

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: 2021

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin SCA "...", cu sediul în ..., ales ca sediu pentru comunicarea tuturor actelor aferente dosarului, împotriva documentației de atribuire elaborată de către ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție a lucrărilor pentru obiectivul de investiții «REABILITARE, MODERNIZARE ȘI EXTINDERE ȘCOALA GIMNAZIALĂ ...»”, cod CPV 45210000-2 Lucrări de construcții de clădiri (Rev.2), anunț de participare .../..., s-au solicitat următoarele:

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

2. obligarea autorității contractante să modifice anunțul de participare, fișa de date și clauzele II.2 și 18.2 din modelul de contract în sensul că este permisă ajustarea prețului contractului cu aplicarea indicelui cost în construcții total (ICC total) publicat de către Institutul National de Statistică în Buletinul Statistic de Preturi în tabelul 15 „Indicii de cost în construcții pe categorii de obiecte și pe elemente de structură”, aplicându-se formula " $P_n = P_c \times (M_n/M_o)$ " (sau cu altă formulă stabilită de Consiliu) unde P_n este prețul situației de lucrări actualizat, P_c este prețul lucrărilor executate ce fac obiectul situației de lucrări conform propunerii financiare, M_n reprezintă ultimul indice de cost în construcții disponibil la data situației de lucrări, iar M_o reprezintă indicele de cost în construcții aferent lunii depunerii ofertei:

- în principal, începând cu prima situație de lucrări;*
- în subsidiar, după împlinirea a 9 luni de la data încheierii contractului;*

3. Obligarea autorității contractante să modifice clauzele III și 5 din modelul de contract după cum urmează:

"Prezentul contract se încheie pe o perioadă de valabilitate de la data semnării de către ambele părți până la recepția finală a lucrărilor. Termenul de execuție a lucrărilor prevăzute la art. II.1 este de 9 luni de la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor."

4. Obligarea autorității contractante să modifice clauza 7 din modelul de contract după cum urmează:

"Execuția lucrărilor începe după constituirea garanției de bună execuție, emiterea ordinului de începere a lucrărilor și predarea amplasamentului liber de orice sarcini".

5. Obligarea autorității contractante să modifice clauza 13.1 din modelul de contract după cum urmează:

"Executantul are obligația de a începe lucrările în termen de 5 zile de la primirea ordinului de începere a lucrărilor și predarea amplasamentului liber de orice sarcini din partea Achizitorului. Achizitorul are obligația de a emite ordinul de începere a lucrărilor și de a preda amplasamentul liber de orice sarcini în termen de maxim 5 zile de la data constituirii garanției de bună execuție de către Executant."

6. Obligarea autorității contractante să modifice clauza 11.1 din modelul de contract după cum urmează:

"În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract, atunci acesta are obligația de a plăti penalități de 0,1% din valoarea lucrărilor executate cu întârziere pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor."

7. Obligarea autorității contractante să modifice clauza 14.1 din modelul de contract după cum urmează:

"Termenul de execuție se prelungește cu perioada necesară în cazul în care intervin motive de întârziere care nu se datorează executantului (volumul sau natura lucrărilor neprevăzute, condițiile climaterice nefavorabile, adaptarea unor soluții tehnice la situația din teren, obținerea unor avize, necesitatea aprobării unor lucrări suplimentare, etc.)"

8. Obligarea autorității contractante să modifice clauza 17.1 din modelul de contract după cum urmează:

"Achizitorul are obligația de a efectua plata în termen de 30 de zile calendaristice de la transmiterea facturii de către executant."

9. Raportat la cele de mai sus:

- în principal, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului să dispună anularea / modificarea clauzelor / cerințelor contestate;

- în subsidiar, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului să oblige autoritatea contractantă:

■ să elimine / modifice clauzele / cerințele contestate si

să publice în SEAP o variantă a documentației având eliminate / modificate aceste clauze / cerințe; precum si în ambele cazuri

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

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

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., ... critică documentația de atribuire elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Execuție a lucrărilor pentru obiectivul de investiții «REABILITARE, MODERNIZARE ȘI EXTINDERE ȘCOALA GIMNAZIALĂ ...»*”, solicitând cele redată în partea introductivă.

Solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire a fost analizată de Consiliu, fiind admisă, prin Încheierea nr. .../.../.../.....2021.

În motivare, în demonstrarea necesității suspendării procedurii de atribuire, contestatoarea face trimitere la dispozițiile art. 22, alin. (1) și art. 23, alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și consideră că această acțiune este „*soluția firească, necesară și deplin justificată*” pentru ca autoritatea contractantă să evite costuri iminente, generate de întocmirea unei noi documentații de atribuire în eventualitatea anulării procedurii, dar și pentru ca operatorii economici interesați să nu fie puși în situația de a depune oferte pentru o procedură asupra căreia planează riscul anulării.

Referitor la cererea de obligarea autorității contractante să modifice anunțul de participare, fișa de date și clauzele II.2 și 18.2 din modelul de contract în sensul că este permisă ajustarea prețului contractului, prin aplicarea formulei: $P_n = P_c \times (M_n/M_o)$ (sau cu altă formulă stabilită de Consiliu) unde P_n este prețul situației de lucrări actualizat, P_c este prețul lucrărilor executate ce fac obiectul situației de lucrări conform propunerii financiare, M_n reprezintă ultimul indice de cost în construcții disponibil la data situației de lucrări, iar M_o reprezintă indicele de cost în construcții aferent lunii depunerii ofertei:

- în principal, începând cu prima situație de lucrări;

- în subsidiar, după împlinirea a 9 luni de la data încheierii contractului”. Această modificare, susține contestatoarea, este necesară, dată fiind evoluția indicelui de cost în construcții total (ICC total) și atașează, în acest sens, extras din informațiile oficiale publicate de Institutul Național de Statistică.

Astfel, având în vedere fluctuația acestui indice, ajustarea solicitată este, în opinia contestatoarei, o măsură de a crește atractivitatea procedurii pentru alți operatori economici, dar mai ales de a evita

imposibilitatea executării contractului în situația în care operatorul economic câștigător nu ar mai putea respecta prețul din cadrul propunerii financiare. În plus, subliniază faptul că această clauză propusă asigură ajustarea prețului atât în sensul creșterii, cât și al descreșterii, protejând ambele părți (executantul și achizitorul). De asemenea, contestatoarea consideră că o clauză de ajustare a prețului cel puțin pentru situația în care durata de execuție se prelungește peste durata inițială de 9 luni, exclude riscul punerii executantului în situația de a executa lucrările într-o perioadă neavută în vedere la data depunerii ofertei, din motive ce nu îi pot fi imputate.

Pe de altă parte, raportându-se la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea 98/2016, precum și cele ale art. 1851 Cod civil, contestatoarea este de părere că, dacă documentația de atribuire nu va asigura o ajustare a prețului în ipoteza în care în perioada de execuție prețurile cresc, expune executantul la efectuarea unor prestații cu titlu gratuit și, astfel, la încălcarea prevederilor legale.

Conform susținerilor contestatoarei, o altă consecință a neajustării prețului, în ipoteza în care prețurile cresc în perioada de execuție, este expunerea executantului la riscul de a suporta cheltuielile directe din profit și chiar de a depăși cota de profit, executând contractul în pierdere, fapt care ar încălca dispozițiile art. 1236 Cod civil.

În continuare, ... solicită și modificarea altor clauze din modelul de contract propus de organizatoarea procedurii, după cum urmează:

- clauzele „III și 5”, considerând că acestea nu fac distincția între perioada de derulare a contractului și durata de execuție a lucrărilor;
- clauza 7, deoarece este neclară și incompletă, întrucât sunt prevăzute două momente de la care începe execuția lucrărilor, dintre care unul este neprecizat;
- clauza 13.1, deoarece este neclară, neprevăzând un termen clar în care executantul are obligația de a începe execuția lucrărilor și nici termenul în care achizitorul are obligația de a emite ordinul de începere a lucrărilor și de a preda amplasamentul;
- clauza 11.1, întrucât este neclară cu privire la baza la care se aplică penalitatea de 0,1%, respectiv dacă se aplică la prețul contractului sau la prețul lucrărilor executate cu întârziere;
- clauza 14.1, ce prevede necesitatea unui acord suplimentar între părți, pentru acordarea unei prelungiri a duratei de execuție în cazul unor întârzieri care nu se datorează executantului, deoarece condiționarea unui drept al executantului, necesar și rezonabil într-un contract de execuție lucrări, este „abuzivă și nejustificată”;
- clauza 17.1, întrucât nu prevede termenul de plată.

Considerând că toate cerințele contestate încalcă limitele dreptului autorității contractante de a fixa clauzele contractului de achiziție publică, contestatoarea arată că:

1. conform dispozițiilor art. 2, lit. c¹) din Legea nr. 554/2004, conform cărora contractul de achiziție publică este asimilat actelor administrative, precum și prevederile art. 2 lit. n) din aceeași lege, iar din jurisprudența ÎCCJ, concluzionează că: *„ar fi fundamental eronată poziția de a introduce anumite clauze doar pentru motivul că nu ar exista o anumită prevedere legală care să interzică o anumită abordare”* și că pot fi introduse clauzele în speță doar în baza unei justificări legale.

2. Autoritatea contractantă nu poate abdica de la principiul proporționalității și cel al asumării răspunderii, prin modul în care fixează clauzele contractuale.

3. În ideea respectării prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să obțină, în cadrul fiecărei proceduri de atribuire, valoarea optimă pentru banii cheltuiți, or, includerea clauzelor contestate poate împiedica un eventual operator economic interesat, care ar avea capacitatea tehnică necesară pentru realizarea proiectului, să răspundă licitației ofertând un preț mai mic.

4. Clauzele au caracter nerezonabil, exced prerogativelor conferite de lege și au potențialul de a elimina din competiție operatori economici ce pot asigura valoarea optimă în schimbul fondurilor publice cheltuite, ducând astfel la încălcarea principiului eficienței.

5. Raportat la dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. b) din Normele metodologice privind Legea 98/2016, se ajunge la concluzia că: *„un ofertant poate propune modificări ale clauzelor fără obligația justificării caracterului nelegal al acestora”, „pe principiul că dacă autoritatea contractantă a avut libertatea de a o stabili, și operatorul economic trebuie să aibă libertatea de a solicita eliminarea ei, cu condiția ca propunerea de modificare să nu fie în mod evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă”*.

În continuare, aprecierea contestatoarei este că autoritatea competentă poate elimina clauzele contestate dacă, în prealabil, este demonstrat caracterul prejudiciabil sau nejustificat al acestora și subliniază că prevederile contractuale contestate nu numai că nu sunt dezavantajoase pentru autoritate, dar contravin și unor prevederi legale, motiv pentru care se impune anularea lor.

În concluzie, arată contestatoarea, *„întrucât clauzele contestate pot fi cenzurate de către Consiliu”, solicită acestuia să dispună admiterea contestației*.

În drept, ... își întemeiază contestația pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 101/2016, precum și pe celelalte prevederi legale menționate în cuprinsul documentului. În probațiune atașează înscrisuri.

Dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă a fost atașată dosarului cauzei.

Prin adresa nr. .../.../.../.....2021, în temeiul art. 61¹, alin. (1) din Legea nr. 101/2016, C.N.S.C. solicită contestatoarei dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 35.000,00 lei.

Prin intermediul adresei nr. 6742/04.11.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../.....2021, ... transmite punctul său de vedere cu privire la solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii prin care declară că, dată fiind prelungirea termenului de depunere a ofertelor ca urmare a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 6737/04.11.2021, *„nu consideră un pericol iminent pentru niciun participant/potențial ofertant participarea la prezenta procedură”*, astfel, nefiind îndeplinite condițiile pentru suspendarea procedurii prevăzute la art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Ca urmare a solicitării Consiliului antementionată, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../.....2021, contestatoarea trimite recipisa de consemnare cu nr. ... din data de 2021, a sumei de 35.000,00 lei, emisă de CEC BANK, Sucursala

Prin punctul de vedere nr. 6803/09.11.2021, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. .../.....2021, ... confirmă înregistrarea contestației pe care o consideră nefondată. Astfel, după ce transmite că, în solicitarea de clarificări adresată autorității contractante în data de 02.11.2021, contestatoarea a identificat și semnalat doar absența fișelor tehnice fără a menționa nimic referitor la contract, aceasta adaugă că modelul de contract propus este un document realizat conform recomandărilor ANAP, care suportă modificări, nefiind, prin urmare, impus.

Ulterior menționării faptului că documentația de atribuire a fost elaborată ținând cont atât de interesul particular al autorității contractante, cât și de principiile, normele și ghidurile aferente legislației în materia achizițiilor publice, ... combate punctual criticile contestatoarei.

Astfel, cu privire la solicitarea de modificare a clauzelor din contract care să permită ajustarea prețului acestuia cu aplicarea indicelui cost în construcții, publicat de INS, organizatoarea procedurii arată că, anterior lansării procedurii, a fost actualizată valoarea devizului general, estimată la nivelul costurilor din ramura construcții, din luna septembrie 2021, ca urmare a apariției și aplicării OUG nr. 93/2021. Prin urmare, consideră ilegală aplicarea simultană a ordonanței 15 și a ordonanței 93 și introducerea formulei de ajustare, atât începând cu prima situație de lucrări, cât și după împlinirea a 9 luni de execuție și precizează că, din aceste motive, clauza 18.2 din modelul de contract prevede că *„Prețul contractului nu se ajustează”*.

În continuare, autoritatea contractantă își exprimă acordul în privința modificării clauzelor III și 5, clauzei 7 și clauzei 13.1, însă, în ceea ce privește clauza 11.1 din modelul de contract, transmite că acesta se va menține în varianta în care a fost formulată în documentația de atribuire.

Referitor la clauza 14.1, organizatoarea procedurii transmite că este de acord cu o eventuală prelungire a termenului de execuție din motive de întârziere care nu se datorează executantului, dar fără a se depăși data de 31.12.2022, dată la care expira contractul de finanțare.

În privința modificării clauzei 17.1, autoritatea contractantă se poziționează în dezacord, motivând că: *„efectuarea plăților către executant este condiționată de decontările efectuate de către MLPD”*, aceasta nedeținând în bugetul local resursele financiare necesare decontării lucrărilor pentru achitarea facturilor.

Pentru solicitările contestatoarei conform cărora Consiliul să dispună anularea/modificarea clauzelor/cerințelor contestate, să oblige ... să elimine/modifice clauzele/cerințele contestate și să publice în SEAP o variantă a documentației având eliminate/modificate aceste clauze/cerințe și, respectiv, să prelungească termenul de depunere a ofertelor, pentru a fi respectate principiile și prevederile Legii nr. 98/2016 (inclusiv prevederile art. 153 și art. 161), autoritatea contractantă precizează că este de acord cu modificarea parțială a clauzelor contractuale așa cum a fost detaliată anterior și că termenul de depunere a ofertelor a fost prelungit prin intermediul răspunsului consolidat postat în SEAP în data de 04.11.2021, la data de 19.11.2021.

Autoritatea contractantă își exprimă, totodată, dezacordul în privința obligării sale la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de contestație, dat fiind faptul că ... *„nu a solicitat nicio clarificare cu privire la modelul de contract propus de AC, ci a făcut contestație direct către Consiliu”*.

În partea de final, organizatoarea procedurii menționează că a precizat foarte clar, în opinia sa, prin documentația de atribuire, care sunt lucrările ce fac obiectul contractului și a acceptat prelungirea cu 3 luni a duratei de execuție, deși avizele au fost deja obținute iar execuția efectivă a lucrărilor solicitate nu presupune un grad de complexitate ridicat. De asemenea, consideră că solicitarea contestatoarei de modificare a clauzelor contractuale este o încercare de a transfera către autoritatea contractantă riscul comercial și cel al unei slabe performanțe în execuția lucrărilor și adaugă că, în cuprinsul fișei de date, se menționează faptul că modelul de contract poate fi completat cu propunerile participanților interesați în perioada premergătoare depunerii ofertelor, așadar, ... putea utiliza aceasta posibilitate.

În concluzie, ... declară că este de acord modificarea parțială a contractului, în cazul punctelor menționate în cuprinsul punctului de vedere, solicitând, în consecință, Consiliului admiterea în parte a contestației și emiterea unei decizii astfel încât să poată derula prezenta procedură de achiziție publică.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, cele ale HG nr. 395/2016, precum și cele ale Legii nr.

101/2016. În probațiune, face trimitere la documentația de atribuire postată în SEAP.

Dovada comunicării către societatea contestatoare a fost atașată.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../.....2021, ... a transmis *Note scrise* referitoare la punctul de vedere al autorității contractante prin intermediul cărora evidențiază solicitările admise și, respectiv, respinse de către aceasta și susține că se impune continuarea judecății cu consecința admiterii contestației.

Referitor la declarația autorității contractante potrivit căreia contestatoarea *"ar fi avut obligația să aleagă calea clarificărilor sau calea propunerii de modificare a clauzelor odată cu depunerea ofertei"*, ... adaugă că alegerea oricăreia dintre aceste variante ar fi condus la depășirea termenului de formulare a contestației, urmând să rămână doar la disponibilitatea organizatoarei procedurii de a admite solicitările adresate prin contestație. În afara faptului că nu există nicio prevedere legală care să o împiedice să recurgă la contestație, emitenta documentului menționează că o parte dintre solicitări implică modificări substanțiale dificil de realizat, chiar și cu manifestarea voinței din partea autorității contractante. Pe de altă parte, întrucât din punctul de vedere reiese faptul că au rămas solicitări ale contestatoarei neacceptate, contestația se dovedește justificată.

Ulterior declarării menținerii solicitării de suspendare a procedurii, contestatoarea reia criticile combătute de către autoritatea contractantă în punctul de vedere și, astfel, declară că actualizarea valorii devizului general la nivelul costurilor din luna septembrie 2021 nu reprezintă un argument pentru respingerea solicitării sale de includere a unei clauze de ajustare. În opinia sa, fluctuațiile de preț fără precedent din domeniul construcțiilor dau dreptul executantului de a primi plata cu o valoare actualizată la prețurile de la data execuției sau a situațiilor de lucrări.

Mai mult, contestatoarea arată că, în afara faptului că solicitarea sa este rezonabilă și asigură un echilibru contractual între părțile contractante, aceasta corespunde unei obligații a autorității contractante prevăzută de lege și indică, în acest sens, art. 6 din OG nr. 15/2021. Arătând că sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de articolul menționat anterior, solicită Consiliului admiterea cererii privind introducerea clauzei de ajustare a prețului.

În continuare, autoarea contestației reiterează solicitarea de modificare a clauzei 11.1 din modelul de contract reluând argumentele prezentate în contestație, iar în privința clauzei 14.1, aceasta solicită înlăturarea limitării impuse de organizatoarea procedurii, în sensul că prelungirea nu poate depăși data de 31.12.2022 și adaugă că *"obligația de asigurare a fondurilor incumbă autorității contractante"*.

În justificarea solicitării de modificare a clauzei 17.1, ... face trimitere la dispozițiile art. 14, lit. a), c) și d), la cele ale art. 7, alin. (1) și, respectiv, art. 6, alin. (1) din Legea nr. 72/2013, arătând că

termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor nu pot depăși 30 zile. Astfel, apreciază refuzul autorității contractante de a modifica această clauză ca fiind nejustificat.

Cu privire la solicitările de la punctul 9 al contestației, autoarea documentului adaugă că acestea „vizează partea procedurală în urma admiterii punctelor anterioare, astfel că Consiliul urmează să dispună în consecință, raportat la soluția aferentă punctelor anterioare”.

Dovada comunicării notelor scrise ale contestatoarei către autoritatea contractantă a fost atașată.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect Execuție a lucrărilor pentru obiectivul de investiții «REABILITARE, MODERNIZARE ȘI EXTINDERE ȘCOALA GIMNAZIALĂ ...», cod CPV 45210000-2 Lucrări de construcții de clădiri (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare .../....

La pct. II.1.5) Valoarea totală estimată din cadrul anunțului de mai sus se precizează 2.318.055,05 lei, fără TVA, iar la punctul II.2.5) criteriul de atribuire indicat este „prețul cel mai scăzut”.

În urma luării la cunoștință a documentației de atribuire, în termenul legal, ... a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând cele redactate în partea introductivă.

Prin încheierea nr. .../.../.../.....2021, Consiliul a dispus: „Admite cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., formulată de către ..., cu sediul în (...), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul (...).”.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Consiliul reține că, în speță, părțile se află în dispută asupra dreptului autorității contractante de a impune, în modelul de contract, publicat în SEAP, a unor clauze contractuale, pe care contestatoarea le consideră ca având *“caracter dezavantajos/disproporționat/sau neclar”*.

Potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *“După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP”*.

Referitor la cererile contestatoarei vizând modificarea unora dintre clauzele contractuale, din modelul de contract, publicat în SEAP, respectiv:

- clauzele de la **art. III** și respectiv **5.** - *Durata contractului*, în sensul: „Prezentul contract se încheie pe o perioadă de valabilitate de la data semnării de către ambele părți până la recepția finală a lucrărilor. Termenul de execuție a lucrărilor prevăzute la art. II.1 este de 9 luni de la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor”;

- clauza **7.** - *Executarea contractului*, în sensul: “Execuția lucrărilor începe după constituirea garanției de bună execuție, emiterea ordinului de începere a lucrărilor și predarea amplasamentului liber de orice sarcini”;

- clauza **13.1** - (1) *Executantul are obligația de a începe lucrările în timpul cel mai scurt posibil de la primirea ordinului în acest sens din partea achizitorului. (se precizează data limită de emitere a ordinului de începere a execuției 5 zile), în sensul: „Executantul are obligația de a începe lucrările în termen de 5 zile de la primirea ordinului de începere a lucrărilor și predarea amplasamentului liber de orice sarcini din partea Achizitorului. Achizitorul are obligația de a emite ordinul de începere a lucrărilor și de a preda amplasamentul liber de orice sarcini în termen de maxim 5 zile de la data constituirii garanției de bună execuție de către Executant.”;*

- clauza 14. – *Întârzierea și sistarea lucrărilor:*

14.1 – *În cazul în care: (...), în sensul: “Termenul de execuție se prelungește cu perioada necesară în cazul în care intervin motive de întârziere care nu se datorează executantului (volumul sau natura lucrărilor neprevăzute, condițiile climaterice nefavorabile, adaptarea unor soluții tehnice la situația din teren, obținerea unor avize, necesitatea aprobării unor lucrări suplimentare, etc.)”;*

Consiliul constată că sunt întemeiate, sens în care are în vedere că autoritatea contractantă a achiesat la cererile de remediere, mai sus menționate, dar nu a publicat în SEAP, nicio informație în acest sens, până la data emiterii prezentei decizii, deoarece procedura de atribuire a fost suspendată, ca urmare a Încheierii nr. .../.../.../.....2021, motiv pentru care va admite aceste cereri, așa cum au fost acceptate de autoritatea contractantă, prin punctul de vedere la contestație, aceste remedieri urmând a fi puse în aplicare în deplin acord cu cele anterior menționate, și a fi publicate în SEAP, conform art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016: “În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.

Având în vedere că în cadrul prezentei proceduri se va atribui un contract de achiziție publică de lucrări, finanțat prin: *"Programul Național de Dezvoltare Locală și bugetul local al comunei ... pentru cheltuielile neeligibile"*, este evident faptul că autoritatea contractantă trebuie să țină cont de prevederile contractului de finanțare, care, așa cum susține aceasta expiră la 31.12.2022, astfel încât remedierea clauzei **14.1** se va face ținând cont de acest termen final, așa cum a fost precizat în punctul de vedere al autorității contractante.

Referitor la cererea contestatoarei de *"obligarea autorității contractante să modifice anunțul de participare, fișa de date și clauzele **II.2** și **18.2** din modelul de contract în sensul că este permisă ajustarea prețului contractului"*, Consiliul constată că este întemeiată.

În speță, Consiliul reține ca fiind relevante dispozițiile art. 6 din Ordonanța nr. 15/30.08.2021 privind reglementarea unor măsuri fiscal-bugetare, potrivit căroră: *"Începând cu data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe, autoritățile/entitățile contractante sunt obligate să introducă clauze de ajustare a prețului în toate documentațiile de atribuire inițiate după data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe, ce au ca obiect contracte de achiziție publică/contracte sectoriale de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni"*.

Or, în acest sens, este de reținut că în prezenta procedură, inițiată în SEAP, prin anunțul de participare simplificat ... din data de ..., urmează să se atribuiască un contract de achiziție publică de lucrări ce are stabilită o durată de execuție de 9 luni, ceea ce face ca acestea să îi fie aplicabile dispozițiile legale mai sus citate, privind clauze de ajustare a prețului. Chiar dacă autoritatea contractantă a susținut faptul că *"anterior lansării procedurii, a fost actualizată valoarea devizului general, estimată la nivelul costurilor din ramura construcției, din luna septembrie 2021, ca urmare a apariției și aplicării OUG nr. 93/2021"*, aceasta nu asigură acoperirea creșterii cheltuielilor cu materialele ce pot interveni pe parcursul derulării contractului, ceea ce se poate realiza doar prin aplicarea indicilor de cost în construcții pentru costul materialelor, denumiți în continuare ICCM, așa cum este prevăzut în Ordonanța nr. 15/2021.

În ce privește cererea contestatoarei de modificarea clauzei **11.1**, din modelul de contract propus, în sensul înlocuirii cu formula: *"În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract, atunci acesta are obligația de a plăti penalități de 0,1% din valoarea lucrărilor executate cu întârziere pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor"*, *"întrucât este neclară cu privire la baza la care se aplică penalitatea de 0,1%, respectiv dacă se aplică la prețul contractului sau la prețul lucrărilor executate cu întârziere"*, Consiliul constată că este neîntemeiată.

În acest sens, este de reținut că, în fapt, clauza **11.1** din modelul de contract publicat în SEAP, este formulată astfel:

"11. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor

11.1 - *În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,1% din prețul contractului aplicată la valoarea obligațiilor neexecutate la termen/executate cu întârziere pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor".*

Or, din întreaga economie a textului de mai sus se înțelege în mod explicit, că penalitățile ce urmează a fi deduse din prețul contractului se calculează prin aplicarea unei cote procentuale de 0,1% la valoarea obligațiilor neexecutate la termen/executate cu întârziere. Astfel, baza la care se aplică penalitatea de 0,1% este exprimată clar, în "valoarea obligațiilor neexecutate la termen/executate cu întârziere pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor", nefiind astfel nevoie de nicio modificare, precum cea solicitată de contestatoare.

Referitor la cererea contestatoarei de modificarea a clauzei **17.1**, în sensul: "Achizitorul are obligația de a efectua plata în termen de 30 de zile calendaristice de la transmiterea facturii de către executant", "întrucât nu prevede termenul de plată", Consiliul constată că este întemeiată.

În acest sens, este de reținut că, în fapt, clauza **17.1** din modelul de contract publicat în SEAP, este formulată astfel:

"17. Modalități de plată

17.1 - *Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta.*

(se precizează termenul de plată de la emiterea facturii și, după caz, graficul de plată 30 zile)".

În sensul celor de mai sus evocate, Consiliul reține și că autoritatea contractantă a motivat respingerea acestei cereri de modificare susținând că: "«efectuarea plăților către executant este condiționată de decontările efectuate de către MLPD», aceasta nedeținând în bugetul local resursele financiare necesare decontării lucrărilor pentru achitarea facturilor", argument fără relevanță, în condițiile în care, în speță sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, potrivit căroră:

"ARTICOLUL 6 Termenul legal de plată

(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei alte cereri echivalente de plată;

ARTICOLUL 7 Termenul contractual de plată

(1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12”.

ARTICOLUL 14 Clauze calificate de lege ca abuzive

Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care:

(...)

d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1)”.

Or, având în vedere prevederile exprese ale Legii nr. 72/2013, mai sus citate, motivarea autorității contractante nu este de acceptat, cu atât mai mult cu cât legiuitorul a precizat că, orice alt termen de plată ce depășește 30 de zile trebuie *”obiectiv justificat”*, în acest sens, nefiind vorba despre o justificare obiectivă a autorității contractante, referitor la ambiguitatea exprimării în ce privește termenul de plată, aceasta putând fi considerată astfel o clauză abuzivă.

Având în vedere aspectele de mai sus, Consiliul va admite cererea contestatoarei mai sus analizată, urmând ca autoritatea contractantă să remedieze/modifice clauza de la pct. **17.1** din modelul de contract în sensul prevăzut de legiuitor la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013.

Privitor la cererea contestatoarei, de *obligare a autorității contractante să prelungească termenul de depunere a ofertelor*, Consiliul o va admite, având în vedere, măsurile de remediere a documentației de atribuire, impuse anterior, coroborate cu dispozițiile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., respectiv cerințele de la punctele 2, 3, 4, 5 și 7, la care autoritatea contractantă a achiesat, în punctul său de vedere, precum și cele de la punctele 1 și 8, la care s-a dispus remedieri, prin publicarea unui anunț de tip erată, conform art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte cereri din cuprinsul contestației.

Va respinge solicitarea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații, ca nedovedită.

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

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., ..., respectiv cerințele de la punctele 2, 3, 4, 5 și 7, la care autoritatea contractantă a achiesat, în punctul său de vedere, precum și cele de la punctele 1 și 8, la care s-au dispus remedieri, prin publicarea unui anunț de tip erată, conform art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Respinge, ca nefondate, celelalte cereri din cuprinsul contestației.

Respinge solicitarea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații, ca nedovedită.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

...

Membru,

...

...

Membru,

...

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... (...) pagini.