CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal ..... – Administrator, împotriva documentației de atribuire elaborate de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura simplificată, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Reabilitare str. Puskas Tivadar și iluminat public” – execuție lucrări, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului:

- „Obligarea autorităţii contractante să modifice fişa de date în sensul că este permisă ajustarea preţului contractului;
- Obligarea autorităţii contractante să modifice clauza 18.2 în sensul că este permisă ajustarea preţului contractului şi cu indicele de cost în construcţii comunicat de Institutul Naţional de Statistică după împlinirea unui termen de 12 luni de la intrarea în vigoare a contractului, aplicându-se următoarea formulă Pn-Pc x Ip unde Pn este preţul actualizat, Pc este preţul contractului/preţul lucrărilor executate, iar Ip este indicele de actualizare aferent lunii corespunzătoare situaţiei de lucrări pentru care se aplică actualizarea;
- Obligarea autorităţii contractante să completeze clauza 3.3 cu următoarea prevedere: ”Ordinul de Începere a lucrărilor va fi emis în maxim 10 zile de la data semnării contractului de către ambele părţi” sau un alt termen considerat rezonabil de Consiliu;

- Obligarea autorităţii contractante să modifice clauza 7.18 din modelul de contract în sensul eliminării avizelor de însoţire a mărfii dintre documentele justificative\solicitate”.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia prin care SC ..... SRL atacă documentația de atribuire, elaborată de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, pe care o solicită, a fi modificată.

În fapt, contestatoarea arată că, în urma studierii documentației de atribuire, a constatat că în modelul de contract de execuție lucrări, la art. 13.2 din secțiunea 18 “Ajustarea prețului”, se menționa că “Prețul contractului nu se actualizează”, iar în fișa de date a achiziției, la pct. II.4.1 “Ajustarea prețului contractului”, este menționat “nu”, astfel că a formulat notificare prealabilă, în vederea remedierii aspectelor sesizate.

Ca răspuns, autoritatea contractantă a corectat Clauza 13.2, devenind 18.2, corespunzător secțiunii 18 "Ajustarea preţului", fiind precizată posibilitatea de ajustare a preţului pentru ipoteza prevăzută de art. 28 alin. (5) din HG nr. 395/2016, însă nu a fost modificată şi fişa de date, în mod corespunzător.

Deși autoritatea contractantă a răspuns în mod favorabil tezei a doua din solicitarea sa (actualizarea preţului în ipoteza prevăzută de art. 28 alin. 5 din HG nr. 395/2016), totuşi, prin modul incomplet în care a răspuns poate cauza inaplicabilitatea acestui caz de ajustare a prețului, deoarece nu este respectată cerința legală de a fi menționată această posibilitate și în documentația de atribuire, nu doar în contract.

Precizând că experiența anterioară a dovedit că inspectorii Curții de Conturi consideră că o clauză de ajustare a prețului care apare în contract se poate aplica dacă și fișa de date a achiziției prevede “da” la secțiunea privind ajustarea prețului, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea fișei de date a achiziției, în sensul că este permisă ajustarea prețului contractului.

Contestatoarea mai arată că deși a solicitat să fie modificată clauza 13.2 (clauza 18.2 în modelul de contract publicat în 10.04.....) cu două cazuri de ajustare a prețului contractului, autoritatea contractantă a răspuns parțial, nemodificând fișa de date, în sensul că este permisă ajustarea prețului contractului, dar nici nu a acceptat primul caz de ajustare/actualizare a preţului contractului: "cu indicele de cost în construcţii comunicat de Institutul Naţional de Statistică după împlinirea unui termen de 12 luni de la intrarea în vigoare a contractului, aplicându-se următoarea formulă Pn=Pc x Ip unde Pn este preţul actualizat, Pc este preţul contractului/preţul lucrărilor executate, iar Ip este indicele de actualizare aferent lunii corespunzătoare situaţiei de lucrări pentru care se aplică actualizarea".

De asemenea, a solicitat autorității contractante şi să adauge o clauză nouă, 3.3, cu următorul conținut: "Ordinul de începere a lucrărilor va fi emis în maxim 10 zile de la data semnării contractului de către ambele părţi''. Or, autoritatea contractantă nu a înţeles să adopte măsuri de remediere, nici în legătură cu această solicitare, informație comunicată prin răspunsul la notificarea prealabilă din 10.04.....

Astfel, considerând că cele două clauze nemodificate și/sau necompletate, respectiv clauza 18.2 din modelul de contract și clauza 3.3, sunt în strânsă legătură, întrucât obligația executantului de a finaliza lucrările este legată de momentul emiterii ordinului de începere a lucrărilor, care nu este determinat contractual. Cele două clauze au rol de a proteja interesele viitorului executant, într-un mod rezonabil, conform principiilor bunei-credințe, tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii, motiv pentru care contestatoarea solicită modificarea clauzei 18.2, în sensul că *este permisă ajustarea preţului contractului şi cu indicele de cost în construcţii comunicat de Institutul Naţional de Statistică după împlinirea unui termen de 12 luni de la intrarea în vigoare a contractului, aplicându-se următoarea formulă Pn=Pc x Ip unde Pn este preţul actualizat, Pc este preţul contractului/preţul lucrărilor executate, iar Ip este indicele de actualizare aferent lunii corespunzătoare situaţiei de lucrări pentru care se aplică actualizarea* și completarea clauzei 3.3 cu următoarea prevedere: ’’Ordinul de începere a lucrărilor va fi emis în maxim 10 zile de la data semnării contractului de către ambele părţi” sau un alt termen considerat rezonabil.

Referitor la obligativitatea de a depune avize de însoțire a mărfii, clauză pentru care a solicitat modificarea, dar neacceptată de autoritatea contractantă, contestatoarea o consideră nejustificată, întrucât condiționarea acceptării facturilor de depunerea avizelor de însoțire a mărfii nu are niciun temei legal şi ar reprezenta un abuz din partea autorităţii contractante, atât timp cât lucrările vor fi deja realizate și confirmate de dirigintele de şantier, şi prin situaţiile de lucrări.

Prin urmare, nu există nicio prevedere legală care să prevadă obligaţia de a pune la dispoziţia autorităţii documentele solicitate.

Or, în opinia contestatoarei, este rezonabilă doar obligaţia de a depune documente legate de executarea obiectului contractului (executare de lucrări) şi nu o obligație privind punerea la dispoziţia autorităţii a unor documente din contabilitatea proprie.

Petenta mai precizează că avizul de însoţire a mărfii este un document financiar-contabil reglementat de OMFP nr. 2634/2015 privind documentele financiar contabile, publicat in Monitorul Oficial, partea I, nr. 910/09.12.2015 şi de anexele la acesta publicate în Monitorul Oficial, partea I, nr. 910bis/09.12.2015. Aceasta serveşte ca document de însoţire a mărfii pe timpul transportului şi ca document ce stă la baza emiterii facturii, iar nerespectarea acestor obligaţii este sancţionată contravenţional, de către organele competente, însă autoritatea contractantă nu are nici un drept, potrivit legii, de a solicita aceste

documente, verificarea lor fiind atribuită de lege altor organe investite cu exerciţiul autorităţii de stat.

Concluzionând, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă încearcă impunerea unor obligaţii excesive şi nejustificate prin modelul de contract de execuţie lucrări, prin obligația depunerii avizelor de însoţire a mărfii, aşadar documente contabile şi documente privind costul de achiziţie al materialelor puse în operă, fără a exista o prevedere legală care să impună vreo astfel de obligaţie.

Deși în opinia contestatoarei, autoritatea contractantă încearcă să justifice "necesitatea" clauzei contestate arătând că potrivit deciziilor emise de Curtea de Conturi a României în situaţii precedente, astfel de verificări sunt efectuate şi impuse autorităţilor contractante, calculându-se drept "prejudiciu" orice diferenţă care rezultă din preţul de achiziţie al ofertantului și prețul din contractul de achiziţie publică sau orice sumă achitată de autoritatea contractantă pentru care nu există o factură de achiziţie în spate sau bonuri de cântar, însă omite să observe că o asemenea interpretare a Curții de Conturi a României reprezintă un abuz şi o nesocotire a prevederilor legale din materia achiziţiilor publice.

Or, fiind de domeniul evidenţei că, odată încheiat un contract şi executat, preţul achitat nu poate fi altul decât cel contractat, nu oricare alt preţ, preferat de Curtea de Conturi, la un anumit moment dat (uneori Curtea de Conturi se raportează la preţurile cu care se execută în zonă alte lucrări, alteori susţine ’’nelegalitatea" plăţilor pentru care nu există la dosar bonuri de cântar sau facturi de achiziţie de la furnizorii executantului, avize de însoţire a mărfii, etc.).

În mod indubitabil, există o obligaţie legală de a fundamenta costurile de achiziţie a materialelor numai în cadrul procedurii de atribuire, pentru justificarea preţului cuprins în oferta financiară, pentru satisfacerea cerinţelor solicitate prin documentaţia de atribuire, însă această obligaţie nu există după încheierea contractului, acesta beneficiind, ulterior, de forţă obligatorie între părţile contractante.

Contestatoarea invocă Decizia Curții de Apel Brașov nr. 21/Ap din cadrul dosarului nr. 1491/119/2014, ca speță similară celei de față, conform căreia:

- *În ceea ce priveşte aplicabilitatea principiului transparenţei, prevăzut la art. 2 din OUG nr. 34/2006 şi reţinut de prima instanţă în motivarea sentinţei sale, Curtea apreciază că acest principiu este specific fazei de atribuire a contractului de achiziţie publică şi presupune atât publicarea tuturor informaţiilor relevante care să poată permite participantului în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică să decidă în cunoştinţă de cauză dacă participă sau nu în cadrul acestei proceduri, cât şi realizarea procesului de desemnare a câştigătorului procedurii pe baze obiective. Prin urmare, în mod evident obligaţia de transparentă incumbă numai autorităţii contractante si doar în faza de atribuire a contractului. nicidecum executantului în faza de executare.*

În ce priveşte principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat, de asemenea de dispoziţiile art. 2 din OUG nr. 34/2006, Curtea reţine că aplicarea acestui principiu presupune realizarea unui raport între banii cheltuiţi de autoritatea contractantă şi serviciile prestate de către câştigătorul procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică, fiind incident pe parcursul desfăşurării întregii proceduri de atribuire a contractului de achiziţie publică şi cu precădere în momentul desemnării câştigătorului de către autoritatea contractantă. în mod evident că şi pe parcursul executării contractului este necesară respectarea acestui principiu, prin verificarea executării întocmai a prevederilor contractuale, în acest sens neprezentând importantă decât dacă sumele plătite executantului sunt cele prevăzute în contract, nu si eventualele costuri mai mici de achiziţie a materialelor obţinute de executant de la terii.

În consecinţă, niciunul dintre cele două principii, analizate mai sus, nu poate duce la concluzia unei obligaţii a apelantei-pârâte de a pune la dispoziţie reclamantului documentele justificative privind costul de achiziţie al materialelor puse în operă în executarea contractului.

În ceea ce priveşte incidenţa în cauză a dispoziţiilor art. 204 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, care prevăd obligaţia autorităţii contractante de a asigura obţinerea şi păstrarea documentelor justificative care dovedesc efectuarea oricărei proceduri de atribuire. Curtea apreciază că această obligaţie nu priveşte documentele justificative privind costul de achiziție de către executant al materialelor puse în manoperă la executarea contractului, ci doar documentele care atestă exactitatea și realitatea cantităților de lucrări executate în temeiul contractului, documente care au fost enxate de către pârâta-apelantă întâmpinării sale, astfel cum a reținut și prima instanță.

De asemenea, Curtea de Apel Brașov a reținut câteva aspecte deosebit de importante pentru soluționarea corectă a solicitării în cauză, și anume:

- Principiul transparenţei (prevăzut de art. 2 alin. (1) Ut. d) din OUG 34/2006, dar şi de Legea nr. 98/2016) nu poate justifica "obligaţia de a prezenta documente justificative privind preţurile de achiziţie de la furnizori pentru toate materialele folosite la îndeplinirea contractului" după momentul încheierii contractului de achiziţie publică; această obligaţie este specifică fazei de atribuire a contractului pentru a se analiza raportul dintre costul lucrării şi preţul contractului; în plus, obligaţia de transparenţă aparţine autorităţii contractante, nu executantului, şi nicidecum nu intervine în perioada de executare a contractului.

- Nici principiul utilizării eficiente a fondurilor publice nu poate justifica o obligaţie ca cea care face obiectul clauzei contestate întrucât, chiar dacă acest principiu este incident şi pe parcursul executării contractului (nu numai în faza de atribuire). După finalizarea procedurii de atribuire, acest principiu este incident prin verificarea executării

întocmai a prevederilor contractuale, în acest sens neprezentând importanţă decât dacă sumele plătite executantului sunt cele prevăz.ute în contract, nu si eventualele costuri mai mici de achiziţie a materialelor obţinute de executant de la terti.

- În corelaţie cu art. 204 alin. 2 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligaţia de a obţine documentele care atestă exactitatea şi realitatea cantităţilor de lucrări executate în temeiul contractului şi nicidecum documente justificative privind costul de achiziţie de către executant al materialelor puse în manoperă la executarea contractului.

În continuare, contestatoarea invocă Hotărârea nr. 229/F/2017 din data de 03.03.2017 a Tribunalului ....., ca speță relevantă pentru situația de față, Decizia CNSC nr. 352/C2/..... și Încheierea Curții de Conturi nr. 106/04.10.2017.

Concluzionând, contestatoarea apreciază că menţinerea clauzei 7.18 în contract constituie o restricţionare a accesului la procedură al operatorilor economici, astfel că modelul de contract, parte a documentaţiei de atribuire, a fost elaborat cu încălcarea art. 50 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care solicită eliminarea ei.

Mai mult, contestatoarea apreciază că nu există niciun temei legal care să justifice dreptul și/sau obligația autorității contractante de a obține avizele de însoțire a mărfii, respectiv documente justificative privind costul de achiziție de către executant a materialelor puse în manoperă.

De asemenea, legislația achizițiilor publice permite ofertantului să propună modificarea unor clauze contractuale fără a invoca aspecte de nelegalitate.

Apreciind clauza contestată ca fiind dezavantajoasă, atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru viitorul câștigător al procedurii, dar care ar contravine și unor prevederi legale, și ținând cont de dispozițiile art. 15 din noul Cod Civil, potrivit cărora "niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe", contestatoarea solicită modificarea fișei de date a achiziției, în sensul că este permisă ajustarea prețului contractului, modificarea clauzelor 18.2 și 7.18 din modelul de contract, precum și completarea clauzei 3.3.

Prin adresa nr. 22715/18.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 16334/23.04....., autoritatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de SC ..... SRL, prin care arată că a modificat prevederile fișei de date a achiziției, prin postarea unei clarificări sub forma noului model de contract, ce permite ajustarea contractului, modificându-se cu această ocazie art. 18 din modelul de contract în sensul următor:

"18.1. Pentru lucrările executate, plăţile datorate de achizitor către executant sunt cele prevăzute la art. 2.2.

18.2. Preţul contractului se poate ajusta în condiţiile în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autorităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creşterea /diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

18.3. (1) In afară de situaţiile prevăzute la art. 18.2, preţul contractului mai poate fi ajustat după împlinirea termenului de 12 luni de la intrarea în vigoare a contractului, în situaţia în care lucrările nu au fost finalizate în termenul contractual din culpa exclusivă a autorităţii contractante, în acest caz, ajustarea se face cu indicele de cost în construcţii, comunicat de Institutul Naţional de Statistică, aplicându-se următoarea formulă: Pn=Pc x Ip, unde Pn este preţul actualizat, Pc este preţul lucrărilor executate conform situaţiei de lucrări, iar Ip este indicele de actualizare aferent lunii corespunzătoare situaţiei de lucrări pentru care se aplică ajustarea.

(2) Indicele de actualizare se calculează și se aplică numai pentru situaţii de lucrări depuse pentru lucrările realizate după împlinirea termenului prevăzut la alin. (1), şi se raportează la data expirării termenului iniţial de execuţie a lucrărilor.

18.4. În situaţia în care ajustarea prevăzută la art. 18.2 se suprapune cu ajustarea stipulată la art. 18.3. cea din urmă ajustare nu se va aplica".

Autoritatea contractantă mai precizează că la clauza 3.3 din contract nu se va completa cu numărul de zile, conform solicitării contestatorului, având în vedere că înaintea eliberării ordinului de începere a lucrărilor, beneficiarul are obligaţia să ia mai multe aspecte în vedere, în special, predarea amplasamentului, care trebuie să fie liber de orice sarcină, și, din această cauză, nu poate să se angajeze ca într-un termen stabilit să elibereze acest ordin. Ordinul de începere a lucrărilor se va elibera în cel mai scurt timp posibil de la semnarea contractului de către părţi.

Cu privire la art.7.18 din modelul de contract, autoritatea contractantă precizează că nu se va modifica, motivat de faptul că este obligaţia beneficiarului să verifice atât cantitativ cât şi calitativ lucrările executate care urmează a fi achitate, iar solicitarea documentelor justificative vin în sprijinul beneficiarului în efectuarea acestor verificări.

La solicitarea Consiliului, părțile au comunicat că își mențin solicitările formulate prin contestație/punct de vedere. Prin adresa nr. 21611/....., contestatoarea arată că lipsa din fișa de date a informațiilor privind posibilitatea ajustării prețului conduce la inaplicabilitatea clauzei. De asemenea, privind achiesarea autorității

contractante, contestatoarea arată că includerea clauzei 18.3, alineat 2 duce la o limitare a exercitării dreptului de ajustare, așa cum a fost stabilit prin clauzele precedente, ceea ce invalidează, parțial, pretinsa măsură de remediere.

Autoritatea contractantă a precizat Consiliului (prin adresa sa nr. 32205/30.05.....) că a adus modificările cerute pentru fișa de date a achiziției, prin postarea unei clarificări, conținând modelul de contract cu clauzele contractuale necesare. Modificările amintite au fost efectuate înainte de depunerea ofertelor, iar ele au putut fi accesate de operatorii economici. De asemenea, arată că nu ar exista altă posibilitate de operare a modificărilor în fișa de date a achiziției.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect execuția unor lucrări pentru „Reabilitare str. Puskas Tivadar și iluminat public", ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP, la ....., a anunțului de participare simplificat nr. ..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, dar și de remedierea parțială a acestora, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, cu respectarea prevederilor art. 6 alin (1) din Legea nr. 101/2016 (de notificarea prealabilă), solicitând modificarea fișei de date a achiziției și a unor clauze contractuale (părți ale documentației amintite).

Consiliul reține că, după înaintarea contestației, SC ..... SRL, totuși, a înaintat ofertă în procedură, aspect relevat de conținutul informațiilor postate de autoritatea contractantă în SEAP, în secțiunea dedicată anunțului de participare (Declarație privind ofertanţii participanţi la achiziţia - Nr.25411/26.04.....). Privitor la această situație de fapt, Consiliul a solicitat contestatoarei precizări, privind poziția față de pretinsele nereguli ale documentației de atribuire și achiesarea parțială a autorității contractante la cererile formulate.

Având în vedere că autoarea contestației persistă în susținerea criticilor formulate, considerând că documentația de atribuire nu a fost remediată în conformitate cu prevederile legale aplicabile, Consiliul face analiza lor pe fond.

În privința primelor 2 cereri ale contestatoarei, Consiliul constată că acestea se bazează pe dispozițiile art. 28 alineatele (1) - (5) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016:

(1) În condiţiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, preţul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piaţă au apărut anumite condiţii, în urma cărora s-a constatat creşterea/diminuarea indicilor de preţ pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

(2) Pentru a se respecta principiul transparenţei, posibilitatea de ajustare a preţului trebuie să fie precizată atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul de achiziţie publică/acordul- cadru, modul concret de ajustare a preţului, indicii care vor fi utilizaţi, precum şi sursa informaţiilor cu privire la evoluţia acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotaţii ale burselor de mărfuri.

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

(5) În condiţiile art. 221 din Lege, posibilitatea de ajustare a preţului, precizată atât în documentaţia de atribuire, cât şi în contractul care urmează să fie încheiat, dar fără a fi îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (3), este posibilă numai în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autorităţile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunţarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în creşterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat preţul contractului.

În același timp, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a achiesat la cererile contestatoarei, în sensul că, prin punctul de vedere la contestație, a precizat expres că înțelege să accepte, ca modalitate de ajustare a prețului, și situația evocată de contestatoare, adică ajustarea cu indicele de cost în construcţii, comunicat de Institutul Naţional de Statistică, și cu aplicarea formulei: Pn=Pc x Ip (art. 18.3 din contract).

Cu toate acestea, Consiliul constată că autoritatea contractantă, deși a acceptat modalitățile de ajustare a prețului contractului invocate de contestatoare, nu a emis un act care să asigure modificarea fișei de date a achiziției și a modelului de contract, adică nu a asigurat respectarea condițiilor de aplicare efectivă a posibilității de ajustare, așa cum sunt enunțate, explicit, la alineatele 2 și 3 din textul evocat mai sus al Hotărârii de guvern.

În fapt, modelul de contract atașat clarificării la care se raportează autoritatea contractantă conține doar prima posibilitate de ajustare a

prețului, adică ajustarea datorată unor schimbări legislative/decizii administrative, care ar influența prețul contractului – clauza 18.2.

Clauzele evocate în punctul de vedere la contestație, ce au caracterul explicit al unei achiesări (acceptări) a autorității contractante la cererile contestatoarei, identificate prin nr. 18.3, și care privesc posibilitatea ajustării prețului pe baza indicelui INS, nu au fost cuprinse în pretinsa măsură de remediere, nefiind comunicate anterior ofertării.

În același timp, chiar și în condițiile în care ar fi cuprinse în clauzele contractuale corect modificate, pentru a-și produce efectele, se impunea ca acestea să fie incluse într-un act de modificare a anunțului/fișei de date a achiziției. O astfel de posibilitate practică se putea acoperi doar în condițiile precizate la art. 55 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016: *În cazul în care, după publicarea unui anunţ, intervin anumite modificări faţă de informaţiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare*.

Întrucât fișa de date a achiziției indica faptul că nu există posibilitatea ajustării, pentru modificarea regulii în cauză, așa cum a acceptat autoritatea contractantă, era necesară emiterea unui antunț tip erată, contrar susținerii autorității contractante că nu ar avea posibilitatea practică a modificării documentației de atribuire.

În lipsa mențiunilor din documentația de atribuire a posibilităților de ajustare, nu pot opera clauzele la care autoritatea contractantă a achiesat, conform prevederilor art. 28 din Norme, mai sus evocate.

Consiliul consideră, astfel, că susținerile contestatoarei privind nevoia de modificare a fișei de date a achiziției sunt întemeiate, însă continuarea procedurii de atribuire, prin deschiderea ofertelor, nu ar mai putea conduce la o modificare a fișei de date a achiziției.

În privința solicitării ca autoritatea contractantă să fie obligată la precizarea unui termen expres de emitere a ordinului de începere a lucrărilor (capătul 3 de cerere), adică completarea clauzei 3.3 din modelul de contract, Consiliul constată că motivele invocate de contestatoare au legătură cu cele evocate în susținerea nevoii de includere a regulilor de ajustare.

Astfel, prin raportare la garanțiile contractuale asociate ajustării prețului, ar fi înlăturate riscurile evocate de contestatoare de a suferi o vătămare, datorată eventualei întârzieri de începere a contractului, prin acceptarea ajustării, viitorul executant fiind la adăpostul clauzelor contractuale (articolele 3.1-3.3) ce reglementeză intrarea în vigoare a contractului și eventuala ajustare a prețului (art. 18).

În cazul acceptării posibilității de ajustare a prețului, rezultând din întârzieri ce ar fi datorate depășirii termenului de 12 luni, dar care nu-i sunt imputabile executantului, precizarea termenului de emitere a ordinului de începere nu ar reprezenta acea garanție reclamată de contestatoare.

În absența posibilității de ajustare a prețului (situație de drept în care se regăsește actualmente procedura), viitorul executant al lucrărilor ar putea fi prejudiciat de un comportament abuziv al autorității contractante, prin întârzierea emiterii ordinului de începere.

Cât privește necesitatea punerii la dispoziție a amplasamentului, anterior emiterii ordinului de începere, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu poate invoca lipsa de predictibilitate a duratei de punere la dispoziție, în condițiile în care aceasta depinde doar de implicarea sa. În situații de această natură, în practică, sunt utilizate termene de maxim 30 zile/1 lună pentru emiterea ordinului de începere, iar Consiliul consideră că, în lipsa altor dificultăți evidente ale autorității contractante, în cauză, nu s-ar justifica o depășire a unei astfel de perioade pentru emiterea ordinului, câtă vreme s-a impus o perioadă de execuție a lucrărilor, de 12 luni, prin secțiunea II.1.5) a fișei de date a achiziției.

Prin urmare, Consiliul consideră întemeiată și această solicitare a contestatoarei.

În privința regulii de prezentare, odată cu documentele de decont, a avizului de însoțire a mărfii, Consiliul are în vedere că Normele generale de întocmire şi utilizare a documentelor financiar-contabile din 05.11.2015, aprobate prin Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 2634/2015 privind documentele financiar-contabile, stabilesc, la punctul 25, că: *25. Factura este document justificativ care stă la baza înregistrării în contabilitate a operaţiunilor economice.*

Pentru operaţiunile economice pentru care, conform prevederilor Codului fiscal, nu există obligaţia întocmirii facturii, înregistrarea în contabilitate a acestora se efectuează pe baza contractelor încheiate între părţi şi a documentelor financiar-contabile sau bancare care să ateste acele operaţiuni, cum sunt: aviz de însoţire a mărfii, chitanţă, dispoziţie de plată/încasare, extras de cont bancar, notă de contabilitate etc., după caz.

Prin urmare, avizul de însoţire a mărfii reprezintă un document de contabilitate primară, necesar înscrierii în contabilitate a operațiunilor economice pentru care Codul fiscal nu impune obligația întocmirii facturii.

În speță, art. 7.18 din modelul de contract impune obligația prezentării unor documente justificative, printre care și a avizelor de însoțire a mărfii, odată cu depunerea facturilor pentru lucrările executate.

Din enumerarea documentelor justificative, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă a indicat exemplificativ care sunt tipurile de documente justificative, și nu obligația ca toate avizele de însoțire a mărfii primite de executant, de la furnizorii săi, să-i fie prezentate.

De altfel, principalul document pe baza căruia se face decontarea este factura, iar înregistrarea în contabilitatea executantului a materialelor furnizate poate avea la bază fie acest document, fie un aviz de însoțire a mărfii (sau altele). Prin urmare, este evident că, stând la baza unei înregistrări contabile, avizul de însoțire a mărfii nu ar putea fi prezentat autorității contractante, ca document justificativ, decât, cel mult, în copie.

În același timp, funcție de disponibilitatea fiecărui executant, dar și de modalitatea de întocmire a documentelor din contabilitatea primară, nici nu se poate exclude posibilitatea ca acest document justificativ –aviz de însoțire a mărfii- să fie prezentat, direct, în șantier.

Prin urmare, Consiliul consideră nefondată solicitarea contestatoarei de a se exclude acest tip de document justificativ din lista documentelor precizate la art. 7.18. din contract, din care se înțelege că prezentarea nu este obligatorie pentru fiecare material furnizat/pus în opera de către executant.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, în privința primelor 3 capete de cerere formulate de SC ..... SRL și va respinge capătul de cerere 4, referitor la avizul de însoțire a mărfii, ca nefondat, în temeiul dispozițiilor de la alin. (6) al aceluiași articol.

În același timp, constatând imposibilitatea adoptării măsurilor de remedire a documentației de atribuire atacate, datorită continuării procedurii, prin deschiderea ofertelor primite de autoritatea contractantă, Consiliul va anula procedura de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016: *În cazul admiterii contestaţiei, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire*.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ..... SRL împotriva procedurii simplificate inițiate de ....., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...../....., în partea privitoare la modificarea fișei de

date a achiziției și a clauzelor contractuale conform primelor 3 capete de cerere.

Respinge contestația, în rest.

Anulează procedura de atribuire, pentru imposibilitatea continuării ei prin modificarea documentației de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... **...** **...**

….