



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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. 776/C1/522

Data: 15.04.2021

Prin contestația din data 08.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 11470/09.03.2021, formulată de SC ... SA, cu sediul în, str. ..., județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată convențional prin avocat, cu adresa de comunicare a tuturor actelor procedurii în municipiul ..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare și reabilitare drum județean ..., km 0+000 - km 42+000» în cadrul proiectului SMIS 125105” – cod CPV 45233120-6, s-a solicitat admiterea prezentei contestații și, pe cale de consecință:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a prevederilor nelegale din documentația de atribuire - i.e., sub-clauza 48.3 teza a II- a din acordul contractual, parte din contractul publicat prin documentația de atribuire;

- obligarea autorității contractante la prin clarificarea aspectelor legate de valabilitatea autorizației de construire;

- obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu minim 20 zile de la data rămânerii definitive a deciziei ce se va pronunța;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016

în drept: art. 8, art. 10 din Legea 101/2016 și pe toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia, precum și principiile în care își are sediul materia.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul critică documentația de atribuire, pentru următoarele motive:

1. Nelegalitatea sub-clauzei 48.3 teza a II-a din acordul contractual, sub aspectul momentului începând cu care executantul se poate prevala de dreptul de a aplica ajustarea prețului, care stipulează că: „Ajustarea preturilor se va face după 12 luni de la Data de Referință”.

Data de referință este definită în sub-clauza 1.1. lit. o) din contract ca fiind: „Data anterioară cu 30 de zile față de termenul-limită de depunere a Ofertelor”.

În speță, termenul-limită pentru depunerea ofertelor este 30.03.2021, așa încât data de referință este 01.03.2021.

Potrivit sub-clauzei 48.3 din Condițiile generale ale contractului: „(...) se va considera că prețurile din Oferta Antreprenorului au fost stabilite în baza condițiilor de prețuri și piață în vigoare la Data de Referință și sumele plătibile Antreprenorului vor fi ajustate pentru 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”.

Așadar, în economia actuală a contractului, se consideră că oferta executantului se elaborează în baza condițiilor de preț de la data de referință - 01.03.2021, sumele plătibile executantului putând a fi ajustate abia după un an de la această dată - 01.03.2022, perspectivă care vine în contradicție cu prevederile art. 50.1. lit. b) din Anexa 2 a HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, potrivit cărora:

„După Data de Începere, lunar, Antreprenorul va transmite Supervisorului, în patru exemplare, Situația de Lucrări în care va prezenta detaliat sumele la care Antreprenorul se consideră îndreptățit, împreună cu documentele justificative.

Situația de lucrări va cuprinde: (b) sume de adăugat sau de scăzut pentru ajustarea prețurilor în conformitate cu prevederile clauzei 48 [Ajustarea prețurilor]”.

Din prevederea mai sus invocată, rezultă că executantul este îndreptățit la ajustare încă de la prima lună de decontare a cheltuielilor efectuate pentru executarea lucrărilor, din moment ce situația de lucrări trebuie să cuprindă sumele de adăugat sau de scăzut pentru ajustare, lunar, după data de începere.

În aceste condiții, sub-clauza 48.3 teza a II-a din acordul contractual care nu permite executantului să ajusteze prețul decât după un an de la data de referință este nelegală.

Într-adevăr, autoritatea contractantă nu este obligată să recunoască prin contract dreptul la ajustarea prețului, astfel cum reiese din art. 48.3 din Anexa 2 a HG nr. 1/2018, potrivit căruia: „Cu excepția cazului în care

este prevăzut altfel în Acordul Contractual, (...) sumele plătibile Antreprenorului vor fi ajustate (...)", dar, odată prevăzut prin fișa de date și prin contract acest drept, aceasta nu are dreptul să modifice data de la care ajustarea poate fi aplicată, prevederile art. 50.1. lit. b) din Anexa 2 a HG nr. 1/2018 având un caracter imperativ.

O interpretare contrară ar nega însăși scopul ajustării prețului, care este acela de a combate ruperea echilibrului contractual generată de modificarea condițiilor de cost avute în vedere de către executant la data întocmirii ofertei.

Este nelegală conduita autorității contractante de a permite ajustarea abia după un an de la data de referință, câtă vreme condițiile de cost pot suferi oricând modificări în perioada dintre data întocmirii ofertei și data la care costurile sunt efectiv ocazionate. Nu este obligatoriu să treacă o perioadă de timp mai îndelungată între cele două date de referință pentru ca valoarea prețului avut în vedere inițial de părți să ajungă să fie modificată (această afirmație este cu atât mai adevărată în contextul actual al pandemiei generate de coronavirus, caracterizat prin inflație și instabilitate economică).

Limitarea exercitării dreptului la ajustarea prețului prevăzută de sub-clauza 48.3 teza a II-a din acordul contractual este de natură să încalce și principiul proporționalității, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, întrucât depășește limitele a ceea ce era adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite de autoritatea contractantă.

Amânarea aplicării ajustării prețului la un an de la data de referință creează executantului inconveniente disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Mai mult decât atât, o astfel de modificare la nivelul acordului contractual nu este posibilă din punct de vedere legal, având în vedere că în conformitate cu HG nr. 1/2018, beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze condiții speciale numai cu privire la sub clauze și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul din HG nr. 1/2018, orice altă condiție specială fiind nulă.

Astfel, în condițiile în care sub-clauza 48.3 nu este enumerată în lista condițiilor care pot fi modificate prin condițiile speciale, modificarea acestora prin acordul contractual este nelegală.

2. Lipsa de transparență a documentației de atribuire sub aspectul valabilității autorizației de construire

Sectorul de drum relevant ..., km 0+000 - km 42+000 a mai făcut obiectul unei proceduri de atribuire în trecut, prezenta procedură de atribuire vizând, practic, actualizarea/completarea proiectului inițial. În esență, executantul va avea de executat lucrările care nu au fost terminate de către constructorul căruia i-a fost atribuit contractul în cadrul procedurii de atribuire anterioare.

Astfel, documentația de atribuire are la bază proiectul tehnic de execuție elaborat de către asocieria ..., prin proiectantul SC ... SRL, în anul 2016, și expertiza elaborată de SC ... SA în anul 2020. În baza

proiectului inițial, pentru executarea lucrărilor aferente sectorului de drum relevant, a fost eliberată autorizația de construire nr. 455/20.12.2017. Conform art. 7 alin. (5) din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, autorizația de construire rămâne valabilă până la finalizarea lucrărilor începute pe perioada sa de valabilitate.

În speță, conform caietului de sarcini, *„proiectul tehnic întocmit de către Asociera mai sus menționată, în anul 2016 a făcut obiectul unei expertizări, fiind efectuate modificări pentru anumite categorii de lucrări și materiale față de cele cuprinse în DAL1 din anul 2010, dar și datorită situației existente din teren. (...) Astfel s-a considerat oportun introducerea unor clase de betoane, cu consecința suplimentării valorii contractului subsecvent de proiectare și execuție.*

(...) Ulterior Consiliul Județean a contractat realizarea unei expertize asupra proiectului care a stat la baza execuției lucrărilor, expertizarea tehnică a lucrărilor executate precum și a lucrărilor rămase de executat conform Proiectului Tehnic (PT) licitat”.

În Caietul de sarcini se menționează că activitățile de realizat, conform acestor specificații, se referă la realizarea lucrărilor rest de executat, proiectarea soluțiilor de remediere a lucrărilor neconforme, precum și a celor de remediere, conform expertizei tehnice.

Documentația de atribuire este, însă, neclară sub aspectul scenariului în care se va dovedi necesar să fie proiectate lucrări noi sau reproiectate lucrări deja acoperite de autorizația de construire nr. 455/20.12.2017. Este evident faptul că un asemenea scenariu este foarte probabil să apară în condițiile în care proiectarea lucrărilor rest de executat, precum și proiectarea soluțiilor de remediere a lucrărilor neconforme pot conduce la necesitatea emiterii unei noi autorizații de construire, ceea ce ar presupune reluarea procedurilor de avizare prevăzute de lege precum și/sau modificări ale condițiilor care au stat la baza emiterii acestora.

Este relevant că, în conformitate cu art. 67 - Schimbarea soluțiilor tehnice din proiect pe parcursul execuției din Norma metodologică de aplicare a Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții din 12.10.2009, o astfel de ipoteză ar conduce la serioase probleme și întâzieri în execuția contractului supus atribuirii în prezenta procedură. Cu toate acestea, documentația de atribuire nu cuprinde absolut niciun element referitor la aceasta, iar, sub acest aspect, se impune clarificarea documentației și completarea în mod corespunzător a acesteia.

Din această perspectivă, documentația de atribuire încalcă principiul transparenței, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu reglementează efectele care s-ar produce în situația mai sus menționată, ceea ce este de natură să îl prejudicieze pe executant, care s-ar putea afla într-o imposibilitate de finalizare a proiectului.

Din economia dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 și 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 rezultă că autoritatea contractantă are obligația ca, la elaborarea documentației de atribuire, să aducă, în mod transparent, la cunoștința operatorilor economici interesați toate informațiile necesare elaborării ofertelor.

Astfel, în absența unei informări complete și corecte a operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire, în privința cerințelor necesar a fi respectate, are loc o încălcare a principiului transparenței, dar și a principiului egalității de tratament, care includ, în principal, o obligație de transparență a autorității contractante, care presupune ca toate elementele luate în considerare pentru identificarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic și importanța relativă a acestora trebuie să fie cunoscute de ofertanți la momentul pregătirii ofertelor proprii.

În speță, documentația de atribuire conține reguli neclare și prevederi nelegale ceea ce conduce la încălcarea principiilor mai sus menționate, iar singura remediare posibilă constă în publicarea unei documentații corecte, complete și clare, astfel încât operatorii economici interesați să fie în măsură să evalueze în mod corect premisele pe care își vor forma ofertele.

Având în vedere că data limită pentru depunerea ofertelor este data de 30.03.2021, iar până la acea dată, cel mai probabil, organul jurisdicțional CNSC nu va putea emite o decizie cu privire la contestație și nici o eventuală încheiere asupra suspendării procedurii de atribuire, contestatorul solicită să se ia în considerare faptul că operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire ar putea depune oferte în condițiile actualei documentații de atribuire, în timp ce alții ar putea alege să nu depună oferte, având în vedere caracterul nelegal al documentației.

Așadar, în opinia contestatorului, continuarea procedurii de atribuire în condițiile actuale ale documentației de atribuire ar conduce la încălcarea unor norme legale imperative, care obligă autoritățile contractante să elaboreze documentații de atribuire legale, clare și transparente, și care nu pot remedia decât prin reluarea procedurii de atribuire în condiții de perfectă legalitate. Orice conduită contrară este de natură să denatureze scopul și rezultatul procedurii de atribuire, fiind încălcate principiile aplicabile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică.

În plus, precizează contestatorul, în măsura în care prin decizia CNSC sau, după caz, a instanței de judecată, prezenta contestație ar fi admisă, evaluarea ofertelor deja depuse nu ar mai avea nicio relevanță, iar din acest motiv, se impune măsura anulării procedurii de atribuire, având în vedere prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa din data de 11.03.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 12454/12.03.2021, SC ... SA a depus originalul recipisei de consemnare a

cauțiunii nr. 1 din data de 10.03.2021, emisă de Raiffeisen Bank SA, în valoare de 220.000,00 lei.

Prin punctul de vedere nr. 9650/15.03.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 12721/15.03.2021, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, pe cale de excepție ca și tardivă, iar pe fond ca nefondată, pentru următoarele considerente:

I. Pe cale de excepție, având în vedere că din actele depuse și din informațiile referitoare la dosarul înregistrat pe rolul Consiliului de Soluționare a Contestațiilor, nu rezultă că operatorul economic contestator a respectat exigențele impuse de prevederile art. 5, art. 8, art. 16 din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă consideră că se impune respingerea contestației ca fiind tardivă.

II Pe fondul contestației, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

a. În ceea ce privește primul petit formulat, referitor la obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a prevederilor nelegale din documentația de atribuire – sub clauza 48.3 din acordul contractual, parte din contractul publicat prin documentația de atribuire.

b. În ceea ce privește cel de al doilea petit formulat, referitor la obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire prin clarificarea aspectelor legate de valabilitatea autorizației de construire,

autoritatea contractantă învederează că, în virtutea prevederilor art. 164 alin. (7) din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile contractului de proiectare și execuție, astfel cum a fost stabilit prin HG nr. 1/2018, a adoptat la data de 11.03.2021, în termen legal, prin adresa nr. 9402/11.03.2021, următoarea măsură de remediere:

„> Art. 5, Clauza 48 Ajustarea prețurilor, subclauza 48.3 din Acordul Contractual se completează și va avea următorul conținut:

Ajustarea prețurilor se va face lunar, în conformitate cu subclauza 50.1, după 12 luni de la Data de Referință, conform formulei de ajustare:

$$A_n = a_v + (1 - a_v) * I_n / I_o,$$

unde:

- „ A_n ” este coeficientul de ajustare care urmează a fi aplicat valorii de contract estimate pentru lucrările realizate în luna „ n ” (sume

aferente punctului (a) din subclauza 50.1 [Situția de Lucrări], exclusiv lucrările evaluate pe baza Costului sau a prețurilor curente);

- „ a_v ” este valoarea procentuală a plății în avans față de Prețul Contractului;

- „ I_n ” este indicele de cost în construcții - total publicat de Institutul Național de Statistică în Buletinul Statistic de Prețuri, la tabelul 15, aplicabil la data cu 60 de zile înainte de ultima zi a lunii „ n ”. Valoarea aplicabilă a acestui indice pentru luna ianuarie 2017 este 113,8.

- „ I_o ” este indicele de cost în construcții - total, aplicabil la Data de Referință.

• Caietul de sarcini, capitolul 6 PREDAREA TUTUROR DOCUMENTELOR CONFORM CERINȚELOR ANGAJATORULUI PENTRU IMPLEMENTAREA PROIECTULUI CU RESPECTAREA CLAUZELOR CONTRACTUALE AFERENTE. subcapitolul 6.3. Proiectul și documentația, se completează cu următoarele Informații suplimentare:

- Autorizația de construire nr. 455 a fost emisă în data de 20.12.2017 cu o perioadă de valabilitate de 12 luni de la data emiterii, interval de timp în care trebuie începute lucrările de execuție autorizate.

- DURATA DE EXECUȚIE A LUCRĂRILOR este de 24 luni calculată de la data începerii efective a lucrărilor (anunțată în prealabil), situație în care perioada de valabilitate a autorizației se extinde pe întreaga durată de execuție a lucrărilor autorizate.

- Ordinul de începere a execuției lucrărilor este 14.05.2018 cu termen de execuție de 24 luni, respectiv 14.05.2020

• Conform Legii nr. 55 din 15 mai 2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19

Art. 4 alin. (5) Valabilitatea documentelor eliberate de instituțiile și autoritățile publice, precum și de entitățile private autorizate conform legii se menține pe perioada stării de alertă, precum și pentru o perioadă de 90 de zile de la încetarea acestei stări.

• În temeiul, Decretul Președintelui României nr. 240/2020 privind prelungirea stării de urgență pe teritoriul României cu 30 de zile, începând din data de 15 aprilie 2020.

• În temeiul HC nr. 24 din 14.05.2020, publicat în MOF nr. 395 din 15.05.2020 privind aprobarea instituirii stării de alertă la nivel național și a măsurilor de prevenire și control al infecțiilor, în contextul situației epidemiologice generate de virusul SARS-CoV-2, începând cu data de 15.05.2020 se declară starea de alertă la nivel național, pentru o perioadă de 30 de zile.

• În temeiul HG nr. 476 din 2020 publicată în M.O.F nr. 515 din 16 iunie 2020, privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 17 iunie 2020 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr. 55/2020.

• În temeiul HG nr. 553 din 15.07.2020 publicată în M.O.F nr. 627 din 16.07.2020, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 17 iulie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 17 iulie 2020 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr. 55/2020.

• În temeiul HG nr. 668 din 14.08.2020 publicată în M.O.F nr. 742 din 14.08. 2020, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 16 august 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 16 august

2020 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr.55/2020.

- În temeiul HG nr. 782 din 14.09.2020 publicată în M.O.F nr. 842 din 14.09.2020, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 15 septembrie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 15 septembrie 2020 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr. 55/2020.

- În temeiul HG nr. 856 din 14. 10.2020 publicată în M.O.F nr. 945 din 14.10. 2020, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 15 octombrie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 15 octombrie 2020 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr. 55/2020.

- În temeiul HG nr. 35 din 10. 02.2021 publicată în M.O.F nr. 140 din 11. 02. 2021, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 12 februarie 2021, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 12 februarie 2021 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr. 55/2020.

- În temeiul HG nr. 293/2021, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 14 martie 2021, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, se prevede faptul că începând cu 14 martie 2021 se prelungește cu încă 30 de zile starea de alertă instituită prin Legea nr. 55/2020.

- Conform Legii 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții

Articolul 7.

1) Autorizația de construire se emite în cel mult 30 de zile de la data înregistrării cererii, pe baza documentației depuse. (...)

6) Neînceperea lucrărilor ori nefinalizarea acestora în termenele stabilite conduce la pierderea valabilității autorizației, fiind necesară emiterea unei noi autorizații de construire. În situația în care caracteristicile nu se schimbă față de autorizația inițială, se va putea emite o nouă autorizație de construire, fără a fi necesar un nou certificat de urbanism.

- Raportat la Documentațiile tehnice cuprinse în cadrul Documentației de Atribuire, Autoritatea contractantă nu poate indica în mod precis faptul că soluțiile de remediere descrise în cadrul Expertizei Tehnice elaborate de SC ... SA în anul 2020 determină sau nu modificări de soluții care ar genera necesitatea obținerii unei noi Autorizații de construire, întrucât în lipsa unei documentații tehnice modificatoare

(dispoziții de șantier) care face obiectul prezentului contract de lucrări și care ar putea fi depusă emitentului Autorizației de construire nr. 455/2017 în vederea obținerii unui punct de vedere avizat, o asemenea apreciere nu poate făcută în acest moment în acest sens, întrucât există într-o oarecare măsură posibilitatea necesității reautorizării anumitor sectoare de drum ca urmare a detalierii soluțiilor din cadrul Expertizei Tehnice elaborate de SC ... SA în anul 2020, Autoritatea contractantă a prevăzut, definit și solicitat prin Caietul de sarcini necesitatea întocmirii unei Documentații Tehnice pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții (dacă va fi cazul). În aceiași ordine de idei, în vederea unei clarificări suplimentare și luând în considerare caracterul contractului ce face obiectul prezentei proceduri ce presupune proiectarea și execuția lucrărilor, Proiectantul Antreprenorului are ca obligație principală detalierea soluțiilor din cadrul expertizei tehnice elaborată de SC ... SA în anul 2020, dar în măsura în care în timpul derulării contractului (atât în etapa de proiectare, cât și în etapa de execuție) se va dovedi necesitatea justificată a unor lucrări care determină modificarea/adaptarea/completarea/revizuirea punctuală a soluțiilor tehnice autorizate/soluțiilor tehnice cuprinse în cadrul expertizei tehnice elaborată de SC ... SA în anul 2020, iar pentru acele sectoare limitate se va impune necesitatea obținerii unei noi/alte autorizații de construire, această obligație este prevăzută conform cerințelor Beneficiarului tot în sarcina Antreprenorului. Necesitatea modificărilor de soluții se vor justifica în mod corespunzător de către Proiectantul Antreprenorului și pentru acestea Proiectantul va obține acordul expertului tehnic elaborator al expertizei tehnice din 2020, precum și acordul Supervizorului în conformitate cu clauzele contractuale.

- În concluzie, termenul de 2 luni (ce se constituie și ca punct de referință) pentru definitivarea etapei de proiectare se referă la detalierea de către proiectant a soluțiilor de remediere din cadrul expertizei tehnice și obținerea tuturor aprobărilor din partea Supervizorului, cât și din partea Autorității emitente a Autorizației de construire nr. 455/2017, astfel încât să permită demararea imediată a execuției lucrărilor, conform prevederilor contractuale. În acest sens, prin aprobarea Autorității emitente a Autorizației de construire nr. 455/2017 se înțelege inclusiv reautorizarea lucrărilor, dacă va fi cazul, prin obținerea unei noi Autorizații de construire". În sensul celor de mai sus se anexează și DTAC aferentă autorizației de construire nr. 455/2017.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că se impune respingerea contestației formulate ca fiind nefondată, prin măsurile de remediere luate și publicate rezultând o documentație de atribuire care conține reguli, cerințe și informații clare, cu respectarea principiului transparenței, astfel că operatorii economici interesați să fie în măsură să evalueze în mod corect premisele pe care își vor formula ofertele.

c. Referitor la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu minim 20 de zile de la data rămânerii definitive a deciziei ce se va

pronunța, autoritatea contractantă arată că, prin măsurile de remediere luate, s-a prelungit termenul de depunere a ofertelor, astfel că termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare: este 12.04.2021 15:00. Termenul limită de depunere în urma remedierii a fost stabilit pentru data de 10.04.2021, dar având în vedere că această dată este aferentă unei zile nelucrătoare, prin erată termenul a fost decalat pentru data 12.04.2021.

e. Referitor la solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră că, raportat la petitele ce fac obiectul prezentei contestații, sancțiunea anulării nu se impune.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat, procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „«Modernizare și reabilitare drum județean ..., km 0+000 - km 42+000» în cadrul proiectului SMIS 125105” – cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare CN1028669/25.02.2021, conform căruia valoarea estimată a contractului este de 63.558.431,99 lei.

Urmând a se pronunța conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepției tardivității, invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă având în vedere considerentele ce urmează.

În opinia autorității contractante, societatea contestatoare nu ar fi transmis contestația în termenul legal către CNSC, aspect pe care îl deduce după informațiile publice disponibile pe portalul CNSC.

În speță sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data formulării contestației: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/ sectorial sau de concesiune este mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;*

- art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: *„În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”;*

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;*

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.*

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că obiectul contestației formulate îl constituie prevederi ale documentației de atribuire, care au fost aduse la cunoștința operatorilor economici la data publicării anunțului de participare, respectiv 25.02.2021, iar SC SA a transmis contestația prin serviciul poștal/curierat în data de 08.03.2021, conform recipisei cu AWB 4067100018236 aflată la dosarul cauzei, rezultă că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal către CNSC, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația formulată.

Procedând la analiza pe fond a contestației formulate de SC SA, Consiliul reține că prima critică se referă la prevederea din documentația de atribuire referitoare ajustarea prețului sub-clauza 48.3 teza a II-a din Acordul Contractual, care stipulează următoarele:

„Ajustarea prețurilor – *Aplicarea unei formule de ajustare a prețurilor, atunci când Durata de Execuție la semnarea Contractului este mai mare de 365 de zile. Ajustarea prețurilor se va face după 12 luni de la Data de Referință”,* contestatorul apreciind că ajustarea prețului ar trebui efectuată încă de la prima lună de decontare a cheltuielilor efectuate pentru executarea lucrărilor, invocând în acest sens prevederile art.50.1 lit. b) din anexa 2 a HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Condițiile de ajustare a prețului, sunt reglementate de prevederile art. 164 din HG nr. 395/2016, care prevăd următoarele:

„(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.**

(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(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) În condițiile art. 221 alin. (1) lit. e) din Lege, ajustarea prețului, fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (2) și (3), **este aplicabilă direct în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au 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.**

(5) În orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(6) 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).

(7) Autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele care se derulează **pe o perioadă ce depășește 6 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”.**

Din interpretarea textului legal mai sus iterat, rezultă că regula general aplicabilă este că, prețul ofertat de operatorii economici, trebuie să fie ferm și real și să confere autorității contractante certitudinea că prețul indicat în propunerea financiară cuprinde toate cheltuielile necesare executării contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați pe întreaga perioadă de derulare a contractului, iar ajustarea (reducerea sau

creșterea) acestuia se efectuează în mod excepțional doar în cazurile și condițiile expres stabilite de lege și care, de regulă, se datorează unor împrejurări imprevizibile independente de voința părților.

În acest sens sunt și prevederile Instrucțiunii Președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1 din 8 ianuarie 2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru, publicate în Monitorul Oficial, Partea I nr. 56 la 19.01.2021, care stabilesc condițiile și modalitățile de aplicare a prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice/sectoriale în ceea ce privește ajustarea prețului contractelor, în care se menționează că prețul se va ajusta prin actualizarea elementelor de cost/preț care au suferit modificări, ori de câte ori se constată apariția unei situații imprevizibile, apărute oricând pe perioada derulării procedurii de atribuire și/sau pe perioada de îndeplinire a contractului, în cazul apariției unor împrejurări care lezează interesele comerciale legitime ale părților și care nu au putut fi prevăzute la data depunerii ofertei, respectiv a încheierii contractului.

Consiliul reține că situația imprevizibilă este un eveniment care, fără a intra în sfera forței majore, nu putea fi prevăzut în momentul depunerii ofertei, fiind mai presus de controlul părților contractante, care nu se datorează greșelii sau culpei acestora și care are ca efect crearea unei disproporții de prestații între părți, afectând interesele comerciale legitime ale uneia dintre acestea.

Raționamentul anterior se regăsește și în instrucțiunile anterior menționate, fiind exemplificate o serie de situații care sunt prezumate a fi situații imprevizibile, cum ar fi: modificări legislative sau acte administrative care au 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, modificarea salariului minim aplicabil, etc.

Or, este evident că solicitarea contestatorului ca ajustarea prețului să se facă lunar începând cu prima lună de decontare a cheltuielilor efectuate pentru executarea lucrărilor, este contrară legii și a principiilor care guvernează legislația achizițiilor publice; în încercarea de a oferi un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face artificii de calcul ca să conducă în mod implicit la reducerea costurilor și la ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii potrivit cărora ulterior atribuirii contractului de achiziție vor găsi o modalitate de a-și acoperii costurile reale prin intermediul „ajustării prețului”, încă de la prima lună de decontare a cheltuielilor efectuate pentru executarea lucrărilor, o asemenea practică fiind de natură a vicia procedura de atribuire și implicit concurența între operatorii economici. Prețul propus de ofertanți nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de valoarea sa, ci reprezintă elementul esențial al propunerii financiare, a cărei realitate/sustenabilitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin.

(1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și confirmată de ofertanți prin documentele înaintate autorității.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondată criticile contestatorului privind ajustarea lunară a prețului.

Referitor la critica contestatorului privind necesitatea clarificării aspectelor legate de valabilitatea autorizației de construire, Consiliul reține că prin adresa nr. 9402/11.03.2021, intitulată „Măsuri de remediere” publicată în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1028669/00044] 11.03.2021-9402-Masuri de remediere-semnat.pdf. p7s”, autoritatea contractantă a remediat documentația de atribuire (vezi pct. 2 din adresă) în sensul clarificării aspectelor legate de valabilitatea autorizației de construire, întocmai cum a solicitat contestatorul în cadrul contestației formulate, motiv pentru care această critică a rămas fără obiect.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu

Pe cale de consecință respinge ca nefondată solicitarea de prelungire a termenului de depunere a ofertelor.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...