



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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SC SRL, cu sediul social în, str., județul, având Cod Unic de Înregistrare RO și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin, împotriva Răspunsului la solicitările de clarificări nr. 25.000/1 din 25.11.2021, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de întreținere/reparații străzi din orașul, cod CPV 45233141-9, de către, cu sediul în localitatea, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- Suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației;

- Modificarea clauzelor acordului contractual și contractului subsecvent tipizate depuse în cadrul procedurii de achiziție, înscrise care vor fi semnate de ofertantul declarat câștigător, sub aspectul modificării:

- Art 4.1. alin 1 din modelul de acord contractual privind ajustarea prețurilor unitare din oferta financiară care trebuie aplicată imediat la fiecare situație de plată și nu începând cu al doilea an al Acordului-cadru.

- Tot la Art 4.1. alin 1 din modelul de acord contractual se menționează o formulă de calcul a ajustării în conformitate cu indicele lucrărilor de construcții comunicat de Institutul Național de Statistică, formulă care nu se aliniează cu formula prevăzută în contractul subsecvent la art 20.3. și nici cu precizările prevăzute la art 20.2 privitoare la faptul că actualizarea se realizează conform legii și instrucțiunilor ANAP, fapt pentru care contestatorul solicită modificarea

art 4.1 alin 1 din acordul contractul și art 20.2 și 20.3 din contractul subsecvent astfel încât în cuprinsul articolelor mai sus precizate să se menționeze dacă ajustarea se realizează conform legii și instrucțiunilor ANAP sau conform indicelui de consum comunicat de Institutul de Statistică și deasemenea atât în acordul contractual cât și în contractul subsecvent să se regăsească aceeași formulă de actualizare, pentru a nu exista confuzii în aplicarea formulei ajustării.

- Art 4.1 alin. 2 din modelul de acord contractual, contestatorul solicită a fi modificat sub aspectul faptului că coeficientul de ajustare câtă vreme se realizează în conformitate cu clauzele acordului contractual, nu mai necesită acceptarea Promitentului - Achizitor, pe baza de act adițional. Astfel, contestatorul apreciază că acceptarea Promitentului - Achizitor trebuie eliminată ca fiind abuziv solicitată, procedura legală fiind încheierea unui act adițional cu coeficientul de ajustare astfel obținut în urma aplicării formulei de ajustare regăsită în cuprinsul acordului contractual, eliminandu-se termenul și procedura de acceptare.

- Art. 4.2. din acordul contractual dar și art 20.4 din contractual subsecvent, contestatorul solicită a fi eliminate, întrucât ambele articole impun ajustarea numai în condițiile în care se constată apariția unei situații imprevizibile și care nu au putut fi prevăzute la data depunerii ofertei sau încheierii acordului contractual, actualizare care va putea fi limitată strict la acoperirea efectelor situației imprevizibile, clauze contractuale care contravin prevederilor OG nr. 15/2021 care are o aplicare imediată a ajustării conform formulei prevăzute în acest act normativ, ajustare care nu se constată de nimeni și nu analizează niciun caz de imprevizibilitate ci doar se aplică ajustarea conform formulei la fiecare situație de plată întocmită.

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra solicitării de suspendare a procedurii de atribuire din cadrul contestației formulate de SC SRL, pe care a respins-o.

Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL reclamă Răspunsul la solicitările de clarificări nr. 25.000/1 din 25.11.2021, apreciindu-l ilegal și netemeinic.

În fapt, contestatorul învederează că a formulat solicitări de clarificări cu privire la clauzele acordului contractual dar și a contractului subsecvent în referire la modalitatea de ajustare a prețului contractului, întrucât întâlnește necorelări de ajustare a prețului, atât în ceea ce privește formula de ajustare cât și în ceea ce privește procedura ce trebuie urmată fie conform legii, fie conform instrucțiunilor ANAP, fie conform indicelui de consum emis de Institutul de Statistică.

Totodată, petentul susține că nu este de acord cu faptul că ajustarea/actualizarea prețului contractului nu este de aplicare imediată, ci după trecereau unei perioade de doi ani de la Acordul Contractual.

În data de 25.11.2021, contestatorul a primit clarificările cu nr. 25.000/1 unde autoritatea contractantă înțelege să modifice modelele de acord contractual și contract subsecvent tot într-o manieră de neconcordanță față de modul de ajustare a prețurilor, limitând actualizarea doar în ceea ce privește cazuri imprevizibile, cu acceptarea acestora și numai după doi ani de la acordul contractual.

În aceste condiții, petentul înțelege să conteste, iar în soluționarea ca admisibilă a prezentei contestații solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele aspecte:

Prin Art. V, pct. 86 din H.G. nr. 419/2018, s-au adus modificări asupra art. 164 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (în continuare „H.G. nr. 395/2016”).

Articolul 164 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, astfel cum acesta a fost modificat prin H.G. nr. 419/2018 stabilește în sarcina autorităților/entităților contractante obligația de a include clauze de ajustare în cazul în care durata de derulare a contractului depășește 24 de luni:

„[...] (8) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 luni.”

Conform prevederilor art. 12 din Legea nr. 98/2016, în cazul procedurilor de licitație deschisă, inițierea achiziției publice se realizează prin transmiterea spre publicare a anunțului de participare.

Astfel, la data inițierii procedurii de achiziție publică, prevederile legale relevante referitoare la clauzele de Revizuire a prețului contractului, sunt cuprinse la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și au următorul conținut:

- *alineatul (1): „Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații:*

a. atunci când modificările, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani și indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de Revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de Revizuire a prețului sau orice alte opțiuni; (...)

e. atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanțiale;”

- *alineatul (2): „în situația prevăzută la alin. (1) lit. a), clauzele de Revizuire precizează obiectul, limitele și natura eventualelor modificări sau opțiuni, precum și condițiile în care se poate recurge la acestea și nu pot stabili modificări sau opțiuni care ar afecta caracterul general al contractului de achiziție publică sau al acordului-cadru.”*

- *alineatul (7): „O modificare a unui contract de achiziție publică/acord-cadru pe perioada de valabilitate este considerată modificare substanțială în sensul alin. (1) lit. e) atunci când este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele condiții:*

a) modificarea introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire inițială, ar fi permis selecția altor candidați decât

cei selectați inițial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată inițial sau ar fi atras și alți participanți la procedura de atribuire;

b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de achiziție publică/acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul de achiziție publică/acordul-cadru inițial;

c) modificarea extinde în mod considerabil obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru;

d) un nou contractant înlocuiește contractantul inițial, în alte cazuri decât cele prevăzute la alin. (11)"

- alineatul (8): „Modificarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru în condițiile prevăzute la alin. (7) nu poate aduce atingere naturii generale a contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru

- alineatul (11): „În sensul prezentului articol, prin natură generală a contractului se înțelege obiectivele principale urmărite de Autoritatea contractantă la realizarea achiziției inițiale, obiectul principal al contractului și drepturile și obligațiile principale ale contractului, inclusiv principalele cerințe de calitate și performanță".

Pentru a se respecta principiul transparenței, art. 28 din H.G. nr. 395/2016 prevedea că atât posibilitatea de Ajustare a prețului, cât și modalitatea concretă de actualizare trebuiau să fie precizate atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens. În cazul în care aceste informații nu erau prezentate în documentația de atribuire și în contract, ajustarea prețului era posibilă numai în cazul apariției unor modificări legislative sau emiterii unor acte administrative având ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

Apariția alin. (8) al art. 164 H.G. 395/2016 marchează consacrarea la nivel normativ a obligației de a include în contractele de achiziție publică încheiate pentru o perioadă mai mare de 24 de luni clauze de Ajustare/Revizuire a prețului, obligația fiind stabilită, prin efectul actului normativ, în sarcina autorităților/entităților contractante.

Pentru a asigura clarificarea înțelesului prevederilor art. 164 din H.G. 395/2016, ulterior modificării H.G. 395/2016 prin H.G. 419/2018, A.N.A.P. a emis Instrucțiunea nr. 2/2018 privind Ajustarea prețului contractului de achiziție publică. Această instrucțiune a fost modificată ulterior prin Instrucțiunea 1/2019, ca mai apoi să apară OG 15/2021.

Din coroborarea prevederilor legale redată mai sus cu prevederile art. 164 alin. (2) și (3) din Anexa la H.G. nr. 395/2016 rezultă că, pentru ajustarea prin revizuire a prețului contractului în temeiul art. 221 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora (cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, precizările OG nr.15/20121) trebuie să fie precizate în mod clar și fără echivoc în cuprinsul clauzelor de revizuire incluse în documentele inițiale ale achiziției și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

Astfel, după cum se prevede la art. 12 alin. (4) din Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 1/2021, ajustarea prețului contractului în baza unei clauze expres prevăzute în documentele achiziției reprezintă expresia unei acțiuni de aplicabilitate directă și nemijlocită a clauzelor contractului, care se realizează în baza prevederilor art. 221 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, având în vedere evoluția indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că a aparut OG nr. 15/2021 privind reglementare unei proceduri fiscale bugetare care este de aplicare imediată și care vine să ajusteze prețul contractelor de achiziție publică conform formulei menționate în acest act normative, fără acceptul autorității contractante la fiecare situație de plată.

Art. 2 (1) Ajustarea prevăzută la art. 1 alin. (1) se realizează la fiecare solicitare de plată, pe întreaga perioadă de derulare a contractului, exclusiv pentru restul rămas de executat la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe, până la finalizarea și recepționarea lucrărilor aferente obiectivelor/ proiectelor de investiții, potrivit prevederilor legale în vigoare la data efectuării recepției, pe baza situațiilor de lucrări însoțite de executant, diriginte de șantier și autoritatea/entitatea contractantă, ca urmare a unei solicitări justificate din partea contractantului. (2) Contractanții justifică solicitarea de ajustare a valorii aferente cheltuielilor cu materialele prin aplicarea indicilor de cost în construcții pentru costul materialelor, denumiți în continuare ICCM, diseminați de către Institutul Național de Statistică și publicați lunar în Buletinul Statistic de Prețuri în tabelul 15 „Indicii de cost în construcții pe categorii de obiecte și pe elemente de structură”. (3) Pentru determinarea valorii aferente cheltuielilor cu materiale din solicitarea de plată se utilizează ponderile materialelor de construcții, exprimate procentual, stabilite în funcție de categoriile principale de lucrări de construcții și de tipurile de obiecte de construcții prevăzute în Buletinul Statistic de Prețuri, prin raportare la obiectul contractului de achiziție publică de lucrări, astfel: a) clădiri rezidențiale noi - 47,31%; b) clădiri nerezidențiale noi - 45,82%; c) construcții inginerești noi - 47,21%; d) clădiri rezidențiale lucrări de reparații capitale - 37,76%; e) clădiri nerezidențiale lucrări de reparații capitale - 42,42%; f) construcții inginerești lucrări de reparații capitale - 33,89%; g) clădiri rezidențiale lucrări de întreținere și reparații curente - 42,82%; h) clădiri nerezidențiale lucrări de întreținere și reparații curente - 46,95%; i) construcții inginerești lucrări de întreținere și reparații curente - 46,82%.

Contestatorul face mențiunea că ajustarea prețului, în schimb, reprezintă un mecanism care combate ruperea echilibrului contractual generată de modificarea condițiilor de cost avute în vedere de către constructor la data întocmirii ofertei sale și care își găsește rațiuni comune cu teoria impreviziunii reglementată, în prezent, de dispozițiile generale ale art. 1271 Cod civil.

În sprijinul concluziei anterioare contestatorul amintește, pe de o parte, că antrepriza de construcții reprezintă un contract comutativ în

cadrul căruia, în accepțiunea art. 1173 Cod civil, drepturile și obligațiile părților sunt certe, iar întinderea lor nu trebuie să depindă de evenimente viitoare care pot crea avantaje semnificative în favoarea uneia sau alteia din părți fără o contraprestație (astfel cum se întâmplă, de exemplu, în cazul contractelor aleatorii precum contractul de asigurare sau jocul și prinsoarea).

Pe de altă parte, prețul contractului de antrepriză nu se determină aleatoriu, ci reprezintă rezultatul însumării unor prețuri unitare care, fiecare în parte, reprezintă o rețetă compusă din suma costurilor estimate de ofertant la data întocmirii ofertei și profitul estimat.

Unele contracte de antrepriză pot avea perioadă de implementare care să depășească 3, 4 ani, iar în cazul construcțiilor, deseori termenele inițiale se dublează. În special din cauza inflației (fără ca deflația să poată fi exclusă), condițiile de cost pot suferi schimbări majore între data întocmirii ofertei și data la care costurile sunt efectiv ocazionate, iar valoarea prețului avut în vedere de părți ajunge să fie astfel esențial modificată.

Pentru acceptarea acestei concluzii, petentul apreciază util să precizeze și că prețul nu se rezumă a fi o simplă sumă de bani, ci reprezintă puterea de cumpărare a unei anumite sume de bani la un anumit moment și raportat la anumite condiții de piață.

În consecința celor mai sus învederate, contestatorul opinează că se impune în mod legal și temeinic, admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. înregistrată la CNSC cu nr. ..., autoritatea contractantă formulează Punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, învederând următoarele:

În fapt, prin contestația formulată aparent împotriva răspunsului la clarificări, se tinde la după expirarea termenului de 10 zile de la publicarea acesteia în SEAP.

I. EXCEPȚIA TARDIVITĂȚII CONTESTAȚIEI

Autoritatea contractantă susține că la data de 18.10.2021, a publicat în SEAP documentația de atribuire a acordului cadru având ca obiect „Lucrări de întreținere reparații străzi în Orașul” - ...

Conform art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul pentru formularea contestațiilor la documentația de atribuire este de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

Autoritatea contractantă precizează că termenul pentru formularea contestațiilor împotriva documentației de atribuire s-a împlinit la data de 28.10.2021.

Se menționează de către Autoritate că modelul de acord cadru și modelul de contract subsecvent, fac parte din documentația de atribuire, fiind aduse la cunoștința potențialilor ofertanți și implicit a contestatoarei la data de 18.10.2021.

În ceea ce privește clauzele modificate, autoritatea contractantă afirmă că acestea au fost aduse la cunoștința contestatoarei prin Răspunsul consolidat din data de 18.11.2021.

Se reține că prin contestația formulată împotriva răspunsului la clarificări nr. 25.000/1 din 25.11.2021, contestatoarea solicită:

- modificarea art. 4.1. din modelul de acord - cadru,
- modificarea art. 20.2. și 20.3 din modelul de contract subsecvent,
- modificarea art. 4.1. alin. 2 din modelul de acord - cadru,
- eliminarea art. 4.2. din modelul de acord cadru și a art. 20.4 din modelul de contract subsecvent.

Clarificările solicitate de contestator au fost următoarele:

Întrebarea numărul 8:

Conform modificărilor operate de către autoritatea contractantă aferent majorării conform O.G. 15/2021, vă rugăm să luați în considerare aplicările acesteia aferent fiecărei situații de plată realizată în urma fiecărui contract subsecvent, deoarece raportarea corectă și concisă aferentă acesteia are o aplicare imediată aferent fiecărei situații de plată.

Mai mult de atât clauza aferentă punctului 4(2) „nu înainte de acceptarea de către Promitentul Achizitor pe bază de act adițional”. Această clauză trebuie eliminată deoarece conform O.G. 15/2021 se solicită aplicarea imediată a ajustării, aceasta reprezentând un act normativ în vigoare, ce nu stă la baza hotărârii Autorității Contractante.

Vă rugăm clarificări.

Mai mult de atât, vă rugăm să ne confirmați faptul că ajustarea conform O.G. 15/2021 are o aplicabilitate imediată, nu începând cu al doilea an al acordului cadru.

Mai mult de atât, ACORDUL CADRU și CONTRACTUL SUBSECVENT trebuie să prevadă aceeași formulă și același conținut aferent ajustării, nu să fie diferite în conținut în legătură și formula de ajutorare.

Vă rugăm clarificări, vă rugăm să modificați în consecință acordul cadru și contractul subsecvent în conformitate cu prevederile legislative în vigoare, așa cum au fost stipulate mai sus, deoarece sunt neconcludente și nu oferă specificațiile și datele conform legislației în vigoare.

Rezultă în opinia Autorității că prin solicitarea de clarificări, contestatorul a urmărit, iar nu simple clarificări.

Pentru a calcula data de la care curge termenul de formulare a contestației, Autoritatea consideră că se impune a verifica data la care contestatorul a luat la cunoștință de conținutul modelelor de contract criticate.

(1) Solicitarea de modificare a Art. 4.1.(1)(2) din modelul de contract

Autoritatea contractantă susține că prin Răspunsul consolidat nr. 25.000 din data de 18.11.2021 au fost modificate prevederile art. 4.1.(1) (2) din modelul de Acord cadru astfel:

4.1. (1) Prețurile unitare din oferta/ofertele financiare ce stau la baza prezentului Acord-Cadru se ajustează începând cu al doilea an al Acordului-Cadru, în conformitate cu indicele lucrărilor de construcții comunicat de către Institutul Național de Statistică pentru luna anterioară lunii în care se va face ajustarea (luna de referință - respectiv 30 zile anterior datei de depunere a ofertelor).

Formula de ajustare este:

$V = V(0) \times C(A)$ în care:

V - reprezintă valoarea ajustată a prețului unitar oferit;

$V(0)$ - reprezintă valoarea prețurilor unitare declarate în propunerea financiară

$C(A)$ - reprezintă coeficientul de ajustare care urmează să fie aplicat (indicele lucrărilor de construcții comunicat de către I.N.S. pentru luna anterioară lunii în care se va face ajustarea).

În orice situație, prețurile unitare pe baza cărora se încheie prezentul Acord nu pot fi majorate decât în măsura strict necesară pentru acoperirea creșterii costurilor pe baza cărora s-au fundamentat prețurile unitare din oferta/ofertele financiare.

(2) Având în vedere că prezentul Acord-Cadru prevede posibilitatea de ajustare a prețurilor unitare iar acesta este încheiat cu mai mulți Promitenți- Executanți și încheierea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției în ceea ce privește prețurile unitare, la reofertare îmbunătățirea prețului se raportează la valoarea actualizată care se obține în urma aplicării coeficienților de ajustare, dar nu înainte de acceptarea de către Promitentul-Achizitor pe bază de act adițional.

(3) Ajustarea prețurilor se va face prin act adițional semnat de către Părți, cu 30 de zile calendaristice înainte de expirarea unui contract subsecvent. Prețurile unitare pe baza cărora se vor încheia contractele subsecvente nu se ajustează.

(4) Prevederile O.G. nr. 15/2021 se aplica contractelor subsecvente Acordului Cadru".

Autoritatea contractantă remarcă faptul că contestatoarea solicită prin contestație tocmai modificarea acestor clauze aduse la cunoștința acesteia în data de 18.11.2021.

Or, în condițiile în care contestatoarea apreciază că aceste clauze sunt vătămătoare, autoritatea consideră că se putea formula contestație până la data de 29.11.2021, contestația depusă la data de 02.12.2021 fiind tardiv formulată.

(2) Solicitarea de eliminare a art. 4.2.

Autoritatea contractantă precizează că Clauza 4.2. din acordul cadru, nu a suferit modificări de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, respectiv la data de 18.10.2021.

În situația în care, contestatoarea s-ar fi considerat vătămată de această clauza contractuală, Autoritatea apreciază că se putea formula contestație până la data de 28.10.2021, context în care, formularea contestației la data de 02.12.2021 este tardivă.

(3) Solicitarea de modificare a art. 20.2 și 20.3 din modelul de contract subsecvent

Autoritatea contractantă arată că Clauza 20.2 în forma contestată a fost adusă la cunoștința potențialilor ofertanți și implicit a contestatoarei, la data de 18.10.2021. În situația în care, contestatoarea s-ar fi considerat vătămată de această clauza contractuală, putea formula contestație până la data de 28.10.2021, astfel că autoritatea opinează că formularea contestației la data de 02.12.2021 este tardivă.

(4) Tardivitatea capetelor de cerere mai sus precizate

Atât sub imperiul vechii reglementări cât și sub imperiul actualei legislații, autoritatea contractantă subliniază că a fost unanim acceptat atât de CNSC cât și de instanțele de judecată, faptul că solicitările de clarificări care urmăresc remedierea unor cerințe din documentația de atribuire nu prelungesc termenul de contestare al documentației de atribuire deoarece ceea ce se atacă în realitate este documentația și nu răspunsul autorității la solicitarea de clarificări.

Se menționează că în una din cauzele Curții de Apel, Curtea a considerat că formularea unei adrese către autoritatea contractantă prin care ofertantul solicită nu îndreptățește partea să nu respecte termenul de contestare al documentației de atribuire, care curge de la data publicării în SEAP. În speță, deși contestatorul a atacat răspunsul autorității la respectiva adresă, în realitate, prin invocarea nerespectării dispozițiilor legale în caietul de sarcini (n.r. în speță, a modelelor de acord cadru și contract subsecvent), acesta a atacat documentația de atribuire cu depășirea termenului legal. "Răspunsul autorității contractante adresat contestatoarei (actul atacat), nu o repune pe aceasta în termenul de contestare a dispozițiilor documentației de atribuire (caietului de sarcini) ce nu au fost modificate (cele criticate) și de care a luat la cunoștință la momentul publicării ei în SEAP, respectiv la 11.03.2010."

În același sens, s-a reținut prin Decizia Curții de Apel nr. 1518/CA/08 septembrie 2010 că „Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (solicitările la clarificări și răspunsurile de clarificări) nu are ca efect, așa cum corect s-a invocat de către Consiliu, prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației".

Dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice explicație privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac a documentației de atribuire, autoritatea contractantă apreciază că s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

II. NETEMEINICIA CONTESTAȚIEI

În situația în care, Consiliul va considera că formularea contestației s-a realizat în termenul statuat de legiuitor, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Consideră Autoritatea că interpretarea clauzelor acordului cadru și respectiv ale contractului subsecvent, au fost greșit interpretate de contestatoare, sens în care aceasta se consideră vătămată.

Pretinsa vătămare a contestatoarei se fundamentează pe o pretinsă greșită aplicare a prevederilor OG nr. 15/2021.

În primul rând, așa cum a expus și M.D.L.P.A. prin Punctul de vedere al direcției de specialitate din cadrul Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației privind aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 15/2021 privind reglementarea unor măsuri fiscal - bugetare la pct. I lit. E:

„Prevederile actului normativ se aplică inclusiv contractelor de achiziție publică/sectorială de lucrări subsecvente acordurilor-cadru, nu și acordurilor – cadru”.

În mod evident, Autoritatea concluzionează că atât timp cât OG nr. 15/2021 își găsește aplicabilitatea exclusiv asupra situațiilor de plată care se întocmesc în baza contractului subsecvent prevederile ordonanței nu se pot aplica acordului cadru.

Se arată că prețurile care stau la baza încheierii acordului cadru, cu consecință directă asupra procedurii de reofertare (privind interdicția de depășire a acestor prețuri) se actualizează în baza art. 221 din Legea nr. 98/2016 (text de lege invocat inclusiv de contestatoare).

Pentru o facilă concluzionare a netemeinicii contestației, autoritatea contractantă analizează punctual fiecare solicitare a contestatoarei:

În ce privește critica: *(1) art. 4.1. alin. 1 din modelul de acord contractual privind ajustarea prețurilor unitare din oferta financiară care trebuie aplicată imediat la fiecare situație de plată și nu începând cu al doilea an al Acordului cadru.*

Autoritatea contractantă reține că contestatoarea nu face distincția dintre prețurile care stau la baza acordului cadru și prețurile care stau la baza contractului subsecvent.

Art. 4.1. alin. 1 prevede că *„prețurile unitare din oferta/ofertele financiare ce stau la baza prezentului Acord-Cadru se ajustează începând cu al doilea an al Acordului-Cadru”.*

Autoritatea contractantă susține că solicitarea contestatoarei este nelegală și fără aplicabilitate practică, având în vedere că niciodată nu se va întocmi o situație de plată în baza prețurilor unitare care stau la baza acordului cadru.

Astfel, în urma încheierii acordului cadru, se va proceda la reluarea competiției prin reofertare în vederea atribuirii contractelor subsecvente.

Prețurile din procedura de reofertare vor sta la baza întocmirii situațiilor de plată.

Așadar, Autoritatea nu înțelege maniera în care dorește contestatoarea ca actualizarea prețurilor din acordul cadru să se realizeze la fiecare situație de plată.

Mai mult, Autoritatea contractantă afirmă că art. 4.1.(1) se coroborează cu art. 4.1.(2) conform căruia:

„Având în vedere că prezentul Acord-Cadru prevede posibilitatea de ajustare a prețurilor unitare iar acesta este încheiat cu mai mulți Promitenți- Executanți și încheierea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției în ceea ce privește prețurile unitare, la reofertare îmbunătățirea prețului se raportează la valoarea actualizată care se obține în urma aplicării coeficienților de ajustare, dar nu înainte de acceptarea de către Promitentul-Achizitor pe bază de act adițional.”

Autoritatea contractantă menționează că interpretarea acestor clauze se face astfel:

Începând cu al doilea an de derulare al acordului cadru, în situația în care se constată creșterea costurilor pe baza cărora s-au fundamentat prețurile care stau la baza acordului cadru, se procedează la actualizarea acestora conform art. 4.1.

Ulterior actualizării, se inițiază procedura de reofertare, iar îmbunătățirea prețurilor se raportează la valoarea actualizată.

Referitor la critica: (2) art. 4.1.(2) din modelul de acord contractual solicităm a fi modificat sub aspectul faptului că ... nu mai necesită acceptarea pe bază de act adițional. Astfel acceptarea promitentului - achizitor trebuie eliminată ca fiind abuziv solicitată, procedura legală fiind încheierea unui act adițional cu coeficientul de ajustare obținut în urma aplicării formulei de ajustare.

Autoritatea contractantă susține că solicitarea contestatoarei este una contradictorie. Încheierea unui act adițional impune consimțământul tuturor părților contractului care se modifică. În acest sens, este precizată sintagma „valoarea actualizată care se obține în urma aplicării coeficienților de ajustare, dar nu înainte de acceptarea de către Promitentul-Achizitor pe bază de act adițional.”

Astfel, discutând de un acord cadru cu 3 ofertanți, Autoritatea contractantă subliniază că, în mod evident, actualizarea prețurilor se va face în mod uniform, prin aplicarea coeficientului de ajustare, pentru toate cele 3 oferte declarate câștigătoare.

Se arată că încheierea actului adițional (deci, exprimarea atât a acordului autorității contractante cât și a ofertanților) este necesară anterior reluării competiției, astfel încât Autoritatea să poată compara ofertele depuse în procedura de reofertare.

Autoritatea contractantă face precizarea că clauzele contractuale sunt clare și previzibile, în sensul aplicării coeficientului de actualizare.

Se menționează de către Autoritate că, în mod evident, încheierea unui act adițional cu coeficientul de ajustare obținut în urma aplicării formulei de ajustare așa cum solicită contestatoarea se va face prin exprimarea acordului de voință atât al ofertanților cât și al autorității contractante. În caz contrar, dacă consimțământul autorității contractante nu ar fi necesar, după cum susține contestatoarea, s-ar ajunge în situația în care ofertantul și-ar reactualiza prețurile în mod arbitrar, cu aplicarea coeficientului de actualizare într-un mod care ar putea conduce la erori aritmetice și pe care autoritatea ar fi obligată să le accepte.

Raportat la critica: (3) eliminarea art. 4.2. din acordul contractual și art. 20.4 din contractul subsecvent... clauze care contravin prevederilor O.G. nr. 15/2021.

Autoritatea contractantă susține că O.G. nr. 15/2021 vizează exclusiv actualizarea prețurilor aferente materialelor, prin aplicarea unui coeficient de ajustare, pentru a ține seama de orice creștere sau diminuare a costului materialelor pe baza căruia s-a fundamentat prețul contractelor.

Așadar, O.G. nr. 15/2021 nu vizează și nu reglementează alte situații de rupere a echilibrului contractual care ar necesita revizuirea prin actualizarea prețurilor.

Cu titlu de exemplu, Autoritatea indică faptul că la situațiile prevăzute de clauzele criticate, sunt precizate și modificările legislative. Astfel, modificarea salariului minim brut pe economie, cu influență directă asupra componentei de cost de manoperă din prețul unitar, nu poate fi modificată în baza O.G. nr. 15/2021. O astfel de modificare legislativă se

poate însă opera în baza acestei clauze contractuale, documentația de atribuire prevăzându-o în mod expres.

Cât privește critica: (4) *clauzele art. 20.2 și 20.3 din modelul de contract subsecvent*

4.1. *Pretinsa necorelare a clauzei 4.1. din acordul cadru cu clauza 20.3. din contractul subsecvent*

Autoritatea contractantă precizează că aceste două clauze nu pot fi identice. Aceasta întrucât:

- art. 4.1. din acordul cadru vizează actualizarea prețurilor care stau la baza acordului contractual, actualizare în baza căreia se va face reofertarea;

- art. 20.3. din contractul subsecvent vizează actualizarea prețurilor aferente materialelor, prețuri care au stat la baza încheierii contractului subsecvent, clauza fiind obligatorie conform O.G. nr. 15/2021.

și critica: 4.2. *Clauzele 20.2. și 20.3. din contractul subsecvent - dacă ajustarea se realizează conform legii și instrucțiunilor ANAP sau conform indicelui de consum comunicat de INS*

Autoritatea contractantă precizează că clauzele 20.2. și 20.3. vizează situații distincte de actualizare a prețurilor contractului subsecvent.

Astfel, așa cum a arătat anterior autoritatea contractantă, clauza 20.3. reglementează maniera de actualizare a prețurilor la materiale conform formulei impusă de O.G. nr. 15/2021.

Clauza 20.2. reglementează posibilitatea de ajustare a prețurilor, altele decât cele cu materialele, care actualizare se va realiza în baza Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și instrucțiunile ANAP în vigoare, sau în baza legilor, hotărârilor sau ordonanțelor care reglementează actualizări de prețuri.

Altfel spus, autoritatea contractantă dă dovadă de previzibilitate și introduce în documentația de atribuire posibilitatea modificării contractului subsecvent în situația apariției unor situații imprevizibile care nu sunt acoperite de prevederile O.G. nr. 15/2021.

Concluzionând, autoritatea contractantă susține că din argumentele anterior expuse rezultă tardivitatea contestației.

În situația în care excepția tardivității va fi respinsă, autoritatea solicită Consiliului să constate netemeinicia contestației.

Se reține că raționamentul contestatoarei constă în aceea că, ajustarea prețurilor se poate realiza exclusiv în baza O.G. nr. 15/2021, însă, autoritatea consideră că o atare interpretare este în mod cert în dezavantajul ofertanților.

Contrar celor susținute de contestatoare, autoritatea contractantă apreciază că nu a limitat posibilitatea de ajustare a prețurilor ci, dimpotrivă, a reglementat toate situațiile posibile în care ar surveni necesitatea ajustării prețului (în toate componentele sale - manoperă, utilaj, transport).

În final, autoritatea contractantă precizează că se impune a se constata că, niciuna din clauzele contractuale care permit ajustarea prețului nu o exclude pe alta.

În baza raționamentului juridic expus în cuprinsul prezentei, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate netemeinicia contestației formulate de S.C. S.R.L., urmând ca prin decizia pe care o va pronunța, să respingă contestația.

Prin adresa nr. Consiliul a pus în discuție contestatorului excepția privind tardivitatea contestației invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

Cu adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr., SC SRL depune Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, precizând următoarele:

Față de excepția tardivității ridicată de autoritatea contractantă, contestatorul solicită Consiliului să o respingă ca netemeinică și nelegală.

Conform art. 2 din Legea nr. 101/2016 care prevede:

Articolul 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,

orice persoană care se consideră vătămată într-un act al autorității contractante poate solicita recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim.

Conform Art. 3, alin. 1 lit a) din Legea nr. 101/2016

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune 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 unei proceduri de atribuire

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că contestația nu a fost formulată împotriva documentației de atribuire, ci împotriva clarificărilor autorității contractante nr. 25.000/1 din 25.11.2021, întrucât răspunsul primit este nelegal și netemeinic față de solicitările de clarificări înaintate.

Se menționează de către petent că, în calitatea sa de viitor ofertant la procedura de atribuire, nu este obligat ca de fiecare dată când documentația nu este corespunzător realizată să o conteste.

Consideră petentul că o cale mai ușoară este aceea lăsată la atitudinea părților, fiind mult mai simplu ca astfel de nereguli să fie soluționate pe calea unor solicitări de clarificări.

Ori în situația în care părțile nu se înțeleg, contestatorul susține că în calitate de viitor participant la procedura de achiziție are dreptul legal de a contesta orice act al autorității contractante, documentația de atribuire nefiind singurul act al autorității contractante din cadrul unei procedurii de achiziție publică.

În aceste condiții, petentul consideră în mod cu totul intemeiat și legal că contestația formulată nu poate fi respinsă ca tardivă câtă vreme din cuprinsul acesteia rezultă că contestă răspunsul la solicitarea de

clarificări, ca un act al autorității contractante, și nu documentația de atribuire.

Față de modul de ajustare a acordului cadru și al contractului subsecvent, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere toate considerentele din contestația formulată, fără a le mai reitera, să constate faptul că articolele privitoare la ajustarea prețului din acordul contractual nu se alinează cu modalitatea de ajustare din contractul subsecvent, astfel încât în viitor ne vom afla în situația în care nu se va ști în mod clar ce formulă de calcul se va aplica.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să facă aplicabile prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 prin care legiuitorul a avut în vedere faptul că documentația de atribuire trebuie să conțină toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare al procedurii.

Totodată, contestatorul solicită Consiliului să analizeze contestația formulată sub lumina noilor modificări legislative respectiv apariția OG 15/2021, care reprezintă acele condiții prevăzute de art 28 din HG 395/2016 în urma cărora s-a constatat o creștere bruscă și continuă a prețurilor care au efect direct asupra costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul ofertei.

Tocmai din acest punct de vedere, contestatorul apreciază că se impune prin noul act normativ, o formulă, anumiți indici bine stabiliți și o aplicare imediată la fiecare situație de plată, precum și obligarea autorității contractante să ajusteze prețul contractului prin încheierea unor acte adiționale, fără a li se permite acestora acceptul/permisiunea ci doar aplicarea OG nr. 15/2021.

„HG nr. 395/2016

ART. 28 (1) 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 elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

(4) Lipsa, modificarea sau completarea informațiilor/clauzelor determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(7) Modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepția cazului prevăzut la alin. (5)".

În atare situație, contestatorul nu înțelege de ce autoritatea contractantă, Orașul, nu poate să se alinieze noilor reglementări,

sau să propună o ajustare concludentă și precisă ci înțelege să prezinte mai multe formule de ajustare, o dată menționează OG nr. 15/2021 ca mai apoi să vorbească de indicii de la statistică, care sunt alții decât cei impuși de OG nr.15/2021.

În acest context, petentul solicită Consiliului să analizeze toate considerentele atât din contestația formulată cât și din prezentul punct de vedere și să dispună în consecință admiterea contestației, astfel încât să nu existe niciun dubiu în ajustarea prețurilor.

Cu adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. ... contestatorul formulează *Note de ședință* prin care solicită Consiliului ca în soluționarea prezentei contestații să aibă în vedere prevederile OG nr. 15/2021 modificată prin Legea 281 din 2 decembrie 2021, care prevede cu titlu imperativ, separat de orice atitudine a autorității contractante faptul că:

Articolul 7(1) Prevederile prezentei ordonanțe se aplică și contractelor de achiziție publică/sectorială/de concesiune/ acordurilor-cadru de lucrări pentru care procedurile de atribuire sunt în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe, indiferent de stadiul derulării procedurii de atribuire.

(2) După finalizarea procedurilor prevăzute la alin. (1), contractele de achiziție publică/sectorială/de concesiune/ acordurile-cadru de lucrări care se vor încheia vor include, în mod obligatoriu, clauza de ajustare a prețului stabilită potrivit prevederilor prezentei ordonanțe.

(3) Prin excepție de la prevederile art. 1 alin. (2) lit. b) și c), prevederile prezentei ordonanțe se aplică și contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale/contractelor de concesiune/acorduri lor-cadru de lucrări aflate în derulare, indiferent de durata de execuție a acestora, în cuprinsul cărora și al documentațiilor de atribuire inițiale au fost prevăzute clauze de revizuire a prețului, dar pentru care este prevăzută în contracte aplicarea după trecerea unei anumite perioade de la data încheierii acestora și/sau îndeplinirea anumitor condiții pentru aplicarea acestora, după caz, pe perioada cuprinsă între data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe și data la care se împlinește termenul începând cu care se aplică clauza de revizuire și/sau intervine împlinirea condițiilor, după caz, exclusiv pentru restul rămas de executat la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe.

Față de aceste clauze normative cu caracter obligatoriu pentru orice contract de achiziție publică/acord-cadru fie și pentru procedurile ce sunt în curs de desfășurare, contestatorul solicită admiterea contestației formulate astfel încât modelul de acord cadru și contract să se alinieze prevederilor Ordonanței 15/2015 modificată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de întreținere/reparații străzi din orașul", cod CPV 45233141-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr., criteriul de atribuire

stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 06.12.2021.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr.

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra solicitării de suspendare a procedurii de atribuire din cadrul contestației formulate de SC SRL, pe care a respins-o ca rămasă fără obiect.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, va fi analizată cu prioritate excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge. Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare începe să curgă din momentul luării la cunoștință a actului considerat nelegal, act care potrivit celor regăsite în contestație, este răspunsul la clarificări nr. 25.000/1 din 25.11.2021.

Raportat la data luării la cunoștință a actului atacat, respectiv 25.11.2021, contestația înaintată la CNSC la data de 02.12.2021 respectă termenul de 10 zile prevăzut de legiuitor la art. 8 din Legea nr. 101/2016, pentru întreprinderea unui astfel de demers.

Pe fond, Consiliul reține că prin contestația înaintată, SC SRL contestă răspunsul la solicitările de clarificări nr. 25.000/1 din 25.11.2021, apreciindu-l nelegal și netemeinic și solicită modificarea clauzelor acordului contractual și contractului subsecvent depuse în cadrul procedurii de achiziție, sub următoarele aspecte:

- modificarea art. 4.1. alin. 1 din modelul de acord - contractual privind ajustarea prețurilor unitare din oferta financiară în corelare cu art 20.3. și art 20.2. din contractul subsecvent,
- modificarea art. 4.1 alin. 2 din modelul de acord - contractual, sub aspectul coeficientului de ajustare,
- eliminarea art. 4.2. din acordul - contractual și art 20.4 din contractul subsecvent.

Se reține că în data de 25.11.2021, contestatorul a primit răspunsul consolidat nr. 25.000/1, în cuprinsul căruia autoritatea contractantă răspunde la întrebările adresate de operatorii economici, cu privire la o serie de clauze ale acordului contractual și contractului subsecvent.

În mod eronat SC SRL susține că „nu a formulat contestația împotriva documentației de atribuire, ci împotriva clarificărilor nr. 25.000/1 din 25.11.2021”, deoarece doar în mod aparent contestația este îndreptată împotriva răspunsului la clarificări, dar în fapt se dorește clar după expirarea termenului de 10 zile de la publicarea acesteia în SEAP.

Având în vedere natura acestui act al autorității contractante, respectiv răspuns la clarificările solicitate de operatorii economici interesați să participe la procedură, în analiza legalității acestei adrese Consiliul reține prevederile art. 160 al Legii nr. 98/2016, conform căruia:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de

atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare”.

Așa cum se observă din textul citat, raportat la conținutul documentației de atribuire, înainte de etapa depunerii ofertelor orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare, legiuitorul stabilind în sarcina autorității contractante să răspundă în mod clar și complet acestora, în termenul stabilit, să publice răspunsurile însoțite de întrebările aferente și să ia măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

De asemenea, Consiliul constată că întreaga motivare a contestației nu conduce la concluzia că autorul acesteia ar reclama răspunsul autorității contractante nr. 25.000/1 din 25.11.2021 pentru încălcarea prevederilor legale ce reglementează emiterea lui ci, așa cum a fost formulat obiectul contestației, rezultă că, în fapt, remedierile solicitate vizează însuși conținutul documentației de atribuire.

Modelul de acord cadru și modelul de contract subsecvent, reclamate de contestator fac parte din documentația de atribuire fiind aduse la cunoștința potențialilor ofertanți și implicit a contestatoarei la data de 18.10.2021.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de modificare a art. 4.1. alin. 1 și alin. 2 din modelul de contract, se reține că anterior, prin răspunsul consolidat nr. 25.000 din data de 18.11.2021, au fost modificate prevederile inițiale din modelul de acord contractual, astfel:

4.1. (1) Prețurile unitare din oferta/ofertele financiare ce stau la baza prezentului Acord-Cadru se ajustează începând cu al doilea an al Acordului-Cadru, în conformitate cu indicele lucrărilor de construcții comunicat de către Institutul Național de Statistică pentru luna anterioară lunii în care se va face ajustarea (luna de referință - respectiv 30 zile anterior datei de depunere a ofertelor).

Formula de ajustare este:

$V = V(0) \times C(A)$ în care:

V - reprezintă valoarea ajustată a prețului unitar ofertat;

V(0) - reprezintă valoarea prețurilor unitare declarate în propunerea financiară

C (A) - reprezintă coeficientul de ajustare care urmează să fie aplicat (indicele lucrărilor de construcții comunicat de către I.N.S. pentru luna anterioară lunii în care se va face ajustarea).

În orice situație, prețurile unitare pe baza cărora se încheie prezentul Acord nu pot fi majorate decât în măsura strict necesară pentru acoperirea creșterii costurilor pe baza cărora s-au fundamentat prețurile unitare din oferta/oferte financiare.

(2) Având în vedere că prezentul Acord-Cadru prevede posibilitatea de ajustare a prețurilor unitare iar acesta este încheiat cu mai mulți Promitenți - Executanți și încheierea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției în ceea ce privește prețurile unitare, la reofertare îmbunătățirea prețului se raportează la valoarea actualizată care se obține în urma aplicării coeficienților de ajustare, dar nu înainte de acceptarea de către Promitentul-Achizitor pe bază de act adițional.

(3) Ajustarea prețurilor se va face prin act adițional semnat de către Părți, cu 30 de zile calendaristice înainte de expirarea unui contract subsecvent. Prețurile unitare pe baza cărora se vor încheia contractele subsecvente nu se ajustează.

(4) Prevederile O.G. nr. 15/2021 se aplica contractelor subsecvente Acordului Cadru".

Ori, SC SRL solicită prin contestație tocmai modificarea acestor clauze ce i-au fost aduse la cunoștință încă din în data de 18.11.2021, la acest moment criticile fiind tardive.

În ceea ce privește art. 4.2. din acordul cadru și art. 20.4 din contractul subsecvent, se reține că acestea nu au suferit niciun fel de modificări de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, (18.10.2021).

Consiliul apreciază că aspectele de nelegalitate invocate de contestator nu sunt o consecință a informațiilor comunicate prin actul atacat, ci a modului în care autoritatea contractantă a stabilit conținutul documentației de atribuire.

Prin contestație, autorul acesteia reclamă aspecte care sunt incidente documentației de atribuire și unei clarificări anterioare, din data de 18.11.2021, iar nu răspunsului la clarificări din data de 25.11.2021.

Operatorul economic cunoștea condițiile, pe care acum le critică, încă de la data publicării documentației de atribuire, și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a o ataca în termenul legal, dacă dorea revizuirea acesteia. Purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta nu modifică informațiile care îl nemulțumesc pe contestator) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauze ale documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit.

Desigur, dacă actul vătămător este răspunsul la clarificări primit de la autoritatea contractantă, termenul de contestare a lui curge, evident, de la primirea lui. Însă, așa cum s-a arătat mai sus, în speța dedusă

judecății, răspunsurile oferite de autoritatea contractantă nu au fost în măsură să schimbe condițiile stabilite, drept care nu se poate reține un comportament nelegal al autorității din această perspectivă.

Totodată, Consiliul reține că legislația în vigoare în materia achizițiilor publice nu conține vreo dispoziție expresă care să interzică dreptul autorității contractante de a-și remedia propria documentație, însă, acest drept al autorității contractante nu poate fi transformat de către potențialii ofertanți, într-o obligație de modificare a documentelor achiziției, astfel că, atunci când aceștia apreciază că anumite cerințe/ condiții sunt restrictive/discriminatorii și se impune modificarea, completarea sau eliminarea lor, o asemenea finalitate nu poate fi atinsă prin apelarea la instituția clarificărilor și lămuririlor la documentație, așa cum este aceasta reglementată de legiuitor la art. 160 din Legea nr. 98/2016, ci prin cea a remedierilor, astfel cum este aceasta prevăzută de Legea nr. 101/2016.

Referitor la critica contestatorului privind pretinsa necorelare a clauzei 4.1. din acordul cadru cu clauzele 20.2 și 20.3. din contractul subsecvent, aceasta este apreciată de către Consiliu ca nefondată, întrucât art. 4.1. din acordul cadru vizează actualizarea prețurilor care stau la baza acordului contractual, actualizare în baza căreia se va face reofertarea, în timp ce art. 20.3. din contractul subsecvent vizează actualizarea prețurilor aferente materialelor, prețuri care au stat la baza încheierii contractului subsecvent, clauza fiind obligatorie conform O.G. nr. 15/2021.

Strict formal, din perspectiva actului atacat, respectiv răspunsul consolidat nr. 25.000/1 din 25.11.2021 emis de autoritatea contractantă, contestatorul a formulat în termenul legal contestația. Analizarea conținutului actului atacat, însă conduce la concluzia că formularea unor critici referitoare la acesta sunt în marea lor majoritate tardive, pentru motivele mai sus menționate, doar critica referitoare la necorelarea clauzei 4.1. din acordul cadru cu clauzele 20.2 și 20.3. din contractul subsecvent fiind apreciată de Consiliu ca nefondată.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

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