



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / / /

Data:

I. Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, formulată de către S.C. S.A., cu sediul în, str....., nr...., mezanin...., spațiul comercial...., bloc....., scara....., județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal de către, în calitate de director general, împotriva documentației de atribuire, respectiv a contractului de lucrări, elaborată de către, cu sediul în, b-dul....., nr....., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Proiectare și execuție la obiectivul <<Modernizare DJ 203h, km 16+000-25+500, Buda-Alexandru Odobescu – limita județ Vrancea, județul>>”, se solicită, constituindu-se dosarul nr. / 2016.

II. Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, formulată de către S.C. S.R.L., cu sediul în, str....., nr....., sector....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., CUI RO, reprezentată legal de către, în calitate de administrator, împotriva răspunsurilor la clarificări vizând documentația de atribuire, emise în cadrul aceleiași proceduri, de către aceiași autoritate contractantă, respectiv, cu sediul în, b-dul....., nr....., județul, se solicită

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. / și

nr./....., contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./..... și nr./....., urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr./.....

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

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 contestațiile de față, prin care S.C. S.A. și S.C. S.R.L. critică documentația de atribuire și răspunsurile la clarificări cu privire la aceasta.

I. Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., S.C. S.A. critică documentația de atribuire, respectiv contractul de lucrări, elaborată de către, în cadrul procedurii de achiziție publică menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

Astfel, contestatorul precizează că, clauzele contractuale apreciate, inițial, ca fiind nelegale au fost următoarele :

*"Art. 15. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor
15.1- (...)*

Se consideră neexecutare totală a Contractului situația în care una dintre părți nu își îndeplinește niciuna dintre obligațiile asumate și/sau care îi revin. În interiorul termenului menționat se calculează penalități de întârziere, potrivit Contractului. Toate celelalte situații de neîndeplinire a uneia sau mai multora dintre obligațiile asumate și/sau care îi revin reprezintă neexecutare parțială a Contractului.

(3) Aplicarea prevederilor clauzei penale de către Beneficiar se face, la alegerea Beneficiarului, prin deducerea din valoarea Contractului a daunelor-interese moratorii și/sau compensatorii sau prin urmărire în condițiile legii.

15.2 -(1) Pentru neexecutarea la termenele convenite a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, Executantul datorează Beneficiarului, cu titlu de penalități pentru întârziere, o sumă în cuantum de 0,1 % pentru fiecare zi de după scadență, calculată la valoarea lucrărilor executate cu întârziere, până la îndeplinirea obligației, valoarea penalităților putând depăși valoarea debitului.

(2) Dacă nu se poate stabili valoarea Lucrărilor executate cu întârziere, Executantul datorează Beneficiarului daune moratorii la nivelul a 0,1% din valoarea totală a Contractului menționată la art. 5 din Contract pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea obligației, valoarea penalităților putând depăși valoarea debitului.

15.4 - (1) Pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, Executantul are obligația de a plăti Beneficiarului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20 % din valoarea totală a Contractului exprimată la art. 5 din acesta.

(2) În cazul în care executarea este numai parțială, dar este corespunzătoare, suma datorată, potrivit alin. (1) se calculează proporțional cu nivelul Lucrărilor neexecutate. Dacă nu se poate stabili

proporția neexecutării Contractului ori pentru executarea totală, dar necorespunzătoare, Executantul datorează Beneficiarului daune compensatorii în cuantum de 10% din valoarea totală a Contractului, inclusiv, dacă este cazul, a actelor adiționale la acesta.

(3) În cazul în care executarea este parțială și, totodată, necorespunzătoare, Executantul datorează Beneficiarului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 15 % din valoarea totală a Contractului, inclusiv, dacă este cazul, a actelor sale adiționale.

(4) În situațiile prevăzute la alin. (1), (2) și (3) din prezentul articol Beneficiarul nu este dator să probeze existența și/sau întinderea prejudiciului suportat (caracterul indemnitar al clauzei penale) Contravaloarea cotei procentuale prevăzute la alin. (1), (2) sau, după caz, (3) din prezentul articol se poate deduce din valoarea Contractului.

Art.23. Modalități de plată

23.2- (1) În vederea efectuării plății lucrărilor executate se vor trimite la Achizitor următoarele documente: (...)

- facturi pentru materiale.”

Cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, S.C. S.A. a înaintat autorității contractante notificarea prealabilă nr. 941/17.02....., în cuprinsul căreia a prezentat motivele apreciate ca fiind nelegale.

Referitor la notificarea prealabilă menționată anterior, contestatorul menționează că la data de 17.02....., societatea sa a transmis CONSILIULUI JUDEȚEAN, prin fax și e-mail, notificarea prealabilă, solicitând confirmarea acesteia de către autoritatea contractantă.

La data de 20.02....., autoritatea contractantă i-a transmis contestatorului, prin e-mail, confirmarea primirii notificării prealabile, iar la data de 21.02....., prin adresa nr. 2558, aceasta i-a comunicat S.C. S.A. răspunsul la notificarea prealabilă, prin care a înțeles să remedieze, parțial, criticile invocate, respectiv a eliminat din contract Clauza 15.2. alin. (2).

În ceea ce privește justificarea prezentată de către autoritatea contractantă cu privire la Clauza nr. 15.1 alin. (2) și alin. (3), contestatorul afirmă că și-a însușit această justificare, sens în care nu va mai critica clauza menționată.

În acest context, S.C. S.A. înțelege să critice prin prezenta contestație restul clauzelor contractuale neremediate de către autoritatea contractantă, după cum urmează :

Cu privire la Clauza 15.2 (1), contestatorul precizează următoarele :

Posibilitatea ca valoarea penalităților să depășească valoarea debitului este o prevedere ilegală, motivat de faptul că nu se respectă principiul bunei-credințe și cel al principiilor de diligență în executarea obligațiilor.

Se crează un dezechilibru contractual, întrucât în cazul achizitorului, în situația nerespectării obligației de efectuare a plății sau a efectuării acesteia cu întârziere, nu este prevăzută o sancțiune similară celei stabilite în sarcina executantului.

Mai mult decât atât, este ilegal ca executantul să răspundă mai mult decât eventualul prejudiciu creat, în condițiile în care există posibilitatea

reparării în natură a prejudiciului în cauză, respectiv a executării categoriilor de lucrări (neexecutate și/sau executate necorespunzător).

În opinia contestatorului, însumarea tuturor argumentelor, expuse anterior, conduce la stabilirea naturii abuzive a clauzei susmenționate, din perspectiva Legii 72/2013, sens în care solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea mențiunii de depășire de către penalități a debitului existent și indicarea clară a faptului că valoarea penalităților nu poate depăși valoarea debitului.

Referitor la Clauza 15 (4) –1-4, S.C. S.A. aduce la cunoștința Consiliului următoarele :

În urma analizării prevederilor Clauzei 15 (4) 1-3, a constatat caracterul "ambiguu" al acestora, în sensul că nu poate înțelege modalitatea în care se vor percepe penalitățile.

Potrivit susținerilor contestatorului, este de datoria achizitorului, în situația în care prevede niște penalități/sanctiuni/daune compensatorii să le formuleze în așa fel, încât acestea să poată fi înțelese de către oricare ofertant, pentru realizarea scopului preventive ale acestora.

Astfel, în ceea ce privește punctul 15.4.1 - "(...) *neexecutare totală a obligațiilor - 20% din valoarea totală a contractului*", contestatorul nu înțelege ce reprezintă neexecutarea totală a lucrărilor, și anume neexecutarea a unei categorii de lucrări (ansamblu), conform grafic de execuție sau neexecutare totală a contractului.

De asemenea, contestatorul susține că aplicarea procentului de 20% la total valoare contract este "nejustificată", întrucât, în cazul în care nu s-ar executa, de exemplu, o categorie de lucrare și/sau un ansamblu, este nelegal ca societatea sa să fie obligată la plata unei valori superioare prejudiciului suferit de către achizitor.

Referitor la punctul 15.4.2, S.C. S.A. arată că se face vorbire despre mai multe posibile situații: (...) executare parțială corespunzătoare, executare totală, dar necorespunzătoare și situația imposibilități stabilirii proporției de execuție, fără a se specifica criteriile avute la bază.

În aceste condiții, nu există nicio restricție pentru achizitor la aplicarea procentului de 10% din total valoare contract, cu titlu de daune compensatorii.

Totodată, nu este identificată o obligație clară a executantului, a cărei nerespectare să conducă la dreptul aplicării procentului de 10% din total valoare contract, cu titlu de daune compensatorii.

Cu privire la punctul 15.4.3, contestatorul menționează că vizează executarea parțială și necorespunzătoare, revenind practic la punctul 15.4.2, doar că se prevede o altă sancțiune.

Raportat la punctul 15.4.4, unde se specifică dreptul beneficiarului de a nu proba existența și/sau întinderea prejudiciului, contravaloarea daunelor compensatorii putând fi deduse din valoarea contractului, S.C. S.A. precizează următoarele :

Cum se face distincția de către beneficiar între sancțiunile aplicabile, conform punctelor 1, 2, 3 susmenționate, în condițiile în care acesta nu trebuie să probeze nimic. Practic, executantul este la dispoziția achizitorului, fiind expus la perceperea oricăror sume cu titlu de daune compensatorii.

Neprobarea de către achizitor a prejudiciului suferit reprezintă un abuz de drept.

Raportarea cuantumului penalităților/daunelor compensatorii trebuie să se facă la valoarea lucrărilor neexecutate/executate cu întârziere/necorespunzător și nu la total valoare contract.

În ansamblul prevederilor contractului de lucrări, cumulul penalităților/daunelor compensatorii/daunelor moratorii/execuția garanției de bună-execuție este "excesiv", argumentația achizitorului constând în invocarea principiului priorității interesului public față de cel privat, nefiind de natură să îl scutească pe acesta de aplicarea principiului invocat cu bună-credință.

Față de cele expuse mai sus, S.C. S.A. solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să oblige la reformularea Clauzei 15.4, în considerarea următoarelor solicitări:

- eliminarea cumulului de penalități;
- raportarea penalităților la valoarea lucrărilor neexecutate/executate cu întârziere/necorespunzător;
- menționarea fermă a faptului că achizitorul trebuie să probeze existența și întinderea prejudiciului, precum și obligația acestuia de a notifica executantul, anterior reținerii oricăror sume de bani.

În ceea ce privește clauzele criticate mai sus, contestatorul completează argumentația prezentată și cu dispoziții ale Codului civil, care demonstrează nelegalitatea acestora, dar și caracterul abuziv, și anume art. 1533, cu privire la previzibilitatea prejudiciului și art. 12, care vizează clauza abuzivă, precum și art. 15, unde sunt prevăzute clauzele abuzive, din Legea nr. 72/2013.

Cu privire la daunele moratorii în cazul obligațiilor de a face, S.C. S.A. invocă prevederile art. 1536 din Codul civil, potrivit cărora "În cazul altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani, executarea cu întârziere dă întotdeauna dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care s-a stipulat o clauză penală ori creditorul poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației."

Cu alte cuvinte, și în acest caz legiuitorul reglementează valoarea daunelor, în sensul că prezumă faptul că simpla întârziere în executarea unei obligații cauzează creditorului un prejudiciu egal valoric cu dobânda legală calculată asupra echivalentului în bani al obligației neexecutate de către debitor.

Cu toate acestea, evaluarea daunelor-interese moratorii, potrivit art. 1536 teza I din Codul civil, nu înlătură, dreptul creditorului de a dovedi, în mod efectiv, existența unui eventual prejudiciu mai mare cauzat de întinderea în executarea obligației, caz în care va avea dreptul la acoperirea reală a întregului prejudiciu suferit (în instanță).

Mai mult decât atât, prin stipularea în contract a clauzei penale privind plata penalităților pentru fiecare zi de întârziere în executarea obligațiilor, părțile au în vedere toate daunele și limitează, prin acordul lor de voință, cuantumul acestora. Prin urmare, instanța nu poate acorda, în plus, alte despăgubiri (ex. Pentru beneficiu nerealizat).

Astfel, se tranșează definitiv o răspundere pentru o eventuală abatere, deoarece prin clauza penală se determină anticipat tocmai despăgubirile pe care debitorul le va plăti pentru respectiva abatere. În consecință, creditorul nu mai are dreptul să pretindă și despăgubiri, chiar dacă prejudiciul ar fi mai mare decât suma care face obiectul clauzei penale. În cazul de față, fiind vorba de o autoritate publică, contestatorul consideră că nu este oportun să se renunțe la un asemenea drept prin proprie voință, instituțiile publice prin însăși natura lor fiind îndreptățite și chiar obligate la îndeplinirea oricărei creanțe ce i se cuvine.

În acest sens, clauza penală, având o funcție sancționatorie, aplicarea ei este justificată numai în cazul în care nerespectarea obligației este imputabilă debitorului.

În susținerea celor prezentate mai sus, S.C. S.A. invocă, ca și jurisprudență, decizia nr. 1743/2006, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția Comercială.

Referitor la art. 23 – "Modalități de plată", contestatorul precizează următoarele:

- Solicitarea de prezentare a facturilor nu are un temei legal, singura modalitate legală de solicitare a prezentării facturilor pentru materiale fiind justificată, din punct de vedere legal, în contextul justificării prețului neobișnuit de scăzut și nu ca o condiție de efectuare a plății lucrărilor executate;

- Încalcă prevederile referitoare la concurența și secretul comercial, fiecare operator economic având parteneriate formate în timp și în considerentele propriilor capacități financiare;

- Care este justificarea practică a acestei solicitări, în condițiile în care modalitatea de decontare este reglementată prin Ordinul Ministerului Finanțelor nr. 784/1998, făcându-se pe baza situațiilor de plată cu respectarea prețurilor unitare ferme din devizele contractate.

În ceea ce privește argumentația achizitorului, referitoare la acțiunea de audit financiar a Camerei de Conturi asupra bugetului autorității județene, S.C. S.A. menționează următoarele :

- Reprezintă o dovadă a neasumării responsabilității organizării procedurii de atribuire;

- Contractul de achiziție publică se semnează de către autoritatea contractantă și executant, urmare a unei proceduri de atribuire, în care Curtea de Conturi nu are nicio calitate;

- Rezultatele și/sau diferite imputații ale Curții de Conturi vizează strict relația Consiliului Județean cu Curtea de Conturi, operatorul economic/ofertantul neputând fi obligat la a pune în aplicare dispoziții ale Curții de Conturi, emise cu privire la activitatea Consiliului Județean, neexistând prevedere legală în acest sens;

- Potrivit legislației existente în România, Curtea de Conturi nu este abilitată în a emite Legi/Hotărâri/Ordonanțe, constatările/imputările acesteia neavând putere de lege, din contră, există căi de atac împotriva rapoartelor emise de Curtea de Conturi, cu excederea prevederilor legale.

În acest context, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea solicitării de prezentare a facturilor pentru materiale.

Concluzionând, S.C. S.A. solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor admiterea contestației sale, astfel cum a fost formulată și obligarea CONSILIULUI JUDEȚEAN la remedierea documentației de atribuire/modelului de contract, conform celor expuse în cuprinsul contestației.

În probațiune, contestatorul de depus la dosarul cauzei, în copie, înscrisuri.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost depus punctul de vedere al autorității contractante nr. 3286/03.03....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 7533/03.03....., referitor la contestația formulată de către S.C. S.A., prin care se precizează următoarele :

Referitor la solicitarea contestatorului, de obligare a autorității contractante la reformularea clauzei 15.4, care vizează clauza penală din contract, ... arată că, clauza penală este "acea prevedere contractuală prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în caz că nu va executa obligația principală pe care și-a asumat-o".

Așadar, prin clauza contractuală părțile determină anticipat echivalentul prejudiciului pe care l-ar suferi creditorul ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației de către debitorul său.

Conform art. 1538 alin. (4) din Codul civil, "*Creditorul nu poate cere atât executarea în natură a obligației principale, cât și plata penalității, afară de cazul în care penalitatea a fost stipulată pentru neexecutarea obligațiilor la timp sau în locul stabilit. În acest din urmă caz, creditorul poate cere atât executarea obligației principale, cât și a penalității, dacă nu renunță la acest drept sau dacă nu acceptă, fără rezerve, executarea obligației. Legislația ce reglementează clauza penală prevede, în mod expres, prezumția existenței prejudiciului, creditorul putând cere executarea clauzei penale, fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu*".

De asemenea, la art. 1541 din Codul civil, a fost prevăzut dreptul instanței de a reduce quantumul penalității, în cazul în care este vădit excesivă față de prejudiciul previzibil cauzat creditorului. Cu toate acestea, rolul sancționator al clauzei penale este păstrat, legiuitorul impunând că, și în cazul în care instanța reduce quantumul prestației care constituie clauza penală, penalitatea astfel redusă trebuie să rămână superioară obligației principale. Penalitatea nu poate fi solicitată atunci când executarea obligației a devenit imposibilă din cauze neimputabile debitorului.

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 72/2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, sunt calificate de lege, ca fiind abuzive, următoarele clauze :

- Cele care exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare;
- Cele care fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor;

- Cele care prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin.(3) sau, după caz, la art. 6 și art. 7 alin. (1);

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

- Cele care elimină posibilitatea plății de daune-interese suplimentare;

- Cele care stabilesc un termen pentru emiterea/primirea facturii.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, contractul de achiziție publică este un contract administrativ și nu un contract de drept privat. Încheierea, executarea și încetarea contractului administrativ sunt subordonate principiului priorității interesului public față de interesul privat. Articolul a cărui modificare se solicită de către contestator reglementează evaluarea convențională a daunelor compensatorii, în conformitate cu dispozițiile art. 1538 din Codul civil.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă subliniază că întregul model de contract conține clauze standard care pleacă de la prezumția de responsabilitate și executare a contractului de către părți și nu de la cea a diminuării răspunderii pentru neexecutarea contractului.

În opinia autorității contractante, stipularea clauzei penale prezintă o mare utilitate practică, deoarece se evită dificultățile de evaluare judiciară a daunelor-interese, creditorul nefiind obligat să dovedească existența și întinderea prejudiciului. Pentru a obține contravaloarea despăgubirilor stabilite prin clauza penală, este suficient ca creditorul să probeze faptul neexecutării, executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a obligației, astfel cum este prevăzut la art. 1538 alin. (4) din Codul civil.

Cu privire la clauza nr. 15.1 alin. (2), care definește neexecutarea totală a contractului, prevăzută anterior, autoritatea contractantă susține că aceasta se interpretează sistematic, potrivit art. 1267 și următoarele din Codul civil. Astfel, existența unei cauze exoneratoare de răspundere, inclusiv forța majoră, este, în mod expres, prevăzută la clauza 15.1 alin. (1), iar clauza 15.1 alin. (3) va fi, de asemenea, interpretată sistematic, prin raportare la întreg contractul.

Prin urmare, răspunderea contractuală a părților nu poate fi atrasă decât în condițiile unei culpe, astfel cum este stipulat la clauza nr. 15.1 alin. (1): *“partea în culpă răspunde față de cealaltă parte pentru prejudiciul produs”*.

Potrivit susținerilor autorității contractante, clauzele contractuale care reglementează clauza penală (15.4) sunt “îndeajuns de clare”, fără să dea naștere unor abuzuri, după cum urmează :

- neexecutarea parțială a contractului din culpa executantului, fără probarea unor cauze exoneratoare, activează clauza nr. 15.4 alin. (1) – 20% din valoarea totală a contractului;

- neexecutarea parțială a contractului, dar corespunzătoare din culpa executantului, fără probarea unor cauze exoneratoare activează clauza nr. 15.4 alin. (1) – 20% din valoarea lucrărilor neexecutate;

- executarea necorespunzătoare, dar totală (finalizarea lucrărilor) a contractului din culpa executantului activează clauza 15.4 alin.(2) – 10% din valoarea totală a contractului;

- executarea necorespunzătoare și parțială a contractului din culpa executantului activează clauza 15.4 alin. (3) – 15% din valoarea totală a contractului.

Referitor la solicitarea contestatorului, de menționare expresă a obligației de probare a existenței și întinderii prejudiciului, autoritatea contractantă aduce la cunoștința Consiliului următoarele aspecte :

Repararea prejudiciului prin activarea clauzei penale are loc în cadrul mai larg al angajării răspunderii contractuale a debitorului. Astfel, pentru activarea clauzei penale trebuie să se pornească de la condițiile, preponderent pozitive, ale răspunderii contractuale, și anume: fapta ilicită (neexecutarea obligației), prejudiciul, raportul de cauzalitate, vinovăția debitorului (cu regimul prezumției legale în cazul culpei de neexecutare), absența unei clauze/convenții de nerăspundere.

Asigurarea funcțiilor clauzei penale, îndeosebi cea de reparare a prejudiciului, precum și de sancționare a debitorului, a determinat legiuitorul să renunțe la cerința dovedirii prejudiciului în conturarea regimului legal al clauzei (art. 1538 alin. 4 din Codul civil). Celelalte condiții ale angajării răspunderii contractuale a debitorului rămân a fi îndeplinite. Așadar, clauza penală nu este un remediu contractual de sine stătător, iar analizarea regimului ei trebuie să pornească de la verificarea cerințelor răspunderii contractuale a debitorului, minus cerința dovedirii prejudiciului, întrucât prin clauză se compensează prejudiciul creditorului. Astfel, în caz de neînțelegere între părți, creditorul poate fi chemat să dovedească neexecutarea obligației, în funcție de felul acesteia (pozitivă, negativă, de rezultat, de mijloace), operațiune care va declanșa prezumția relativă de culpă de debitorului, doar dacă nu cumva creditorul poate demonstra o eventuală intenție sau culpă gravă în neexecutare, ipoteză în care nu va mai beneficia de prezumția relativă.

În ceea ce privește clauza nr. 15.2 alin. (1) din contract, autoritatea contractantă arată că penalitățile de întârziere prevăzute de aceasta se calculează prin aplicarea procentului de 0,1%/zi de întârziere la valoarea lucrărilor executate cu întârziere, pentru care nu s-a respectat termenul de execuție convenit și s-a emis o factură fiscală.

În actuala reglementare, Legea nr. 72/2013, debitul poate fi depășit de sumele accesorii, fără a fi necesară o clauză expresă în acest sens.

Nivelul penalităților de întârziere aferente obligației de plată a achizitorului nu este limitat la valoarea debitului principal.

Cu privire la clauza nr. 23 – “Modalități de plată”: facturi pentru material, documente justificative, autoritatea contractantă precizează că articolul a cărui excludere se solicită a fost introdus în contract urmare a acțiunii de audit financiar a Camerei de Conturi asupra bugetului autorității județene și nu poate fi eliminat.

În același sens, ... invocă și dispozițiile legale, prevăzute în Ordinul Ministerului dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor nr. 863/2008, privind Instrucțiunile de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului cadru al

documentației tehnico-economice, aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, potrivit cărora cheltuielile aferente consumurilor de resurse materiale cuprinde valoarea materialelor calculată cu prețurile de la furnizori, fără T.V.A.

Alăturat punctului de vedere, ... a anexat, în copie, dosarul achiziției publice.

II. Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./....., S.C. S.R.L. critică răspunsurile la clarificări vizând documentația de atribuire, emise de către, în cadrul procedurii de achiziție publică menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele :

Astfel, contestatorul arată că, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 502/06.03....., a formulat notificare prealabilă, față de care autoritatea contractantă a răspuns la data de 08.03....., precizând că nu înțelege să adopte măsurile de remediere solicitate.

În opinia contestatorului, modul de întocmire a răspunsului la notificarea prealabilă relevă faptul că autoritatea contractantă dorește să își rezerve "un drept absolut" de a aprecia caracterul conform al ofertelor, „fără a da în schimb potențialilor ofertanți informațiile privind documentele necesare și criteriile ce vor fi utilizate la evaluarea ofertelor”.

În fapt, raportat la "mențiunile neclare" din cuprinsul documentației de atribuire, S.C. S.R.L. a solicitat autorității contractante clarificări, însă prin răspunsurile formulate aceasta nu a clarificat aspectele solicitate, elaborând "răspunsuri evazive" și menținând caracterul strict subiectiv ale modului de apreciere a îndeplinirii unor cerințe de către ofertant.

În sensul celor expuse anterior, contestatorul invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016 și pe cele ale Normelor metodologice, aprobate prin H.G. nr. 395/2016, conform cărora "autoritatea contractantă are obligația de a întocmi documentația de atribuire într-un mod clar și complet", astfel încât să nu existe riscul unor interpretări ulterioare subiective din partea comisiei de evaluare.

Această obligație a autorității contractante se coroborează cu principiile nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței care guvernează materia achizițiilor publice.

Prin urmare, prin "modul neclar" în care a stabilit dovedirea îndeplinirii unor cerințe, autoritatea contractantă și-a păstrat "dreptul subiectiv" de a decide, peste normele legale și peste criteriile de atribuire, care dintre oferte vor fi considerate admisibile și, în mod indirect, care dintre oferte vor fi desemnată câștigătoare, în contradicție cu legislația care guvernează această materie.

În cele ce urmează, vor fi analizate, punctual, fiecare dintre aceste aspecte, relevând, totodată, necesitatea ca autoritatea contractantă să lămurească, în mod expres, fiecare dintre prevederile documentației de atribuire puse în discuție, astfel încât să nu existe riscul unei evaluări ulterioare subiective

Astfel, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a indicat ce documente sunt necesare pentru a demonstra îndeplinirea cerinței ca ofertantul „să demonstreze că soluția tehnică pe care o va adopta la execuție, va îndeplini întrutotul aceste cerințe - fișa de date punctul IV.4) PREZENTAREA OFERTEI-IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice”, în condițiile în care i-a solicitat clarificări în acest sens, prin adresa nr. 434/28.02....., iar aceasta a răspuns făcând referire la o clarificare anterioară, respectiv răspunsul 14 din clarificarea nr. 35, omițând în continuare să formuleze un răspuns clar la solicitarea concretă de clarificări a S.C. S.R.L.:

- *„prezentarea soluției tehnice este la latitudinea ofertantului, iar ulterior la aprecierea comisiei de evaluare”;*

- *„detalierea propunerii tehnice aparține ofertantului. Cu cât este mai detaliată cu atât este mai convingătoare și limitează numărul de solicitări de clarificări ale căror răspunsuri pot fi considerate concludente sau nu”.*

Față de aceste „lămuriri” prezentate de către autoritatea contractantă, contestatorul menționează că nu au nicio legătură cu aspectele practice care au fost supuse clarificărilor și „produc și mai multă confuzie”.

Mai mult decât atât, contestatorul afirmă că, prin răspunsurile formulate, autoritatea contractantă recunoaște, în mod direct, că își rezervă dreptul de a stabili, ulterior, care oferte sunt conforme și care răspunsuri la solicitările de clarificări sunt conforme, fără a oferi însă și criteriile obiective ale unor astfel de aprecieri.

În acest context, S.C. S.R.L. consideră că se impune cu necesitate obligarea autorității contractante la precizarea, în mod expres, a documentelor pe care trebuie să le prezinte ofertantul pentru a dovedi că soluția tehnică pe care o va adopta la execuție va îndeplini întrutotul cerințele documentației de atribuire.

De asemenea, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a specificat care sunt documentele pe care ofertantul trebuie să prezinte pentru a demonstra că dispune de resurse materiale suficiente pentru a executa contractul, deși societatea sa a solicitat clarificări în această privință, iar a răspuns făcând trimitere la o clarificare anterioară, și anume răspunsul 14 din clarificarea 35, prin care, la aceeași solicitare de clarificări, a răspuns următoarele : „pentru resursele materiale în cazul în care constructorul nu deține stocuri sau este direct producător, se pot prezenta contracte deja încheiate cu furnizorii sau antecontracte/promisiuni de furnizare respectivelor materiale. Aceasta demonstrează în primul rând că ofertantul/constructorul este activ și nu este ofertant de ocazie”.

Prin răspunsul la ultima solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a menționat, în mod suplimentar, următoarele :

„Solicitarea nu contravine Legii nr.98/2016, iar dacă considerați așa, vă solicităm să și motivați înainte să acuzați. Un ofertant activ își procură materiale în baza unor contracte de furnizare. Poate să nu aibă stocuri, dar are contracte cu furnizorii agreeți de el.”

Având în vedere cele expuse anterior, S.C. S.R.L. apreciază că se impune, cu necesitate, obligarea autorității contractante la precizarea, în mod expres, a criteriilor pe care trebuie să le îndeplinească și

a documentelor pe care trebuie să le prezinte ofertantul pentru a dovedi că dispune de resurse materiale suficiente pentru executarea lucrărilor, urmând a fi excluse documentele cu caracter confidențial sau care conțin date financiare, precum și referirea la "ofertant de ocazie".

Totodată, S.C. S.R.L. aduce la cunoștința Consiliului faptul că autoritatea contractantă nu a indicat care sunt documentele pe care ofertantul trebuie să le prezinte pentru a demonstra că dispune de resurse financiare suficiente pentru a executa contractul, deși i-a solicitat clarificări în această privință, iar aceasta a răspuns făcând trimitere la o clarificare anterioară, respectiv răspunsul 14 din clarificarea 35, prin care, la aceeași solicitare de clarificări, a răspuns: *„pentru resursele financiare se pot prezenta ultimele situații financiare (ultima bilanță contabilă întocmită) din care reies lichiditățile sau liniile de credit contractate de la bancă. De asemenea, ofertantul are posibilitatea de a fi susținut financiar de către un terț care va prezenta aceste dovezi încă din faza de ofertare, ca anexă la angajamentul dat și la DUAE”*.

Prin ultimul răspuns la clarificări, autoritatea contractantă a precizat, în mod suplimentar: *„a nu se confunda informațiile din situațiile financiar-contabile care justifică resursele financiare ale ofertantului cu oferta financiară sau justificarea acesteia (justificări de prețuri sau tarife oferite)”*.

În opinia contestatorului, răspunsul la solicitarea de clarificări nu este unul clar, întrucât nu specifică perioada pentru care ofertantul trebuie să prezinte lichiditățile, respectiv dacă este necesar un grafic de cash/flow pentru perioada de execuție.

Pe cale de consecință, S.C. S.R.L. consideră că se impune, cu necesitate, obligarea autorității contractante la precizarea, în mod expres, a criteriilor pe care trebuie să le îndeplinească și a documentelor pe care trebuie să le prezinte ofertantul pentru a dovedi că dispune de resurse financiare suficiente pentru executarea lucrărilor, inclusiv perioada ce trebuie avută în vedere de ofertant.

În continuarea contestației formulate, S.C. S.R.L. mai arată că autoritatea contractantă nu a specificat care sunt documentele pe care ofertantul trebuie să le prezinte pentru a demonstra că dispune de resurse umane suficiente pentru a executa contractul, deși i-a solicitat clarificări în acest sens, iar aceasta a răspuns făcând trimitere la o clarificare anterioară, și anume răspunsul 14 din clarificarea 35, prin care, la aceeași solicitare de clarificări, a răspuns : *„pentru resursele umane se poate prezenta un centralizator cu categoriile de salariați (fără nume, doar număr), de interes pentru realizarea contractului (de ex. muncitori, ingineri, etc.). Pentru RTE și CQ de exemplu se pot prezenta contracte de colaborare sau există posibilitatea ca CQ să fie angajat cu CIM la o societate care se respectă”*.

În ultimul răspuns la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a menționat, în mod suplimentar, că *„aprecierea resurselor umane, ca număr disponibil pentru acest proiect este la latitudinea comisiei de evaluare. Dacă resursele umane vor fi considerate insuficiente, se vor solicita clarificări motivate”*.

Pentru toate resursele tehnice, în răspunsul anterior la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a precizat că *„fiind procedura simplificată, am lăsat să se înțeleagă că resursele tehnice constituie o obligație pentru îndeplinirea contractului, fără de care lucrările, evident, nu pot fi executate. Resursele tehnice pot aparține ofertantului sau unor terți sau pot fi completate de către subcontractanți. Nu trebuie prezentate decât la solicitarea autorității contractante, dacă este cazul.”*

Față de cele prezentate anterior, contestatorul apreciază că se impune, cu necesitate, obligarea autorității contractante la precizarea, în mod expres, a criteriilor pe care trebuie să le îndeplinească și a documentelor pe care trebuie să le prezinte ofertantul pentru a dovedi că dispune de resurse financiare suficiente pentru executarea lucrărilor, inclusiv perioada ce trebuie avută în vedere de către ofertant.

De asemenea, S.C. S.R.L. menționează că autoritatea contractantă nu a prevăzut cum va stabili „suficient”, ca ordin de mărime, deși i-a solicitat să răspundă cum poate ști un ofertant ce consideră autoritatea contractantă drept „suficient ca ordin de mărime”, iar răspunsul acesteia a fost următorul: *„Deciziile aparțin unei comisii de evaluare, care va motiva orice decizie luată”*.

Conform susținerilor contestatorului, acest răspuns nu poate fi reținut, întrucât nu asigură ofertantului nici cel mai mic indiciu despre criteriile obiective după care resursele sale vor fi catalogate de către comisia de evaluare drept „suficiente”, impunându-se ca autoritatea contractantă să definească și această cerință.

Totodată, în răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a invocat informații de interes ce rezultă din caietul de sarcini, fără a specifica la ce caiet de sarcini se referă.

Prezenta procedură de achiziție publică are ca obiect proiectare și execuție, ceea ce înseamnă, în opinia contestatorului, că nu există un caiet de sarcini, obligația întocmirii acestuia revenindu-i ulterior ofertantului desemnat câștigător, în faza de proiectare.

Răspunzând întrebării contestatorului cu privire la care caiet de sarcini se face referire, autoritatea contractantă a invocat, din nou, răspunsul 14 din solicitarea de clarificări 35, unde nu se regăsește însă nicio mențiune vizând această solicitare.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă are obligația de a preciza care sunt informațiile de interes și în ce caiet sarcini sunt prevăzute, respectiv care sunt modalitățile de furnizare a informațiilor și modurile de dovedire a îndeplinirii unei eventuale cerințe în acest sens.

Mai mult decât atât, ... nu a stabilit, în mod cert, dacă graficul va include atât proiectarea, cât și execuția, deși contestatorul i-a solicitat clarificări în acest sens, iar acesta a răspuns, astfel: *„da, reprezentarea grafică a graficului de execuție a lucrărilor aparține ofertantului. Serviciile de proiectare nu necesită niciun grafic pentru că aici se discută de termen de elaborare.”*

Cu toate acestea, contestatorul consideră că răspunsul autorității contractante nu este clar, deoarece în durata de execuție a contractului intră atât proiectarea, cât și execuția, iar conform FDA durata maximă a

contractului de 24 luni include și perioada de proiectare de maximum 60 de zile.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a menționat, în mod clar, dacă pe grafic va figura atât proiectarea, cât și execuția, se impune o clarificare clară a autorității contractante într-un sens sau în celălalt.

Ulterior, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a arătat că graficul de execuție nu se poate referi decât la lucrări, „proiectul tehnic fiind doar un serviciu care va fi elaborat într-un anumit termen, fără niciun grafic”, însă și această precizare, potrivit susținerilor contestatorului, trebuie să îmbrace forma unei clarificări, nefiind suficient a fi cuprinsă într-un răspuns la notificarea prealabilă.

Prin urmare, ... a întocmit, „într-un mod deficitar”, documentația de atribuire, punând ofertanții în imposibilitatea de a prevedea dacă ofertele lor sunt conforme.

În același sens, contestatorul subliniază că autoritatea contractantă a refuzat să clarifice aceste aspecte esențiale, formulând răspunsuri la solicitările de clarificări, care nu sunt de natură să lămurească lucrurile, ci, dimpotrivă, „să producă și mai multă confuzie și să implice și mai mult subiectivism din partea comisiei de evaluare”.

În finalul contestației în cauză, S.C. S.R.L. mai precizează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a prezentat argumente care vizează o fază ulterioară, respectiv faza evaluării ofertelor, omițând în continuare să lămurească „aspectele neclare” sesizate prin solicitările de clarificări.

Refuzând să clarifice aspectele sesizate, contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat prevederile Legii nr. 98/2016 și principiile transparenței, nediscriminării și tratamentului egal impuse de acest act normativ.

Pentru toate aceste motive, S.C. S.R.L. solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să admită contestația sa, astfel cum a fost formulată și să dispună obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere necesare.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016 și pe cele ale H.G. nr. 395/2016.

În probațiune, S.C. S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, înscrisuri.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a fost de depus punctul de vedere al autorității contractante nr. 3905/14.03....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 8960/15.03....., referitor la contestația formulată de către S.C. S.R.L., prin care se precizează următoarele :

La data de 28.02....., contestatorul a transmis, prin S.E.A.P., o solicitare de clarificări, înregistrată cu nr. 434, la care autoritatea contractantă a răspuns la data de 02.03....., prin adresa nr. R20(S32) – răspunsul nr. 20 la solicitarea nr. 32.

La data de 06.03....., S.C. S.R.L. a transmis, prin e-mail, notificarea prealabilă nr. 502, înregistrată la cu nr. 3409/06.03.2016, la care autoritatea contractantă a răspuns, prin e-mail, la data de 08.03.....

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a încercat să clarifice, „într-un mod cât se poate de detaliat”, modul de elaborare a propunerii tehnice, explicând, punctual, fiecare solicitare în parte.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă menționează că solicitările de clarificări formulate de către S.C. S.R.L. sunt de, de fapt, „nemulțumiri personale” cu privire la cerințele fișei de date a achiziției.

Așa cum s-a răspuns și la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă nu este răspunzătoare de capacitatea fiecărui ofertant de a-și întocmi propria propunere tehnică, în condițiile în care, pentru elaborarea acesteia, a fost încărcată în S.E.A.P. o documentație tehnică specifică achiziției de lucrări de tipul „proiectare și execuție”.

Pentru serviciile de proiectare a fost transmisă și o temă de proiectare, care constituie caietul de sarcini, în cuprinsul căreia s-au specificat următoarele :

„Beneficiarul pune la dispoziția ofertanților Documentația pentru Avizarea Lucrărilor de Investiții, expertiza tehnică, studiile topografice, studiile geotehnice, întocmite de S.C. << Rutier Conex XXI>> S.R.L., Avizul CTE, emis de pentru varianta <<A>> care împreună cu prezenta temă de proiectare constituie caietul de sarcini pentru ofertă”.

De asemenea, documentația tehnică pusă la dispoziția ofertanților a fost completată și clarificată prin multe răspunsuri, în cel mai mic detaliu solicitat, în cadrul sesiunii de clarificări, înainte de ofertare.

Totodată, în cuprinsul răspunsului la notificare, i s-au adus la cunoștință operatorului economic S.C. S.R.L. toate documentele care trebuie prezentate în cadrul propunerii tehnice, care au fost enumerate, de altfel, și în fișa de date a achiziției.

Mai mult decât atât, s-a explicat că propunerea tehnică are un caracter propriu, la fel ca și propunerea financiară, cele două fiind strâns legate între ele din punct de vedere justificativ și s-a prezentat deosebirea dintre criteriile de calificare și cerințele propunerii tehnice.

S.C. S.R.L. și-a manifestat nemulțumirea în legătură cu cerința de prezentare sau demonstrare a disponibilității resurselor materiale, financiare și umane în cadrul propunerii tehnice, necesare în mod evident pentru îndeplinirea contractului, în special partea de lucrări. Cerința reprezintă reducerea riscului autorității contractante de a încheia un contract cu un operator economic, care chiar dacă a ofertat un preț scăzut sau un termen mic de execuție ca să câștige licitația, nu poate justifica disponibilitatea (de exemplu: resurse materiale sau financiare) sau încadrarea resurselor propuse în mod obligatoriu (de exemplu: resursele umane) în devizele de lucrări ale propunerii tehnice.

Contestatorul a prezentat opinia proprie, cu privire la confidențialitatea informațiilor vizând contractele cu furnizorii de materiale, fapt pentru care i s-a prezentat situația excluderii din procedură pentru un astfel de comportament, încălcându-se principiul transparenței între acesta și autoritatea contractantă. De asemenea, i s-a prezentat posibilitatea indicării informațiilor pe care le consideră ca fiind confidențiale pentru ceilalți ofertanți, dar în niciun caz pentru autoritatea contractantă.

Au fost prezentate explicații detaliate despre posibilitatea propusă de către S.C. S.R.L., de a prezenta resursele financiare sub forma unei scrisori de cash-flow, fiindu-i explicat faptul că modul de explicare a acestei resurse este la alegerea fiecăruia, în condițiile în care în fișa de date a achiziției nu a fost specificat un mod anume, pentru a nu fi o cerință restrictivă prin omiterea vreunei variante.

Totodată, i s-a adus la cunoștință contestatorului situația că, în cazul susținerii resursei financiare prin scrisoare bancară de cash-flow, se va solicita oricum ultima balanță contabilă, în scopul justificării realității acelei scrisori, pentru simplul fapt că orice linie de credit accesată se înregistrează contabil.

În ceea ce privește modalitatea de prezentare a graficului de execuție, aceasta a fost explicată, în mod clar, prin faptul că termenul de execuție a contractului este unul comun (proiectare + execuție), perioadă ce va fi întreruptă după livrarea proiectului (în maximum 60 de zile) pentru obținerea autorizației de construcție și a avizelor necesare execuției lucrărilor, diferența de timp ofertată, aferentă execuției lucrărilor, rămânând neafectată de suspendarea procedurii de atribuire.

Potrivit susținerilor autorității contractante, situația, expusă anterior, a fost prezentată și în cadrul altor clarificări, depuse de către alți operatori economici.

O altă nemulțumire, venită de la un operator care activează în domeniul construcțiilor, vizează perioada de garanție acordată lucrărilor și intervențiile garantate în această perioadă, astfel că, în clarificarea solicitată, operatorul economic pune întrebarea și își dă singur răspunsul, iar autoritatea contractantă i-a răspuns că are dreptate.

Concluzionând, ... solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să respingă ca nefondată și lipsită de temei contestația formulată de către S.C. S.R.L.

Analizând contestațiile formulate de către S.C. S.A. și de către S.C. S.R.L., prin luarea în considerare a susținerilor părților, a înscrisurilor aflate la dosarul cauzei și a dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul constată următoarele:

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect obiect „Proiectare și execuție la obiectivul <<Modernizare DJ 203h, km 16+000-25+500, Buda-Alexandru Odobescu – limita județ Vrancea, județul>>”, ... a ales procedura simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, ce a fost demarată la data de, prin publicarea, în S.E.A.P. a invitației de participare nr.

Conform invitației de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate preț”, valoarea estimată fiind de 22.402.600 lei, fără T.V.A.

Analizând contestațiile formulate de către S.C. S.A. și de către S.C. S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează conținutul documentației de atribuire, fiind formulate critici cu privire la prevederile cuprinse în modelul de contract și critici cu privire la răspunsurile formulate de autoritatea contractantă la solicitarea de clarificări formulată de un operator economic interesat de participarea la procedura de achiziție publică, postate în SEAP în data de 02.03.....

Preliminar, Consiliul are în vedere că S.C. S.A. a transmis către autoritatea contractantă notificarea prealabilă nr. 941/17.02....., înregistrată la cu nr. 2558/20.02....., în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 2558/21.02..... prin care a remediat, parțial, criticile invocate, respectiv a eliminat din modelul de contract clauza 15.2 alin. (2).

De asemenea, S.C. S.R.L. a transmis către notificarea prealabilă nr. 502/06.03....., la care autoritatea contractantă a răspuns în data de 08.03....., precizând că nu înțelege să adopte măsurile de remediere solicitate.

I. Procedând la soluționarea contestației formulate de S.C. S.A., Consiliul reține că prin aceasta au fost formulate critici cu privire la conținutul modelului de contract, parte a documentației de atribuire, publicat în SEAP împreună cu invitația de participare nr., respectiv critici referitoare la art. 15. "Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor", clauzele 15.2 (1), 15.4 (1) – (4), și la art. 23. "Modalități de plată" din modelul de contract.

Astfel, în ceea ce privește criticile referitoare la clauza 15.2 (1) din modelul de contract, prin care se arată că această clauză este abuzivă întrucât nivelul penalităților nu poate depăși valoarea debitului, Consiliul reține că la respectivul punct este prevăzut că *"Pentru neexecutarea la termenele convenite a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, Executantul datorează Beneficiarului, cu titlu de penalități pentru întârziere, o sumă în cuantum de 0,1 % pentru fiecare zi de după scadență, calculată la valoarea lucrărilor executate cu întârziere, până la îndeplinirea obligației, valoarea penalităților putând depăși valoarea debitului"*.

În soluționare, Consiliul are în vedere că, în cuprinsul Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, la art. 14, se arată că sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor cauzei, clauzele contractuale care:

- a) exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare;
- b) fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor;
- c) prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin. (3) sau, după caz, la art. 6 și art. 7 alin. (1) (de regulă 30 de zile);
- d) fixează, între contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1);
- e) elimină posibilitatea plății de daune-interese suplimentare;
- f) stabilesc un termen pentru emiterea/primirea facturii.

Astfel, Consiliul constată că printre clauzele abuzive nu figurează și cele care prevăd posibilitatea depășirii de către penalități a nivelului debitului, rezultând că, prin inserarea unei asemenea clauze în cuprinsul contractelor, nu se aduce atingere principiului bunei-credințe și nici

principiilor de diligență în executarea obligațiilor, așa cum susține contestatorul în cuprinsul contestației nr./.....

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la faptul că "se creează un dezechilibru contractual, întrucât în cazul achizitorului, în situația nerespectării obligației de efectuare a plății sau a efectuării acesteia cu întârziere, nu este prevăzută o sancțiune similară celei stabilite în sarcina executantului", Consiliul are în vedere că în modelul de contract, la clauza 15.3., este prevăzută obligația Achizitorului ca, în cazul în care nu efectuează plata facturilor, cu rea credință, la termenul prevăzut, datorează Executantului o sumă, cu titlu de penalități de întârziere, pentru fiecare zi de după data scadenței sumei facturate, în cuantum de 0,1% din valoarea facturii neonorate în termen, până la achitare, rezultând că în modelul de contract au fost prevăzute sancțiuni similare pentru ambele părți în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale, respectiv 0,1% pentru fiecare zi de întârziere de după scadență.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de S.C. S.A. sub acest aspect, motiv pentru care le respinge în consecință.

În ceea ce privește criticile formulate de contestatorul S.C. S.A. referitoare la clauzele de la punctul 15.4. din modelul de contract, Consiliul reține că la acest punct este prevăzut că "(1) Pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, Executantul are obligația de a plăti Beneficiarului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20 % din valoarea totală a Contractului exprimată la art.5 din acesta.

(2) În cazul în care executarea este numai parțială, dar este corespunzătoare, suma datorată potrivit alin. 1 se calculează proporțional cu nivelul Lucrărilor neexecutate. Dacă nu se poate stabili proporția neexecutării Contractului ori pentru executarea totală, dar necorespunzătoare, Executantul datorează Beneficiarului daune compensatorii în cuantum de 10% din valoarea totală a Contractului, inclusiv, dacă este cazul, a actelor adiționale la acesta.

(3) În cazul în care executarea este parțială și, totodată, necorespunzătoare, Executantul datorează Beneficiarului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 15 % din valoarea totală a Contractului, inclusiv, dacă este cazul, a actelor sale adiționale.

(4) În situațiile prevăzute la alin. 1, 2 și 3 din prezentul articol, Beneficiarul nu este dator să probeze existența și/sau întinderea prejudiciului suportat (caracterul indemnitar al clauzei penale). Contravaloarea cotei procentuale prevăzute la alin. 1, 2 sau, după caz, 3 din prezentul articol se poate deduce din valoarea Contractului".

În soluționare Consiliul are în vedere prevederile art. 1538 din Codul civil potrivit cărora "(1) Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale. (2) În caz de neexecutare, creditorul poate cere fie executarea silită în natură a obligației principale, fie clauza penală. (3) Debitorul nu se poate libera oferind despăgubirea convenită. Creditorul poate cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu. (4) Dispozițiile privitoare la clauza penală sunt aplicabile convenției prin care creditorul este îndreptățit ca, în cazul rezoluției sau

rezilierii contractului din culpa debitorului, să păstreze plata parțială făcută de acesta din urmă. (...)" și constată că prin inserarea clauzelor de la punctul 15.4. din modelul de contract, așa cum susține și în cuprinsul punctului de vedere nr. 7533/03.03....., autoritatea contractantă a intenționat să evite dificultățile de evaluare judiciară a daunelor-interese, creditorul nefiind obligat să dovedească existența și întinderea prejudiciului, întrucât, așa cum este prevăzut la art. 1538 alin. (4) din Codul civil, pentru a obține contravaloarea despăgubirilor stabilite prin clauza penală, este suficient ca creditorul să probeze faptul neexecutării, executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a obligației.

Astfel, în ceea ce privește criticile formulate de S.C. S.A. cu privire la caracterul "ambiguu" al clauzelor de la punctul 15.4. din modelul de contract, în sensul că nu poate înțelege modalitatea în care se vor percepe penalitățile, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut posibilele situații de neexecutare totală sau parțială a obligațiilor asumate de către Executant și sancțiunea aplicată pentru fiecare situație în parte, fără probarea unor cauze exoneratoare, respectiv:

- în cazul neexecutării parțiale a contractului din culpa executantului, activează clauza nr. 15.4 alin. (1), cu sancțiunea reprezentată de plata de daune compensatorii a unei sume în quantum de 20% din valoarea totală a contractului;

- în cazul neexecutării parțiale a contractului, din culpa executantului, dar partea executată este corespunzătoare, activează clauza nr. 15.4 alin. (1) – 20% din valoarea lucrărilor neexecutate;

- în cazul executării necorespunzătoare, dar totală (finalizarea lucrărilor) a contractului din culpa executantului sau dacă nu se poate stabili proporția neexecutărilor, activează clauza de la punctul 15.4 alin.(2) – 10% din valoarea totală a contractului;

- în cazul executării parțiale dar necorespunzătoare a contractului, din culpa executantului, activează clauza 15.4 alin. (3) – 15% din valoarea totală a contractului.

Așadar, Consiliul constată că aceste clauze sunt clare, fiind descrisă fiecare situație sancționată în parte precum și quantumul sancțiunii, care se raportează, după caz, la valoarea contractului sau la valoarea eventualelor părți neexecutate din acesta.

De asemenea, Consiliul constată că situațiile prevăzute și sancționate de la punctul 15.4 din modelul de contract nu se regăsesc între clauzele abuzive, așa cum sunt calificate acestea la art. 14 din Legea nr. 72/2013, astfel că nu reține în soluționare susținerile contestatorului referitoare la caracterul abuziv al clauzelor în discuție.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului referitoare la menționarea faptului că achizitorul trebuie să probeze existența și întinderea prejudiciului, precum și obligația acestuia de a notifica executantul, anterior reținerii oricăror sume de bani, Consiliul are în vedere că la art. 1538 alin. (4) din Codul civil este prevăzută posibilitatea creditorului de a cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu, astfel că reține ca fiind relevante susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 7533/03.03..... potrivit căroră "Repararea prejudiciului prin activarea

clauzei penale are loc în cadrul mai larg al angajării răspunderii contractuale a debitorului. Astfel, pentru activarea clauzei penale trebuie să se poarte de la condițiile, preponderent pozitive, ale răspunderii contractuale, și anume: fapta ilicită (neexecutarea obligației), prejudiciul, raportul de cauzalitate, vinovăția debitorului (cu regimul prezumției legale în cazul culpei de neexecutare), absența unei clauze/convenții de nerăspundere.

Asigurarea funcțiilor clauzei penale, îndeosebi cea de reparare a prejudiciului, precum și de sancționare a debitorului, a determinat legiuitorul să renunțe la cerința dovedirii prejudiciului în conturarea regimului legal al clauzei (art. 1538 alin. 4 din Codul civil). Celelalte condiții ale angajării răspunderii contractuale a debitorului rămân a fi îndeplinite. Așadar, clauza penală nu este un remediu contractual de sine stătător, iar analizarea regimului ei trebuie să poarte de la verificarea cerințelor răspunderii contractuale a debitorului, minus cerința dovedirii prejudiciului, întrucât prin clauză se compensează prejudiciul creditorului. Astfel, în caz de neînțelegere între părți, creditorul poate fi chemat să dovedească neexecutarea obligației, în funcție de felul acesteia (pozitivă, negativă, de rezultat, de mijloace), operațiune care va declanșa prezumția relativă de culpă de debitorului, doar dacă nu cumva creditorul poate demonstra o eventuală intenție sau culpă gravă în neexecutare, ipoteză în care nu va mai beneficia de prezumția relativă”.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul legal al clauzelor de la punctul 15.4 din modelul de contract, motiv pentru care respinge criticile formulate de contestatorul S.C. S.A. sub acest aspect.

Referitor la criticile ce vizează prevederile de la art. 23. Modalități de plată, respectiv a faptului că în vederea efectuării plății lucrărilor executate se vor trimite la Achizitor, între altele, facturile la materiale, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 7533/03.03..... potrivit cărora ”articolul a cărui excludere se solicită a fost introdus în contract urmare a acțiunii de audit financiar a Camerei de Conturi asupra bugetului autorității județene. Se invocă dispozițiile legale prevăzute în Ordinul Ministerului Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor nr. 863/2008 privind Instrucțiunile de aplicare a unor prevederi din H.G. nr. 28/2008 potrivit cărora cheltuielile aferente consumurilor de resurse materiale cuprind valoarea materialelor calculate cu prețurile de la furnizori, fără T.V.A.”

Raportat la acest aspect, Consiliul constată că prevederile la care face referire autoritatea contractantă se regăsesc în cuprinsul Anexei nr. 1 a actului normativ indicat, în cadrul secțiunii referitoare la lista cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a justificat inserarea acestei clauze în modelul de contract, indicând temeiul legal în baza căruia a solicitat prezentarea de către executantul contractului a facturilor pentru materialele utilizate, motiv pentru care respinge ca nefondate criticile formulate de S.C. S.A. sub acest aspect.

Având în vedere că toate aspectele criticate de S.C. S.A. au fost respinse, în temeiul prevederilor art. 26.alin. (6) din Legea nr.

101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulate de S.C. S.A., în contradictoriu cu

II. În ceea ce privește contestația formulată de S.C. S.R.L., Consiliul reține că prin aceasta au fost criticate răspunsurile formulate de autoritatea contractantă la solicitarea de clarificări transmisă de un operator economic interesat de participarea la procedura de achiziție publică, postată în SEAP în data de 02.03....., identificată de către C.N.S.C. ca fiind răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 434/28.02....., postată în SEAP ca fiind clarificarea nr. R20 (S32).

Astfel, analizând solicitarea de clarificări în discuție și răspunsurile formulate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că, în ceea ce privește răspunsul formulat la întrebarea nr. 1 din solicitarea formulată de un operator economic, respectiv "Referitor la fișa de date punctul IV.4) PREZENTAREA OFERTEI-IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice: *să demonstreze că soluția tehnică pe care o va adopta la execuție, va îndeplini întrutotul aceste cerințe;*

Vă solicităm să precizați cum va fi îndeplinită această cerință/ce documente doriți a fi prezentate la această secțiune.

Cerința dumneavoastră nu este clară și lasă loc de interpretări și din partea ofertanților dar și din partea autorității contractante, astfel pentru o evaluare obiectivă vă solicităm să răspundeti clar și fără ambiguități", autoritatea contractantă a răspuns "Clarificările le regăsiți în răspunsul R14 (S35)", la răspunsul indicat de autoritatea contractantă fiind precizat că "Cerințele și specificațiile tehnice ale acestei lucrări reies din documentația tehnică pusă la dispoziție în SEAP, de unde un CONSTRUCTOR poate înțelege cu ușurință în prima fază CE ANUME URMEAZĂ SĂ EXECUTE, fără a avea proiect tehnic care va cuprinde în mod evident DETALIILE DE EXECUȚIE. Această modalitate de achiziție (proiectare cu execuție) a fost gândită în primul rând de către ANAP și reglementată ca modalitate în Legea 98/2016, deci nu a inventat-o autoritatea contractantă.

Soluția tehnică prezentată de ofertant va trebui să fie în corespondență cu informațiile cuprinse în documentația tehnică. Prezentarea soluției tehnice este la latitudinea ofertantului și ulterior la aprecierea comisiei de evaluare.

Este evident ca proiectul tehnic cu detaliile de execuție reprezintă documentații care se vor elabora în urma semnării unui contract de achiziție.

Prezentarea soluției tehnice va trebui detaliată pe categoriile de lucrări impuse de obiectul achiziției. Detalierea aparține în totalitate ofertantului care va trebui să convingă comisia de evaluare că a înțeles ce are de făcut".

Procedând la analiza răspunsului formulat de autoritatea contractantă, prin raportare la prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră "Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic", Consiliul constată că răspunsul formulat la întrebarea nr. 1 din clarificarea R20 (S32) postată în SEAP în data de

02.03....., nu a fost formulat în conformitate cu prevederile legale anterior menționate.

Astfel, Consiliul constată că, deși prin întrebarea formulată operatorul economic interesat de participarea la procedura de achiziție publică în discuție a solicitat autorității contractante să precizeze cum va fi îndeplinită aceasta cerință, respectiv ce documente se impun a fi prezentate astfel încât cerința să fie considerată îndeplinită, autoritatea contractantă a formulat un răspuns generic, arătând că *"un constructor poate înțelege cu ușurință în prima fază ce anume urmează să execute"*, respectiv că *"Prezentarea soluției tehnice este la latitudinea ofertantului"*.

De asemenea, Consiliul reține că, prin inserarea în cuprinsul răspunsului a faptului că prezentarea soluției tehnice este la aprecierea comisiei de evaluare, autoritatea contractantă a creat confuzie cu privire la modul în care propunerile tehnice prezentate de ofertanți vor fi verificate de comisia de evaluare.

Se constată astfel, că autoritatea contractantă nu a formulat un răspuns clar și complet, în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, anterior menționate, în sensul că nu a indicat, în mod concret, care sunt documentele ce se impun a fi prezentate în vederea îndeplinirii cerinței, iar dacă a apreciat că ofertanții au libertatea de a prezenta orice documente, nu a precizat, în mod expres, acest lucru.

Consiliul reține că, abia cu ocazia formulării răspunsului la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat, între altele, faptul că *"documentele pe care trebuie să le prezinte ofertantul în cadrul propunerii tehnice sunt cele enumerate în secțiunea «Modul de prezentare a propunerii tehnice» (F-urile și C-urile), împreună cu declarațiile pe propria răspundere ce rezidă din cerințe, informații despre asigurarea resurselor (material, financiare, umane) pentru îndeplinirea acestui contract, informații despre managementul PROPRIU al tuturor resurselor alocate și a deșeurilor inerte, informații despre calitatea execuției, protecția mediului și a muncii, organizare PROPRIE, plan de lucru PROPRIU, grafic de execuție PROPRIU (pentru lucrări nu pentru servicii de proiectare, chiar dacă perioada este comună, întrucât există o perioadă de suspendare între cele două termene), garanții (minim 3 ani, conform legislației în construcții) și acțiuni și intervenții în această perioadă, orice altă informație de interes care să convingă autoritatea contractantă că ofertantul este unul serios"*, fapt recunoscut de însăși autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere nr. 3905/14.03....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 8960/15.03.....

Raportat la acest aspect, Consiliul constată că desi autoritatea contractantă a furnizat un răspuns detaliat prin intermediul răspunsului la notificarea prealabilă, aceasta nu a îndeplinit și obligația prevăzută la art. 160 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *"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"*, respectiv nu a adus aceste informații la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de

participarea la prezenta procedură de achiziție publică prin postarea în SEAP a răspunsului formulat, însoțit de întrebarea aferentă.

Prin urmare, Consiliul anulează răspunsul formulat de autoritatea contractantă la întrebarea nr. 1 din clarificarea R20 (S32) și obligă autoritatea contractantă la formularea unui răspuns clar și complet, în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/20016 și postarea acestui răspuns în SEAP, însoțit de întrebarea aferentă, conform art. 160 alin. (3) din același act normativ.

În ceea ce privește criticile ce vizează răspunsul formulat de autoritatea contractantă la întrebarea nr. 2 din clarificarea R20 (S32), postată în SEAP în data de 02.03....., Consiliul reține că la întrebarea "Vă solicităm să precizați următoarele aspecte:

a) *cum se va demonstra că ofertantul dispune de resurse materiale suficiente? firma noastră nu practică stocuri de materie primă, iar solicitarea dumneavoastră contravine Legii 98/2016.*

b) *cum se va demonstra că ofertantul dispune de resurse financiare suficiente? ce documente doriți a fi prezentate la această secțiune ținând cont și de faptul că propunerea tehnică **nu trebuie** să conțină valori ale propunerii financiare?*

c) *cum se va demonstra că ofertantul dispune de resurse umane suficiente?*

d) *cum putem ști ce considerați dumneavoastră ca **suficient** ca ordin de mărime?", autoritatea contractantă a răspuns "Clarificările le regăsiți în răspunsul R14 (S35)", iar la răspunsul indicat, aceasta a răspuns că "Prezentarea resurselor materiale, financiare și umane în cadrul propunerii tehnice este o cerință obligatorie, așa cum reiese și din Fișa de date. Fiecare resursă se va prezenta în funcție de specificul acesteia, de exemplu:*

- pentru resursele materiale, în cazul în care constructorul nu deține stocuri sau este direct producător, se pot prezenta contracte deja încheiate cu furnizorii sau antecontracte/promisiuni de furnizare a respectivelor materiale. Asta demonstrează în primul rând că ofertantul / constructorul este activ și nu este un ofertant de ocazie.

- pentru resursele financiare se pot prezenta ultimele situații financiare (ultima bilanță contabilă întocmită) din care reies lichiditățile sau liniile de credit contractate la bănci. De asemenea ofertantul are posibilitatea de a fi susținut financiar de către un terț care va prezenta aceste dovezi încă din faza de ofertare ca anexă la angajamentul dat și la DUAЕ (terț sustinător).

- pentru resursele umane se poate prezenta un centralizator cu categoriile de salariați (fără nume, doar număr) de interes pentru realizarea contractului (ex. muncitori, ingineri, etc). Pentru RTE si CQ de exemplu se pot prezenta contracte de colaborare sau există posibilitatea ca CQ să fie angajat cu CIM la unele societăți care se respectă.

- fiind procedura simplificată, am lăsat să se înțeleagă că resursele tehnice constituie o obligație pentru îndeplinirea contractului fără de care lucrările, evident, nu pot fi executate. Resursele tehnice pot aparține ofertantului sau unor terți sau pot fi completate de către subcontractanți. Nu trebuie prezentate decât la solicitarea autorității contractante, dacă este cazul".

Analizând răspunsul formulat de autoritatea contractantă, prin raportare la prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că în ceea ce privește resursele materiale, prin răspunsul formulat, autoritatea contractantă a prevăzut că demonstrarea deținerii acestora, ofertanții pot prezenta contracte în derulare încheiate cu furnizorii de materiale sau antecontracte/promisiuni de furnizare a respectivelor materiale.

Astfel, Consiliu constată că, în măsura în care apreciază că prin prezentarea unor contracte în derulare se aduce atingere confidențialității informațiilor financiare din cuprinsul contractelor în derulare, autoritatea contractantă a prevăzut posibilitatea prezentării unor antecontracte sau promisiuni de furnizare a materialelor necesare în vederea executării în bune condiții a contractului de achiziție publică, fără a fi necesară prezentarea prețurilor de achiziție a respectivelor materiale, răspunsul fiind clar și complet sub acest aspect.

În ceea ce privește resursele financiare, Consiliul constată că din cuprinsul răspunsului prezentat reiese că autoritatea contractantă a indicat care sunt documentele ce se impun a fi prezentate pentru demonstrarea lichidităților pe care ofertanții le au la dispoziție, respectiv ultima balanță contabilă, răspunsul fiind clar și complet sub acest aspect.

De asemenea, referitor la resursele umane, autoritatea contractantă a precizat că se poate prezenta un centralizator cu categoriile de salariați (fără nume, doar număr) de interes pentru realizarea contractului (ex. muncitori, ingineri, etc), iar pentru persoanele responsabile cu execuția și cu controlul calității se pot prezenta și contracte de colaborare.

Prin urmare, Consiliul constată că prin răspunsul formulat, autoritatea contractantă a arătat, în mod clar, ce documente se impun a fi prezentate de ofertanți în vederea demonstrării că dispun de resurse umane suficiente pentru realizarea contractului, astfel că răspunsul este clar și complet sub acest aspect.

În ceea ce privește caracterul suficient al resurselor prezente de ofertanți, Consiliul constată că nici în cuprinsul răspunsului la întrebarea nr. 2 din clarificarea R20 (S32) și nici în răspunsul R14 (S35) autoritatea contractantă nu a făcut niciun fel de precizări cu privire la caracterul suficient al resurselor materiale, financiare și umane din cadrul propunerii tehnice, astfel că se impune ca autoritatea contractantă să procedeze la completarea răspunsului nr. 2 din clarificarea R20 (S32), prin adăugarea unor precizări cu privire la înțelesul noțiunii de "resurse materiale, financiare și umane, suficiente", așa cum a solicitat operatorul economic interesat de procedura de atribuire prin întrebarea formulate.

Referitor la criticile ce vizează răspunsul la întrebarea nr. 4 din clarificarea R20 (S32), postată în SEAP în data de 02.03....., Consiliul reține că la întrebarea "Vă solicităm să precizați la care caiet de sarcini faceți referire având în vedere că acesta nu există și va fi întocmit abia în faza de proiect tehnic", autoritatea contractantă a răspuns "Clarificările le regăsiți în răspunsul R14 (S35)".

Procedând la analiza răspunsului indicat de autoritatea contractantă, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a făcut precizări exprese referitoare la conținutul caietului de sarcini, doar în cuprinsul răspunsului

nr. 1, formulat cu privire la altă întrebare, fiind precizat că *"Este evident că proiectul tehnic cu detaliile de execuție reprezintă documentații care se vor elabora în urma semnării unui contract de achiziție"*, rezultând că autoritatea contractantă nu a furnizat un răspuns clar și complet la întrebarea formulată.

De asemenea, cu ocazia formulării răspunsului la notificarea prealabilă, referitor la acest aspect, Consiliul reține că autoritatea contractantă a precizat că *"orice proiectant sau executant cunoaște faptul că în cazul unei achiziții de lucrări de tipul proiectare cu execuție, caietul de sarcini pentru lucrări îl reprezintă informațiile tehnice din DALI, ofertarea făcându-se pe baza informațiilor din devizele de lucrări, rulate în propriul program de devize, iar pentru proiectare, atât informațiile din DALI, cât și tema de proiectare, care există atașată în documentația de atribuire"*.

Prin urmare, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea contractantă a răspuns în mod clar și complet la întrebarea nr. 4 din clarificarea R20 (S32), însă doar cu ocazia formulării răspunsului la notificarea prealabilă, și nu în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (2) din 160 din Legea nr. 97/2016.

Totodată, se constată că nu a fost îndeplinită nici obligația prevăzută la art. 160 alin. (3) din același act normativ, de publicare a răspunsului însoțit de întrebarea aferentă la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției.

Într-o atare situație, Consiliul constată că se impune anularea răspunsului nr. 4 din clarificarea R20 (S32) și obligarea autorității contractante ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la formularea unui răspuns clar și complet la întrebarea nr. 4 din clarificarea S32 și aducerea acestuia la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție publică prin postarea în SEAP.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a stabilit în mod cert dacă graficul va include atât proiectarea cât și execuția, Consiliul are în vedere că, prin întrebarea nr. 3 din clarificarea S35, un operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire a formulat următoarea solicitare: *"Având în vedere Răspunsul la clarificările ofertanților R1/16.02.....:*

" Clarificare 5 : pct.2. În cadrul proiectului, proiectantul va stabili C1-Graficul fizic și valoric de execuție a lucrării, în baza căruia executantul va stabili Graficul fizic de execuție detaliat.", precum și Răspunsul la clarificările ofertanților R13/.....: "Solicitarea de clarificări S.28 Cerința referitoare la planul de lucru conceput pentru realizarea contractului (din propunerea tehnică) se consideră îndeplinită prin prezentarea graficului de execuție care este o reprezentare grafică a planului propus de ofertant pentru realizarea activităților contractului.

Răspuns la solicitarea de clarificări S.28 DA.", vă rugăm **să confirmați** că pentru îndeplinirea în mod cumulat a celor trei cerințe din Fișa de date, cerințe referitoare la planificarea și managementul tuturor resurselor alocate și al timpului de execuție pe activități, pentru realizarea contractului, este îndeplinită cerința prin prezentarea unui singur grafic de

execuție propus de ofertant, în maniera și soluția software propusă de ofertant.

Vă rugăm precizați dacă se solicită reprezentarea Graficului fizic de execuție cu o soluție software anume, sau rămâne la latitudinea ofertantului modalitatea de reprezentare grafică”, autoritatea contractantă a răspuns ”DA, reprezentarea grafică a graficului de execuție a LUCRĂRILOR, aparține ofertantului.

Serviciile de proiectare nu necesită niciun grafic pentru că aici se discută de termen de elaborare”.

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă a răspuns solicitării formulate de operatorul economic interesat, confirmând faptul că cerința se consideră îndeplinită prin prezentarea unui singur grafic de execuție, iar maniera de prezentare și soluția software aparțin ofertantului.

De asemenea, prin răspuns s-a precizat că serviciile de proiectare nu necesită niciun grafic, astfel că nu vor fi reținute în soluționare susținerile contestatorului, exprimate în cuprinsul contestației nr./....., potrivit cărora ”autoritatea contractantă nu a precizat, în mod clar, dacă pe grafic va figura atât proiectarea cât și execuția”.

Prin urmare, Consiliul constată că răspunsul formulat de autoritatea contractantă este clar și complet, motiv pentru care respinge criticile formulate de contestator sub acest aspect.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept anterior expuse, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de S.C. S.R.L., în contradictoriu cu

Anulează răspunsurile formulate de la întrebarea nr. 1 și întrebarea nr. 4 din clarificarea R20 (S32), postată în SEAP în data de 02.03.....

Obligă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la formularea unor răspunsuri la întrebările nr. 1 și nr. 4 și să completeze răspunsul nr. 2 din clarificarea R20 (S32), cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Obligă ca, în cadrul aceluiași termen, să procedeze la aducerea la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție publică a răspunsurilor formulate, prin publicarea în SEAP a acestora.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.C. S.A., cu sediul în, str....., nr....., mezanin..., spațiul comercial..., bloc....., scara....., județul, în contradictoriu cu, cu sediul în, b-dul....., nr....., județul

Admite contestația formulată de către S.C. S.R.L., cu sediul în, str....., nr....., sector....., în contradictoriu cu, cu sediul în, b-dul., nr....., județul

Anulează răspunsurile formulate de la întrebarea nr. 1 și întrebarea nr. 4 din clarificarea R20 (S32), postată în SEAP în data de 02.03.....

Obligă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, după reluarea procedurii, să procedeze la formularea unor răspunsuri la întrebările nr. 1 și nr. 4 și completarea răspunsului nr. 2 din clarificarea R20 (S32), cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Obligă ca, în cadrul aceluiași termen, să procedeze la aducerea la cunoștința tututror operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție publică a răspunsurilor formulate, prin publicarea în SEAP a acestora.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat în 5 exemplare originale, conține 27 (douăzecișapte) pagini.