofertanții care doresc să participe la prezenta procedură de atribuire, au fost informați prin fișa de date a achiziției, că la întocmirea prețului, acesta va include, în cadrul propunerii financiare, orice costurile legate de execuția categoriilor de lucrări prevăzute în listele de cantități, întocmirea instrucțiunilor de întreținere și exploatare, protecția mediului, conform normelor legale, precum și cele legate de refacerea cadrului natural după finalizarea lucrărilor, procurarea, transportul, depozitarea și punerea în operă a materialelor și echipamentelor necesare funcționării obiectului contractului, conform cerințelor impuse prin caietul de sarcini.

2. Perioada de garanție a lucrărilor a fost solicitată de 72 de luni de la încheierea procesului-verbal de recepție al lucrărilor, întrucât autoritatea contractantă dorește alegerea unui constructor care poate executa lucrarea foarte bine și care poate da o garanție a lucrării foarte mare, fiind un avantaj pentru aceasta ca pe o perioadă de 6 ani să aibă drumuri foarte bune și care nu necesită lucrări de întreținere și diverse fonduri.

Avantajul major pe care îl are autoritatea contractantă, dacă obține o garanție cât mai mare, este aceea că pe această perioadă, fondurile necesare, sume care se ridică la ordinul zecilor de mii anual (ex. dacă 15% din suprafața drumului realizat este afectat și trebuie reparat/întreținut respectiv (7252.645 ml*4,5 m = 32.637 mp*20 lei/mp conform standardului de cost = 652.740 lei *15% = 97.911 lei), nu mai trebuie să o suporte aceasta și nici constructorul, dacă se realizează investiția la standard calitativ ridicat. Astfel, un avantaj major din punct de vedere financiar și tehnic, îl are autoritatea contractantă dacă obține o garanție cât mai mare, motivat de faptul că implementarea proiectului trebuie realizată la standarde foarte ridicate, iar perioada de garanție mare o va ajuta financiar, pentru a nu mai face lucrări de reparații/întreținere.

... face precizarea că garanția acordată lucrărilor nu are legătură cu garanția tehnică a lucrărilor de 10 ani, deoarece aceasta se referă la elementele tehnice privind viciile structurii de rezistență rezultate din nerespectarea normele de execuție.

3. Durata contractului a fost stabilită la 15 luni în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.3 și la 12 luni în cadrul pct. IV.4.1 Oferta tehnică, acest lucru fiind remediat prin răspunsul la clarificări, unde s-a specificat clar că durata maximă acceptată de execuție este de 12 luni.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că durata contractului poate fi de 15 luni, deoarece s-au luat în calcul și plățile aferente situației finale de lucrări, deoarece acestea trebuie să se realizeze în perioada de valabilitate a contractului.

4. La pct. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, din fișa de date a achiziției, s-a solicitat că *„în situația în care un grup de operatori economici depune o ofertă comună (asociere), fiecare asociat trebuie să prezinte declarația privitoare la respectarea obligațiilor referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii, propunerea tehnică*

trebuie să cuprindă separat o propunere tehnică pentru investiția de bază și o propunere tehnică privind organizare de șantier, însoțită de formularele F3, C6-C9”.

Autoritatea contractantă arată că această solicitare s-a realizat deoarece fiecare asociat trebuie să depună aceasta declarație privind respectarea obligațiilor referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii și, de asemenea, s-a solicitat ca propunerea tehnică (dintr-o eroare de tehnoredactare lipsește cuvântul „propunere”, dar se înțelege că se referă la aceasta) trebuie să cuprindă separat o propunere tehnică pentru investiția de bază și o propunere tehnică privind organizare de șantier, însoțită de formularele F3, C6-C9, deoarece fiecare ofertant își poate realiza organizarea de șantier, dar cu respectarea listei de cantități aferente organizării de șantier, iar aceasta se va realiza de ofertant atât dacă este un singur operator sau o asociere. În acest sens, s-a transmis o clarificare din oficiu.

5. Sancțiunile privind neîndeplinirea obligațiilor au fost stabilite în același procent, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru executant, iar executantului i s-a dat și posibilitatea sistării lucrărilor în cazul în care aceasta nu plătește la timp lucrările. Astfel, nici o parte a contractului nu este vătămată.

Față de cele precizate, autoritatea contractantă arată că nu poate fi reținută ca întemeiată susținerea contestatorului, potrivit căreia solicită modificarea clauzelor contractuale și, implicit, a fișei de date a achiziției aferentă acestei proceduri de atribuire.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca inadmisibilă, lipsită de interes și, în subsidiar, ca nefondată.

Prin adresa nr. 19337/1468/C7/14.05.2018, C.N.S.C. a solicitat contestatorului să transmită punctul de vedere referitor la excepțiile inadmisibilității contestației și lipsei de interes, invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 6897/07.05.2018 și înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 18417/08.05.2018.

Prin adresa nr. R4316/16.05.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 19620/16.05.2018, ... transmite răspunsul său la excepțiile invocate de autoritatea contractantă, în care face următoarele precizări:

1. Referitor la excepția tardivității notificării prealabile, respectiv inadmisibilitatea contestației, se solicită respingerea acesteia, așa cum a menționat și în contestația nr. R3668/02.05.2018 (pag. 7), din care citează și susține că, din modalitatea în care este invocată excepția de către autoritatea contractantă, nu se pot dovedi și/sau reține îndeplinirea condițiilor necesare pentru invocarea, respectiv aplicabilitatea acestei excepții.

Astfel, contestatorul menționează că autoritatea contractantă precizează la pct. b) al punctului de vedere nr. 6897/07.05.2018, că notificarea prealabilă este tardivă, după care invocă inadmisibilitatea contestației în raport cu capătul al doilea și al treilea al cererii.

Referitor la precizarea autorității contractante cu referire la solicitările ... adresate C.N.S.C., contestatorul le citează din contestația sa nr. R3668/02.05.2018 (pag. 4): *„Și solicităm Consiliului următoarele:*

- în principal, obligarea autorității contractante la eliminarea/reformularea prevederilor/clauzelor restrictive, nelegale,

contradictorii ale fișei de date/modelului de contract, în conformitate cu prevederile legale în vigoare, iar, pe cale de consecință, decalarea termenului de depunere a ofertelor;

- în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire."

și reiterează cele precizate în contestație:

„- am transmis la data de 23.04.2018 notificarea nr. R 3407, astfel cum dovedim cu Recipisa Fan Courier;

- la data de 27.04.2018, autoritatea contractantă transmite către ... adresa nr. 6566, prin care precizează că nu va adopta măsurile de remediere, întrucât notificarea este tardivă.

Față de excepția invocată, menționăm că aceasta este neîntemeiată și solicităm respingerea acesteia, întrucât notificarea prealabilă a fost transmisă de ... în termenul legal, la data de 23.04.2018.

Data indicată de autoritatea contractantă ca fiind ultima zi a depunerii notificării: 21.04.2018 este într-o sâmbătă, zi nelucrătoare, deci termenul se prelungește până luni 23.04.2018."

Astfel, ... solicită C.N.S.C. respingerea excepției de inadmisibilitate a contestației și reținerea acesteia pentru soluționare pe fondul cauzei.

2. Referitor la excepția lipsei de interes a contestației, ... solicită respingerea acesteia și reținerea acesteia pentru soluționare, pe fond, având în vedere aceleași argumente invocate pentru excepția inadmisibilității, respectiv din modalitatea în care este invocată excepția de către autoritatea contractantă, nu se pot dovedi și/sau reține îndeplinirea condițiilor necesare pentru invocarea, respectiv aplicabilitatea acestei excepții.

Totodată, contestatorul face precizarea că excepția lipsei de interes nu este probată în niciun fel de către autoritatea contractantă, prin indicarea elementelor contestației și/sau a conduitei acestuia, care ar face incidentă aplicarea acestei excepții.

Astfel, ... susține că simplul fapt al contestării documentației de atribuire (fișa de date a achiziției și modelului de contract), nu poate face aplicabilă în speță excepția lipsei de interes.

Mai mult, ... precizează că a acționat conform prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, din perspectiva cărora, actul atacat poate fi reprezentat inclusiv de fișa de date a achiziției și contractul de lucrări, părți constitutive ale documentației de atribuire. Argumentul implementării interesului public/local al autorității contractante nu poate fi opusă și/sau impusă societăților/ofertanților în procedurile de achiziție publică, decât în limita respectării legislației în vigoare.

Față de cele arătate, ... concluzionează și solicită C.N.S.C. respingerea excepțiilor invocate de autoritatea contractantă, cu consecința reținerii spre soluționare a contestației sale nr. R3668/02.05.2018, întocmai cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 19385/1468/C7/14.05.2018, C.N.S.C. a solicitat autorității contractante să transmită motivarea excepției lipsei de interes a contestației, invocată prin punctul de vedere nr. 6897/07.05.2018 și înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 18417/08.05.2018.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării C.N.S.C. prin adresa nr. 7477/17.05.2018, înregistrată la acesta cu nr. 19915/17.05.2018, prin

care menționează că a solicitat respingerea contestației pe motiv de lipsă de interes, deoarece a *„considerat că modificările solicitate prin contestație puteau fi realizate prin clarificări, iar contractul publicat era un model, iar ofertanții puteau veni cu obiecțiuni la depunerea acestuia în cadrul ofertei, iar la momentul semnării acestuia cu câștigătorul, se puteau negocia o parte din clauze, dacă nu afectau condițiile din documentația de atribuire”*.

Fată de cele precizate, ... face mențiunea că lasă la latitudinea Consiliului dacă respectiva contestație se încadrează în lipsa de interes și își menține solicitarea de respingere a contestației, ca inadmisibilă și nefondată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect *„Execuție lucrări pentru obiectivul «Modernizare drumuri de interes local, comuna ..., jud. ...»”*, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a invitației de participare nr. ....

Conform invitației de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 10.039.700 lei, fără TVA.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ... a transmis COMUNEI ... (PRIMĂRIEI ...) notificarea prealabilă nr. R3407/23.04.2018, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 6566/27.04.2018, precizând că nu adoptă măsuri de remediere, întrucât notificarea prealabilă este tardivă.

Procedând la soluționarea contestației formulată de către ... prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”,* motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepțiilor invocate de către autoritatea contractantă, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Față de excepția inadmisibilității contestației formulate de către ..., invocată de autoritatea contractantă, având în vedere că aceasta a fost precedată de depunerea tardivă a unei notificări prealabile, Consiliul are în vedere faptul că, în susținerea ei, autoritatea contractantă invocă faptul că termenul pentru depunerea notificării prealabile a început să curgă, potrivit art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, de la data de 16.04.2018 și s-a împlinit la data 21.04.2018, iar această notificare a fost transmisă de către contestator la data de 23.04.2018.

Sub acest aspect, se reține faptul că, prin adresa nr. R4316/16.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19620/16.05.2018, ... a formulat răspuns, prin care solicită respingerea excepțiilor invocate de autoritatea contractantă,

contestatorul apreciind că a respectat termenul prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță sunt aplicabile dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, conform cărora: *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz”.*

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea achiziției menționată în anunțul de participare nr. ... (10.039.700 lei) și a tipului de contract (lucrări), rezultă faptul că ... a respectat termenul prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a notifica autoritatea contractantă într-un anumit termen, respectiv în 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

Astfel, se constată că ... a formulat și transmis autorității contractante, notificarea prealabilă la data de 23.04.2018, respectând termenul prevăzut la art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, aceasta fiind transmisă prin Fan Courier Express, conform AWB nr. 95582785.

Consiliul mai constată faptul că ... a respectat și termenul prevăzut la art. 5 din Legea nr. 101/2016, întrucât zilele de 21 și 22 martie 2018 au fost zile nelucrătoare (sâmbătă și duminică), notificarea prealabilă fiind transmisă în următoarea zi lucrătoare, respectiv 23 martie 2018.

Argumentele aduse de către autoritatea contractantă legate de tardivitatea depunerii notificării prealabile de către ... la data de 23.04.2018, având în vedere că data luării la cunoștință despre documentația de atribuire postată în SEAP a fost 16.04.2018, sunt respinse de către Consiliu, ca neîntemeiate, constatându-se faptul că, în speță, contestatorul a respectat termenul de 5 zile de la data luării la cunoștință despre actul publicat în SEAP (data luării la cunoștință) pentru formularea notificării prealabile, respectând, de asemenea, și termenul de contestare, de 5 zile, calculat conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materia achizițiilor publice, respectiv de la data la care autoritatea contractantă ar fi trebuit să formuleze răspuns la notificarea prealabilă.

În aceste condiții, constatându-se că ... a formulat și transmis autorității contractante atât notificarea prealabilă, cât și contestația în termenul legal, Consiliul respinge excepția invocată de către COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...) referitoare la tardivitatea depunerii notificării

prealabile, respectiv excepția inadmisibilității contestației, întrucât aceasta a fost depusă ulterior termenului legal.

Referitor la excepția lipsei de interes, Consiliul are în vedere faptul că, susținerile autorității contractante cu privire la lipsa interesului contestatorului ..., motivat de faptul că *„modificările solicitate prin contestație puteau fi realizate prin clarificări, iar contractul publicat era un model, iar ofertanții puteau veni cu obiecțiuni la depunerea acestuia în cadrul ofertei, iar la momentul semnării acestuia cu câștigătorul, se puteau negocia o parte din clauze, dacă nu afectau condițiile din documentația de atribuire”*, nu vor fi reținute de către Consiliu, ca fiind relevante, din considerentele mai jos prezentate.

Astfel, Consiliul are în vedere că, în condițiile precizate la art. 2 alin. (1) coroborate cu art. 3 alin. (1) lit. f din Legea nr. 101/2016, operatorul economic ce se consideră vătămat poate formula contestație, sub condiția cumulativă a prezentării interesului față de procedură și a indicării unui prejudiciu (chiar viitor):

„Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

(…)

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

Astfel, calitatea procesuală și interesul nu pot fi raportate decât la dispozițiile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ale art. 26 din aceeași lege, precum și la capetele de cerere din contestația formulată, acestea fiind de natură să justifice admisibilitatea acesteia.

Mai mult, Consiliul determină faptul că niciunde în legislația achizițiilor publice nu se impune o astfel de condiție în sarcina unui operator economic, în practică constatându-se că sunt operatori economici care contestă conținutul unei documentații de atribuire fără a ajunge să depună ofertă în cadrul respectivei proceduri de atribuire, sau

situația contrară, când nu contestă conținutul unei documentații de atribuire și depun ofertă în cadrul procedurii de atribuire.

Or, invocarea de către autoritatea contractantă a acestui argument nu poate fi luat în considerare de către Consiliu, atâta timp cât legislația în materia achizițiilor publice nu impune o astfel de obligație în sarcina operatorilor economici interesați de participarea la o procedură de atribuire, ci doar raportarea la un anumit termen de contestare a conținutului documentației de atribuire, prezumându-se interesul pe care îl poate manifesta orice operator economic față de o procedură de atribuire.

În raport de cele precizate anterior, Consiliul respinge excepția lipsei de interes în formularea contestației ..., invocată de autoritatea contractantă.

În consecință, Consiliul consideră că în cauză sunt întrunite condițiile de fond ale înaintării contestației, precizate la art. 3 alin. (1) lit. f)-(ii) din Legea nr. 101/2016, în sensul că ... a dovedit interesul formulării notificării prealabile și a contestației respective.

Pentru toate aceste considerente, Consiliul respinge excepțiile invocate de către autoritatea contractantă față de contestația formulată de către ..., urmând a proceda la soluționarea, pe fond, a cauzei, constatându-se că ... contestă conținutul documentației de atribuire, respectiv prevederi aferente fișei de date a achiziției și a modelului de contract.

Preliminar, Consiliul va avea în vedere o serie de dispoziții legale incidente din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, reţinându-se, în soluționare, faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a elabora documentația de atribuire cu respectarea dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*”.

De asemenea, în soluționare sunt avute în vedere dispozițiile din H.G. nr. 395/2016, respectiv:

-art. 2 alin. (3) *„În aplicarea prezentelor norme metodologice, autoritatea contractantă, prin compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor publice, are următoarele atribuții principale: (…)*

b) elaborează și, după caz, actualizează, pe baza necesităților transmise de celelalte compartimente ale autorității contractante, strategia de contractare și programul anual al achizițiilor publice; (…)

(4) Celelalte compartimente ale autorității contractante au obligația de a sprijini activitatea compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor, în funcție de specificul și complexitatea obiectului achiziției.

(5) În sensul alin. (4), sprijinirea activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor publice se realizează, fără a se limita la acestea, după cum urmează:

a) transmiterea referatelor de necesitate care cuprind necesitățile de produse, servicii și lucrări, valoarea estimată a acestora, precum și informațiile de care dispun, potrivit competențelor, necesare pentru

elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru;

b) transmiterea, dacă este cazul, a specificațiilor tehnice așa cum sunt acestea prevăzute la art. 155 din Lege; (…)";

- art. 12 alin. (3): „*Atunci când stabilește programul anual al achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația de a ține cont de: a) necesitățile obiective de produse, servicii și lucrări (…)*";

- art. 20 alin. (10): „*Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante*";

-art. 50 din Legea nr. 98/2016: "(*1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

-(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici".

Din economia textelor legale mai sus invocate se desprinde concluzia conform căreia în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă trebuie să își materializeze nevoile, raportat la specificul activității sale și la faptul că dorește efectuarea unor lucrări cât mai eficiente, pe măsura exigențelor și nevoilor sale.

Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă trebuie să identifice în mod obiectiv în ce constă necesitatea sa, vizavi de achiziționarea lucrărilor aferente procedurii în cauză și să stabilească în cadrul documentației de atribuire cerințe/condiții minime și clauze contractuale, astfel încât acestea să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Autoritatea contractantă la întocmirea documentației de atribuire trebuie să se limiteze doar la a formula cerințe absolut necesare, care îngrădesc cel mai puțin operatorii economici.

Analizând primul aspect criticat de către ..., legat de prevederea din fișa de date a achiziției, „cap. II.4) *Ajustarea prețului contractului*, II.4.1) *Ajustarea prețului contractului*: Nu", coroborată cu clauzele contractuale: „10.3.2. *Executantul va asigura niveluri de salarizare și condiții de muncă care nu vor fi inferioare celor stabilite în cadrul ramurii de activitate în care se desfășoară lucrarea*. [...] 20. *Ajustarea prețului contractului*: *Valoarea contractului nu se ajustează/actualizează excepție fiind cota de TVA*", față de care contestatorul invocă prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 și art. 28 din H.G. nr. 395/2016, susținând că, raportat la sursa de finanțare (mențiune prevăzută în documentația de atribuire, la punctul III.1.2), la durata contractului (mai mult de 12 luni), la perioada de garanție solicitată (72 luni sau 10 ani) și argumentat de faptul că nimeni nu poate să prevadă care va fi evoluția economiei pe o perioadă lungă și nu se pot stabili toate prețurile cu caracter ferm și care să asigure

echilibrul contractual pe o astfel de perioadă, ținând seama de principiul proporționalității și de estimarea conform căreia, în următorii ani, salariul minim pe economie va înregistra creșteri considerabile care nu pot fi anticipate la acest moment iar salariul minim pe economie va angrena și o creștere a tuturor celorlalte costuri, Consiliul constată pertinentă critica adusă de contestator, în acest sens reținându-se următoarele aspecte:

Contestatorul reclamă faptul că autoritatea contractantă nu a prevăzut un mecanism de ajustare a prețului contractului, iar raportat la complexitatea și valoarea estimată a procedurii de atribuire, apreciază că aceasta era obligată să întreprindă cel puțin o serie de demersuri care, odată parcurse, nu puteau decât să conducă la concluzia că introducerea unui mecanism de ajustare a prețului este obligatorie prin prisma interesului economic direct cuantificabil al acesteia.

Argumentele aduse în favoarea prevederii unui mecanism de ajustare a prețului contractului de societatea contestatoare vizează aspecte legate:

-sursa de finanțare prevăzută în documentația de atribuire, la capitolul „III.1.2)-Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante Programul Național de Dezvoltare Locală (PNDL III) și Bugetul local”, fapt ce poate conduce la depășirea duratei de execuție estimată de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției;

-mențiunea de la „II.3)-Durata contractului/acordului-cadru/SAD sau termenul pentru finalizare”, de 15 luni începând de la data atribuirii contractului / emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor, deci mai mult de 12 luni;

-perioada de garanție solicitată, de 72 luni sau 10 ani;

-faptul că nimeni nu poate să prevadă care va fi evoluția economiei pe o perioadă lungă și nu se pot stabili toate prețurile cu caracter ferm și care să asigure echilibrul contractual pe o astfel de perioadă;

-principiul proporționalității;

-estimarea că în următorii ani, salariul minim pe economie va înregistra creșteri considerabile care nu pot fi anticipate la acest moment. Pe lângă influența directă, salariul minim pe economie va angrena și o creștere a tuturor celorlalte costuri,

-avantajul introducerii „Ajustării prețului” este pentru ambele părți contractante, Contractul ce urmează a fi implementat fiind scutit de blocaje reale, ce ar putea conduce părțile către costuri mai mari decât cele ale unei Actualizări, prevăzute de la momentul inițierii procedurii de atribuire.

Astfel, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la precizarea posibilității de ajustare a prețului, atât în documentația de atribuire, cât și în modelul de contract, prin indicarea modului concret în care se va realiza ajustarea prețului contractului, inclusiv modificări legislative, dar și creșteri ale principalelor materiale utilizate în execuție, având ponderi considerabile în contractul ce se atribuie: bitum, carburant (motorină), ciment, balast, piatră spartă, mixturi asfaltice și betoane și, în măsura acceptării introducerii mecanismului de ajustare a prețului de contract, obligarea autorității contractante și la ajustarea valorii estimate a contractului, luând în considerare faptul că valoarea oricărui contract

trebuie să ia considerare toate costurile pe care acel contract le implică (deci și ajustarea de preț), în caz contrar, autoritatea contractantă fiind cea care va suporta eventuale prejudicii.

Totodată, în scopul unei ofertări corecte (sub aspectul propunerii financiare), contestatorul apreciază că toți ofertanții trebuie să cunoască valoarea estimată, pentru a se putea raporta, în mod unitar, la aceasta.

În replica la cele reclamate, autoritatea contractantă a susținut că ajustarea prețului nu se poate realiza conform fișei de date a achiziției, cât și modelului de contract, deoarece prezenta investiție este finanțată prin Programul Național de Dezvoltare Locală, coordonat de Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene, aferent contractului nr. 4570 din 20.12.2017, ce are o valoare de 13.776.355 lei inclusiv TVA, valoare ce este alocată în perioada 2018-2020. Astfel, prețul contractului se suplimentează doar în urma existenței unor lucrări neprevăzute și care nu au putut fi previzionate de către proiectant și se încadrează în suma aferentă diverselor și neprevăzutelor, înscrisă în Devizul General aprobat, ceea ce nu intra în incidența ajustării prețului contractului.

Autoritatea contractantă mai susține și faptul că ofertanții care doresc să participe la prezenta procedură de atribuire, au fost informați prin fișa de date a achiziției, că la întocmirea prețului, acesta va include, în cadrul propunerii financiare, orice costuri legate de execuția categoriilor de lucrări prevăzute în listele de cantități, întocmirea instrucțiunilor de întreținere și exploatare, protecția mediului, conform normelor legale, precum și cele legate de refacerea cadrului natural după finalizarea lucrărilor, procurarea, transportul, depozitarea și punerea în operă a materialelor și echipamentelor necesare funcționării obiectului contractului, conform cerințelor impuse prin caietul de sarcini.

Așa cum a fost mai sus reținut, obiectul contractului îl constituie executarea de lucrări de modernizare a drumurilor de interes local în comuna ....

Dispozițiile art. 8 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 impun autorității contractante obligația documentării și parcurgerii etapei de planificare și pregătire a procedurii de atribuire. Iar potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, prin intermediul strategiei de contractare achizitoarea trebuie să documenteze deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu o serie de aspecte. Printre acestea se află și mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora.

Din lecturarea Strategiei de contractare nr. 3259/09.03.2018 Consiliul constată că prin raportare la dispozițiile legale mai sus amintite, care impun autorității contractante obligația documentarii și parcurgerii etapei de planificare și pregătire a procedurii de atribuire, dar și obligația abordării și justificării la nivelul strategiei de contractare a mecanismelor de plată în cadrul contractului, a alocării riscurilor în cadrul acestuia, a măsurilor de gestionare a acestor riscuri, a justificărilor privind modul de stabilire a valorii estimate și a oricăror altor elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă, niciunul din aspectele evocate nu se regăsește în cadrul strategiei de contractare.

Dispozițiile art. 28 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 prevăd posibilitatea ajustării prețului contractului, în anumite condiții, astfel: "*În condițiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elementele constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.*"

Modificarea și ajustarea prețului este reglementată de prevederile art. 28 coroborat cu art. 164 din H.G. nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, iar posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

Sunt relevante în soluționare argumentele aduse de ..., în favoarea prevederii unui mecanism de ajustare a prețului contractului, respectiv:

-sursa de finanțare prevăzută în documentația de atribuire, la capitolul „III.1.2)-Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante Programul Național de Dezvoltare Locală (PNDL III) și Bugetul local", fapt ce poate conduce la depășirea duratei de execuție estimată de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției;

-mențiunea de la „II.3)-Durata contractului/acordului-cadru/SAD sau termenul pentru finalizare", de 15 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor, deci mai mult de 12 luni;

-faptul că nimeni nu poate să prevadă care va fi evoluția economiei pe o perioadă lungă și nu se pot stabili toate prețurile cu caracter ferm și care să asigure echilibrul contractual pe o astfel de perioadă;

-estimarea că în următorii ani, salariul minim pe economie va înregistra creșteri considerabile care nu pot fi anticipate la acest moment. Pe lângă influența directă, salariul minim pe economie va angrena și o creștere a tuturor celorlalte costuri,

-avantajul introducerii „Ajustării prețului" este pentru ambele părți contractante, Contractul ce urmează a fi implementat fiind scutit de blocaje reale, ce ar putea conduce părțile către costuri mai mari decât cele ale unei Actualizări, prevăzute de la momentul inițierii procedurii de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile (atribuirea fiind rezultatul unui proces care se derulează în mai multe etape) deci și a elaborării etapelor procesului de achiziție publică, inclusiv a etapei de planificare/pregătire a achiziției.

În consecință, raportat la toate aspectele evocate, Consiliul constată temeinicia criticii formulate de ..., motiv pentru care admite critica referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului și obligă autoritatea contractantă COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...) să stabilească modul concret de ajustare a prețului, în condițiile expres prevăzute în Legea nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016, prin inserarea în

documentația de atribuire a unei clauze de revizuire/ajustare a prețului contractului, inclusiv corelarea acesteia cu clauzele aferente din modelul de contract.

Însă, în ceea ce privește solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la ajustarea valorii estimate a contractului, luând în considerare faptul că valoarea oricărui contract trebuie să ia considerare toate costurile pe care acel contract le implică (deci și ajustarea de preț), în caz contrar, autoritatea contractantă fiind cea care va suporta eventuale prejudicii, Consiliul va respinge, ca nefondată, această critică, în condițiile în care, așa cum s-a stabilit anterior, posibilitatea de ajustare a prețului contractului reprezintă o pârghie pentru acoperirea eventuală a preturilor modificate ca urmare a creșterii/diminuării indicilor de preț pentru elementele constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

Or, în condițiile în care această ajustare survine doar în situația în care intervin creșteri/diminuări ale indicilor de preț pentru elementele constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, aspecte care nu pot fi determinate clar și care **pot** interveni **sau nu** pe parcursul derulării contractului de achiziție publică, solicitarea contestatorului excede cadrului legal invocat, precum și dispozițiilor exprese ale art. 9 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform cărora „(1) *Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției*”, motiv pentru care Consiliul o respinge ca atare.

Legat de solicitarea formulată de ... privind modificarea clauzei de contract în sensul indicării unui (1) an de garanție, prevăzut de Legea nr. 10/1995 și eliminarea garanției tehnice suplimentare de 10 ani raportată tot la data semnării procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și menținerea garanției viciilor structurii de rezistență, Consiliul are în vedere, în soluționare, argumentele aduse de contestator, și anume:

-drumurile ce se vor moderniza vor avea următoarele platforme propuse:

- platformă de 5,5 m formată din - parte carosabilă 5,50 m (2x 2,75 m) + rigole pereate cu H=0,50 m;
- platformă de 4,5 m formată din - parte carosabilă 3,50 m (1x3,50 m) + rigole carosabile tip RC 1.00 (2x0,50 m);
- platformă de 5,0 m formată din - parte carosabilă 4,00 m (1x4,00 m) + rigole carosabile tip RC 1,00 (2x0,50 m);
- platformă de 5,0 m formată din - parte carosabilă 4,00 m (1x4,0 m) + acostamente 1,00 (2x0,50 m) + rigole pereate cu H=0,50 m;
- platformă de 5,0 m formată din - parte carosabilă 4,00 m (1x4,0 m) + rigole de acostament 1,00 (2x0,50 m)”;

-clauzele din modelul de contract: „18. Perioada de garanție acordată lucrărilor.

18.1 - Perioada de garanție este de 72 luni și decurge de la data recepției la terminarea lucrărilor și până la recepția finală.

18.4. Garanția tehnică a lucrărilor executate este de 10 ani de la data semnării procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor precum și după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existență a construcției, pentru viciile structurii de rezistență rezultate din nerespectarea normelor de execuție (Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții)";

-în memoriu tehnic al documentației de atribuire apare indicată clasa tehnică V cu viteza de proiectare de 40 km/h (adică trafic foarte redus - ultima clasă de construcții pe Legea nr. 10/1995/ - clasa D);

-prevederile art. 7 alin. (3) din Legea nr. 10/1995;

-Ordinul nr. 1295/2017 pentru aprobarea Normelor tehnice privind stabilirea clasei tehnice a drumurilor publice, în vigoare la acest moment, clarifică situația speței de față: „Capitolul II Observații alin. (3): în cazul în care rezultă clase tehnice diferite, clasa tehnică a sectorului de drum/drumului se stabilește ca fiind clasa tehnică cea mai defavorabilă; drumul comunal supus atribuirii este de trafic redus, încadrându-se la 1 an garanție (categorie D), potrivit legii, precum și criteriul de atribuire stabilit, prețul cel mai scăzut.

În replică, autoritatea contractantă arată că perioada de garanție a lucrărilor a fost solicitată de 72 de luni de la încheierea procesului-verbal de recepție al lucrărilor, întrucât se dorește alegerea unui constructor care poate executa lucrarea foarte bine și care poate da o garanție a lucrării foarte mare, fiind un avantaj pentru aceasta ca pe o perioadă de 6 ani să aibă drumuri foarte bune și care nu necesită lucrări de întreținere și diverse fonduri.

Avantajul major pe care îl are autoritatea contractantă, dacă obține o garanție cât mai mare, este aceea că pe această perioadă, fondurile necesare, sume care se ridică la ordinul zecilor de mii anual (ex. dacă 15% din suprafața drumului realizat este afectat și trebuie reparat/întreținut respectiv (7252.645 ml*4,5 m = 32.637 mp*20 lei/mp conform standardului de cost = 652.740 lei *15% = 97.911 lei), nu mai trebuie să o suporte aceasta și nici constructorul, dacă se realizează investiția la standard calitativ ridicat. Astfel, un avantaj major din punct de vedere financiar și tehnic, îl are autoritatea contractantă dacă obține o garanție cât mai mare, motivat de faptul că implementarea proiectului trebuie realizată la standarde foarte ridicate, iar perioada de garanție mare o va ajuta financiar, pentru a nu mai face lucrări de reparații/întreținere.

... face precizarea că garanția acordată lucrărilor nu are legătură cu garanția tehnică a lucrărilor de 10 ani, deoarece aceasta se referă la elementele tehnice privind viciile structurii de rezistență rezultate din nerespectarea normele de execuție.

Analizând critica formulată, Consiliul determină că solicitarea ... nu este justificată, motiv pentru care o va respinge.

Într-adevăr, trimiterile efectuate de contestator la prevederile documentației de atribuire și a legislației incidente, în speță Legea nr. 10/1995, privind calitatea în construcții și Ordinul nr. 1295/2017, pentru aprobarea Normelor tehnice privind stabilirea clasei tehnice a drumurilor publice, sunt pertinente, însă acestea nu pot conduce la stabilirea unei durate minime a perioadei de garanție, prevăzută de lege, în condițiile în

care doar autoritatea contractantă este în măsură să elaboreze și să întocmească documentația de atribuire.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că în conformitate cu dispozițiile art. 7 din Legea nr. 10/1995, privind calitatea în construcții, „(*1) În contractele care se încheie ori, după caz, în dispozițiile sau în autorizațiile ce se emit, factorii prevăzuți la articolul precedent sunt obligați să înscrie clauzele referitoare la nivelul de calitate al construcțiilor, corespunzătoare cerințelor, precum și garanțiile materiale și alte prevederi, care să conducă la realizarea acestor clauze.*

(2) În contracte nu se pot înscrie niveluri și cerințe referitoare la calitate inferioare reglementărilor în vigoare, cu privire la cerințele prevăzute la art. 5.

(3) Perioada de garanţie se prevede în contractele încheiate între părţi, în funcţie de categoriile de importanţă ale construcţiilor stabilite potrivit legii, şi va avea o durată ***minimă****, după cum urmează:*

-5 ani pentru construcţiile încadrate în categoriile de importanţă A şi B;

-3 ani pentru construcţiile încadrate în categoria de importanţă C;

-1 an pentru construcţiile încadrate în categoria de importanţă D.

Perioada de garanţie se prelungeşte cu perioada remedierii defectelor calitative constatate în această perioadă.

Totodată, relevantă în cauză este și mențiunea din Proiectul tehnic de execuție, parte a documentației de atribuire, unde la punctul 3. „Lucrări proiectate”, s-au menționat următoarele: „*Conform prevederilor Normelor tehnice privind proiectarea, construirea și modernizarea drumurilor, aprobate prin Ordinul nr. 45/1998 al ministrului transporturilor, tronsoanele de drum sunt incluse în clasa tehnică V, cu viteza de proiectare de 40 km/h”,* adică trafic foarte redus-ultima clasă de construcții pe Legea nr. 10/1995/ - clasa D.

Așadar, prin raportare la cele menționate anterior, Consiliul constată că legislația în materie instituie o obligație în sarcina autorității contractante doar în ceea ce privește respectarea unei durate minime de 1 an pentru construcţiile încadrate în categoria de importanţă D, ca în prezenta speță, astfel încât solicitarea contestatorului de reducere a termenului de 72 de luni impusă de autoritate la art. 18.1 din modelul de contract, la durata de 1 (un) an este neîntemeiată, motiv pentru care se respinge și, pe cale de consecință, și solicitarea de eliminare a clauzei contractuale 18.4, referitoare la garanția tehnică de 10 ani de la data semnării procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

Pe de altă parte, Consiliul constată că, în susținerea menținerii clauzelor în discuție, autoritatea contractantă nu a adus argumente din care să reiasă motivul pentru care a impus un astfel de termen de 72 de luni, față de minimul impus de Legea nr. 50/1995, aspect constatat de către Consiliu atât cu ocazia verificării documentelor aflate la dosarul achiziției publice, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, cât și din punctul de vedere nr. 6897/07.05.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 18417/08.05.2018, exprimat de ..., simpla mențiune că „*se dorește alegerea unui constructor care poate executa lucrarea foarte bine și care poate da o garanție a lucrării foarte mare, fiind un avantaj pentru aceasta*

ca pe o perioadă de 6 ani să aibă drumuri foarte bune și care nu necesită lucrări de întreținere și diverse fonduri", neputând fi luată în considerare, ci doar prezentarea de argumente pertinente, de natură tehnică, pe care ... ar fi trebuit să le aducă în justificarea cerinței.

În aceste condiții, pentru cele arătate, constatând că în forma în care a fost elaborată clauza în discuție (18.1) aceasta este nejustificată de autoritatea contractantă, neputându-se stabili dacă aceasta este abuzivă și inechitabilă, Consiliul obligă autoritatea contractantă fie să elimine clauza 18.1, referitoare la perioada de garanție de 72 luni ce decurge de la data recepției la terminarea lucrărilor și până la recepția finală, fie să justifice necesitatea menținerii acesteia, conform considerentelor anterioare.

În ceea ce privește critica legată de contradicția dintre mențiunea prevăzută la punctul *„II.3) Durata contractului/acordului cadru/SAD sau termenul pentru finalizare: 15 luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor*" și cea de la punctul IV, subpunctul IV.1) *„Modul de prezentare a propunerii* tehnice" conform căreia *„Nu se acceptă o durată de execuție mai mare de 12 luni*", ambele prevăzute în fișa de date a achiziției, Consiliul respinge, ca nefondată, critica formulată de către ..., în condițiile în care se constată că, din oficiu, autoritatea contractantă a remediat această neconcordanță, sens în care a adus la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați Clarificarea ([RFQ0113217/010]CI din oficiu.pdf), ce a fost publicată în SEAP în data de 27.04.2018, ora 16:34, unde s-a specificat clar că *„Durata contractului este ca și Durata de execuție (...), respectiv maxim 12 luni*".

Referitor la solicitarea din fișa de date a achiziției, conform căreia „În situația în care un grup de operatori economici depune o ofertă comună (asociere), fiecare asociat trebuie să prezinte declarația privitoare la respectarea obligațiilor referitoare la condițiile de muncă și protecția muncii. Propunerea tehnică trebuie să cuprindă separat o propunere tehnică pentru investiția de bază și o propunere tehnică privind organizarea de șantier, însoțită de formularele F3, C6-C9", Consiliul constată că, într-adevăr, prin modul de elaborare a cerinței, autoritatea contractantă a creat ambiguitate.

Astfel, în conformitate cu definiția dată de legiuitor, la art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, termenului de *ofertă* care reprezintă *„actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară,* ***propunerea tehnică****, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire",* reiese fără dubiu că un ofertant, indiferent că depune ofertă individuală sau ofertă comună (în asociere cu mai mulți operatori economici), conform art. 53 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, nu poate depune decât o singură propunerea tehnică.

Raportat la cele menționate anterior, reiese în mod clar faptul că exprimarea autorității contractantă a creat o ambiguitate pentru operatorii economici care intenționează să depună ofertă comună (în asociere), susținerile contestatorului conform cărora este imposibilă separarea propunerii tehnice/metodologiei de execuție alese la nivel de asociere de

la organizarea de șantier, tehnologia fiind una singură, la nivel de executant, iar metodologia include și referințe la organizarea de șantier, nefiind necesar a se preciza de executant în mod separat, în cadrul unei alte propuneri tehnice separată de cea de bază, fiind pertinente.

Fără doar și poate, în conținutul propunerii tehnice depuse, ofertantul (cu ofertă individuală sau cu ofertă comună) va respecta toate solicitările autorității contractante în ceea ce privește elementele acesteia (investiția de bază, organizarea de șantier, formularele F3, C6-C9), însă acestea sunt elemente obligatorii ale propunerii tehnice unice care se depune în cadrul procedurii.

În aceste condiții, pentru considerentele anterioare, Consiliul obligă autoritatea contractantă ... la revizuirea cerinței/solicitării, în sensul lămuririi operatorilor economici că este vorba doar despre o singură propunere tehnică, indiferent de faptul că în cadrul procedurii de atribuire se vor depune oferte individuale și/sau oferte comune (în asociere).

Procedând la soluționarea criticilor formulate de ... în referire la unele clauze contractuale, Consiliul are în vedere că, în ceea ce privește aceste clauze din cuprinsul draftului de contract a căror modificare este solicitată de contestator, contractul de achiziție publică este contract administrativ și nu comercial, așa cum acesta este definit la art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016 (contract cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ).

În acest context, având în vedere că prin contractul administrativ administrația publică (sau entitățile asimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general, ceea ce dă administrației posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun şi care consacră puteri sporite în favoarea entităţii publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Acestea sunt de obicei prevăzute în caietul de sarcini, precum şi în actul normativ care reglementează respectivul contract (de exemplu dreptul de denunţare unilaterala a contractului de concesiune a bunurilor proprietate publică de către entitatea publică contractantă atunci când interesul public o cere, în condiţiile OUG nr. 54/2006, clauză care prevede dreptul de control al entităţii publice, clauza care prevede dreptul administraţiei de a modifica unilateral partea reglementară a contractului etc.).

Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului.

În consecință, se reține că și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice. Nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs

dacă nu dorește să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se încadrează și contractele de achiziție publică, în condițiile în care la art. 8 alin. (3) din același act normativ este prevăzut că la soluționarea litigiilor care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Pe de altă parte, se reține că la art. 1350 din Codul civil se prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, respectiva persoană este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu în condițiile legii.

Prin urmare, în ceea ce privește criticile referitoare la art. 12. „Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”-12.1-„*În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15 % din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.*

12.2. - Pentru neînceperea lucrărilor în termenul stabilit de către achizitor de comun acord cu executantul, achizitorul va percepe executantului penalități de 0,15%/zi din valoarea lucrării.

12.3 - În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 zile de la expirarea perioadei convenite, prevăzută la clauza 21.1. atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”, Consiliul determină că solicitarea contestatorului nu este justificată, ... neaducând argumente pertinente care să conducă Consiliul să dispună obligarea autorității contractante la modificarea procentului penalităților solicitate de ..., susținerile acestuia conform cărora ar exista un dezechilibru contractual, motiv pentru care s-ar impune diminuarea procentului de penalități la 0,02% și raportarea acestuia la aceeași bază: „La executant: Valoare Rest de Executat și la Autoritatea Contractantă: Valoare Rest de Plată”, nefiind suficiente și concludente.

Pe de altă parte, Consiliul constată că, în sensul menținerii clauzei în discuție, autoritatea contractantă a argumentat în sensul că sancțiunile privind neîndeplinirea obligațiilor au fost stabilite în același procent, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru executant, iar executantului i s-a dat și posibilitatea sistării lucrărilor în cazul în care aceasta nu plătește la timp lucrările, astfel, nici o parte a contractului nu este vătămată, aspecte considerate de Consiliu ca fiind în concordanță cu principiul proporționalității și cu respectarea unui echilibru contractual între părți, motiv pentru care respinge criticile, ca nefondate.

Aceleași considerații sunt avute în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește clauza de la punctul „15. *Începerea și execuția lucrărilor”,* unde s-a prevăzut că *„*(4*) Executantul are obligația de a prelua amplasamentul, de a semna procesul-verbal de predare-primire și de a*

începe executarea lucrării cel mai târziu la expirarea termenului prevăzut la art. 16.1. alin. (2), sub sancțiunea perceperii de penalități pentru fiecare zi de întârziere în cuantum de 0,15% din valoarea contractului fără TVA", Consiliul neprocedând la obligarea autorității contractante să modifice cuantumul penalităților.

În ceea ce privește critica adusă de contestator în referire la mențiunea „(6) *Neprezentarea executantului în vederea preluării amplasamentului și începerea executării lucrării contractate în termen de 3 zile de la data expirării termenului prevăzut la art. 16.1. alin. (2), atrage rezilierea contractului cu consecința reținerii garanției de bună execuție. Rezilierea intervine de drept fără punere în întârziere și fără a fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități",* în susținerea acesteia contestatorul arătând că se impune obligarea autorității contractante la completarea clauzei cu obligația corelativă a achizitorului de îndeplinire a obligațiilor în sarcina sa, Consiliul respinge critica, în condițiile în care constată faptul că, în susținerea acesteia, nu este indicată, în mod concret, despre ce obligație a achizitorului este vorba, obligație care să poată fi inserată, eventual, în conținutul clauzei în discuție.

Aspectul legat de clauza „18. *Perioada de garanție acordată lucrărilor-18.2 – (1) În perioada de garanție, executantul are obligația, în urma dispoziției date de achizitor, de a executa toate lucrările de modificare, reconstrucție și remediere a viciilor și a altor defecte a căror cauză este nerespectarea clauzelor contractuale într-un termen de ... ore"* a fost tratat anterior în considerente, motiv pentru care nu va mai fi reluat.

Referitor la critica ce vizează clauza *„19.1 - Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de max. 30 zile de la acceptarea facturii de către acesta pe baza situațiilor de lucrări întocmite de executant, verificate și acceptate de achizitor pentru lucrări. Situațiile de lucrări vor fi transmise către achizitor cu adresă de înaintare semnate de executant și RTE-ist, sau în funcție de alocările bugetare, conform reglementarilor în vigoare și rambursărilor primite de la finanțator (MDRAPFE).*

19.2 - Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de max. 28 de zile de la expirarea perioadei de la clauza 19.1., atunci executantul are dreptul de a sista executarea lucrărilor sau de a diminua ritmul execuției. Imediat ce achizitorul își onorează restanța, executantul va relua executarea lucrărilor în termen de max. 2 zile.

19.4 – (3) Plățile parțiale se efectuează, în funcție de alocările bugetare, dar nu influențează responsabilitatea și garanția de bună execuție a executantului; ele nu se consideră, de către achizitor, ca recepție a lucrărilor executate", Consiliul are în vedere argumentele prezentate anterior în considerente, când s-a făcut vorbire despre natura juridică a contractului de achiziție publică ca fiind „contract administrativ" și când s-a argumentat, printre altele, că *„nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se încadrează și contractele de achiziție publică".*

Or, în condițiile în care însăși autoritatea contractantă este condiționată la rândul ei de alocările bugetare, solicitarea contestatorului de eliminare a condiționalității de efectuare a plăților către executant în funcție de alocările bugetare și stabilirea, prin clauză contractuală, a termenului de plată ferm către executant, de 30 de zile de la data emiterii facturii de către acesta din urmă, este excesivă, motiv pentru care Consiliul o respinge ca atare.

Aceleași considerații sunt avute în vedere de către Consiliu, raportat la natura juridică a contractului de achiziție publică, și în ceea ce privește criticile formulate de contestator în referire la clauzele de la art. 26. *„Încetarea și rezilierea contractului”* (*26.1.-Prezentul contract va înceta automat dacă în termen 10 zile de la data emiterii ordinului scris de începere a lucrărilor, executantul nu a demarat execuția contractului în cauză. 26.2. - Prezentul contract va înceta automat dacă nu a generat nicio plată într-o perioadă 60 de zile de la semnarea sa de către părți. Încetarea va opera de plin drept, fără necesitatea vreunei formalități sau intervenția autorităților sau a instanței de judecată. 26.5.-Dacă Achizitorul reziliază Contractul, va fi îndreptățit să recupereze de la executant fără a renunța la celelalte remedii la care este îndreptățit în baza acestuia, orice pierdere sau prejudiciu suferit până la un nivel egal cu valoarea contractului. 26.6.-În cazul rezilierii contractului, achizitorul va întocmi situația lucrărilor efectiv executate, inventarul materialelor, utilajelor și lucrărilor provizorii, după care se vor stabili sumele care urmează să le plătească în conformitate cu prevederile contractului, precum și daunele pe care trebuie să le suporte executantul din vina căruia s-a reziliat contractul. 26.10.-În orice situație în care Achizitorul este îndreptățit la despăgubiri, poate reține aceste despăgubiri din orice sume datorate executantului sau poate executa garanția de bună execuție, în conformitate cu prevederile art. 13) și de la art. 27.2. - În cazul în care erorile substanțiale, neregulile sau frauda, sunt imputabile executantului, Achizitorul poate suplimentar suspendării, să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite, proporțional cu gravitatea erorilor, neregulilor sau fraudei*”, motiv pentru care respinge, ca nefondate, respectivele critici.

În aceste condiții pentru toate considerentele expuse anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, se impune remedierea documentației de atribuire, motiv pentru care Consiliul admite contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ....

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, să remedieze documentația de atribuire conform celor dispuse în considerente și să aducă la cunoștința tuturor celor interesați măsurile de remediere adoptate, prin postarea acestora în SEAP.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile lipsei de interes și a inadmisibilității contestației formulată de către ..., invocate de ....

Admite contestația formulată de către ..., societate în reorganizare judiciară, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., județul ....

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, să remedieze documentația de atribuire conform celor dispuse în considerente și să aducă la cunoștința tuturor celor interesați măsurile de remediere adoptate, prin postarea acestora în SEAP.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 29 (douăzecișinouă) pagini.