



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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr...../...../.....

Data:

Prin contestația nr. / înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, depusă de SC SRL, cu sediul în orașul, .., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin ..., în calitate de administrator, privind atribuirea, prin procedura de licitație deschisă online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „.....”, cod CPV 45233140-2, 45221110-6, organizată de, cu sediul în municipiul, .., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire conform art. 22 din Legea nr. 101/..... până la soluționarea contestației;
- modificarea cerințelor din fișa de date a achiziției, în sensul excluderii limitării de a prezenta “cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 36.000.000 lei”, întrucât această limitare vine să aducă restricționări la participarea ofertanților la procedură, fapt nepermis de principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/....., nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea. Astfel, solicită prezentarea listei principalelor lucrări executate în ultimi 5 ani pentru lucrări de natura și complexitatea similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 36.000.000 lei fără TVA, la nivelul a unui contract sau mai multe contracte cumulate;
- modificarea/completarea clauzelor contractuale abuzive inserate în contractul de execuție de lucrări, depus în cadrul documentației de atribuire, contract care trebuie însoțit de fiecare potențial ofertant la procedura de achiziție și depus odată cu oferta, model de contract care se

încheie la finalizarea procedurii cu ofertantul declarat câștigător, astfel cum este precizat punctual prin contestație.

Prin încheierea nr....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, admitându-l. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL reclamă documentația de atribuire întocmită de autoritatea contractantă în cadrul procedurii menționată în partea introductivă.

În preambul, contestatorul arată că, în baza art. 6 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/....., a transmis autorității contractante, în termenul legal, notificarea prealabilă nr. 1978/17.10.....

Autoritatea contractantă a răspuns la notificarea prealabilă, răspuns care poartă numărul Ad 13841/19.10....., postat în SEAP în data de 19.10....., aceasta fiind de acord cu anumite aspecte precizate prin notificarea prealabilă, iar alte aspecte nedorind să le modifice, fapt pentru care în condițiile în care consideră, în mod temeinic, pe de o parte că unele solicitări impuse prin fișa de date sunt ilegale, iar pe de altă parte obligațiile pe care dorește autoritatea contractantă să le aducă în sarcina executantului astfel cum sunt ele menționate în cuprinsul clauzelor contractuale sunt abuzive, a formulat prezenta contestație.

1. Argumente față de prima solicitare din contestație privind cerința de a prezenta cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 36.000.000 lei.

În argumentarea solicitării sale, contestatorul invocă prevederile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/.....

Având în vedere că legiuitorul a considerat că pentru demonstrarea experienței similare este suficient ca operatorul economic să prezinte o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, în opinia contestatorului cerința impusă de autoritatea contractantă de a limita/restricționa în prezentarea a cel mult 3 contracte pentru dovedirea experienței similare, vine ca o cerință ilegală și abuzivă care încalcă principiile care guvernează orice procedură de achiziție publică.

Astfel, solicitarea autorității contractante de a prezenta cel mult trei contracte vine să îngreuească participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică prin nerespectarea noii legislații în vigoare astfel cum s-a stipulat mai sus, întrucât legiuitorul nu a limitat un număr maxim de contracte pentru demonstrarea experienței similare, ci a impus doar prezentarea unei liste a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimi 5 ani însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante.

Contestatorul arată că rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare cu cea ce urmează a fi executat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că au cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte.

Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici prezentarea unei liste care să conțină, în funcție de obiectul contractului, principalele servicii prestate sau lucrări executate, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților ori candidaților.

În acest sens nu se vor impune condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a respectat cu rigurozitate dispozițiile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/....., art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/....., art. 172 alin. (3) și (5) din Legea nr. 98/..... și art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/.....

Contestatorul arată că toate aceste reglementări impun ca, la alegerea criteriilor de calificare, să se țină cont de natura/obiectul contractului și de nevoia efectivă/proportionalitatea necesară a cerințelor în cauză, pentru atingerea scopului urmărit prin aceasta: demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al ofertantului de a îndeplini contractul.

În consecință, contestatorul consideră că este impropriu să se pretindă viitorilor ofertanți deținerea unei experiențe similare bazate pe un număr de trei contracte. Deși autoritatea contractantă a respectat dispozițiile legale în domeniu la stabilirea nivelului valoric al experienței similare a viitorilor ofertanți, nu a respectat principiul proporționalității, prevăzut la art. 2 din Legea nr. 98/....., prin impunerea ca această experiență similară să fie probată printr-un număr de trei contracte.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă, prin stabilirea unei cerințe limitative/restrictive, încalcă atât scopul achizițiilor publice, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, cât și principiile achizițiilor publice astfel cum a precizat mai sus.

Raportat la rigorile impuse de legislația în vigoare, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale pe linie de achiziție publică, restrângând în mod nejustificat sfera operatorilor economici care doresc să participe la procedură, excluzând practic pe acei operatori care deși au capacitatea de a îndeplini corespunzător contractul în discuție nu au cum să demonstreze executarea a trei contracte la o valoare așa de mare, dar care ar putea prin prezentarea unei liste a lucrărilor executate, astfel cum prevede art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/....., să-și poată demonstra experiența similară la valoarea impusă.

În aceste condiții, nu se poate afirma că operatorii economici care ar putea să-și demonstreze experiența similară prin prezentarea unei liste a lucrărilor executate la valoarea solicitată, nu au potențialul și capacitatea necesară de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Atunci când în mod excepțional autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă cerințe de calificare, contestatorul consideră că autoritatea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele absolut necesare și strict la pragurile care îngădesc cel mai puțin operatorii economici.

Contestatorul precizează că scopul cerințelor de calificare este de a se confirma capacitatea corespunzătoare a ofertanților, iar nu de a face dificilă participarea operatorilor economici la procedură.

Astfel, autoritatea contractantă nu este abilitată și nici nu are libertatea nelimitată să introducă cerințe care nu îi servesc la nimic sau care au ca unică menire (nelegală) excluderea participării la licitație a anumitor potențiali ofertanți.

Contestatorul arată că astfel de aspecte fără nicio limitare sau restricționare se regăsesc și în cuprinsul Directivei 2014/24/UE privind achizițiile publice,

- art. 58 alin. (4) unde se prevăd în mod clar următoarele: *"În ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională, autoritățile contractante pot impune cerințe care să asigure faptul că operatorii economici dețin experiența și resursele umane și tehnice necesare pentru a executa contractul la un standard de calitate corespunzător. Autoritățile contractante pot impune în special ca operatorii economici să aibă un nivel suficient de experiență demonstrate prin referințe adecvate din cadrul contractelor executate din trecut"*

coroborat cu art. (18) alin. (1) unde se stipulează: *"Autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțional. Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acestora din domeniul de aplicare a prezentei directive sau restrângerea artificială a concurenței. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici"*.

Contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că, în proceduri de achiziție similare, alte autorități contractante cum ar fi ..., invitație de participare/anunț de participare simplificat nr. .../10.10..... nu limitează sub nicio formă participarea ofertanților la procedură prin impunerea unui număr de contracte pentru a se dovedi experiența similară, singura solicitare fiind doar o listă a principalelor lucrări executate, respectându-se astfel art. 179 din Legea nr. 98/.....: *"În dovedirea experienței similare operatorii economici trebuie să facă dovada că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertelor au executat lucrări similare pentru o valoare cumulată de minim 18.888.013 lei fără T.V.A la nivelul a unu sau mai multe contracte"*.

Față de cele antemenționate, contestatorul solicită Consiliului să dipună modificarea fișei de date prin excluderea limitării de a prezenta "cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 36.000.000 lei", întrucât această limitare vine să aducă restricționări la participarea ofertanților la procedură, fapt nepermis de principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute la art. 2

din Legea nr. 98/....., nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea.

Astfel, contestatorul solicită prezentarea listei principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani pentru lucrări de natura și complexitatea similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 36.000.000 lei fără TVA, la nivelul unui contract sau mai multe contracte cumulate.

2. Argumente față de a doua solicitare din contestație privind modificarea/completarea clauzelor contractuale

Contestatorul solicită modificarea/completarea clauzelor contractuale întrucât s-au inserat în mod abuziv anumite clauze contractuale care sunt nelegale și care sub nicio formă nu au cum să fie acceptate de către orice viitor executant, autoritatea contractantă neavând posibilitatea de a obliga în mod unilateral acceptarea de către cealaltă parte contractantă a anumitor clauze abuzive care sunt în detrimentul clar al executantului.

În acest sens, contestatorul arată că Legea nr. 72/2013, adoptată în transpunerea Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, reglementează impunerea de obligații deplin echitabile între părțile contractului încheiat între profesioniști și o autoritate contractantă, reglementând în mod egal în cazul fiecărei părți, în funcție de calitatea de debitor sau creditor al obligației/dreptului, care printre altele prevede:

"Art. 12 - Noțiune

Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

Art. 13 - Calificarea clauzelor și a practicilor abuzive

În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța tine cont de toate circumstanțele cauzei, în special de:

- a) abaterile grave de la practicile statornicite între părți sau de la uzanțele conforme ordinii publice sau bunelor moravuri;*
- b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor;*
- c) natura bunurilor sau serviciilor;*
- d) neprevederea motivelor obiective de derogare de la termenele de plată sau de la rata dobânzii, potrivit prezentei legi;*
- e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie".*

Clauza contractuală abuzivă și impusă în detrimentul creditorului profesionist este lovită de sancțiunea nulității absolute, indiferent că respectiva clauză este calificată de lege ca abuzivă sau, dimpotrivă, de către instanță prin raportare la circumstanțele cauzei.

Prin urmare, dacă ofertantul face obiecțiuni la un astfel de model inadecvat de contract o va face numai pentru a ajunge la condiții și modalități echitabile de împărțire a riscurilor și responsabilităților.

Contestatorul apreciază că impunerea de condiții inechitabile și neadecvate este împotriva interesului public, deoarece va îndepărta

contractorii profesioniști experimentați care, după ce vor face o analiză a condițiilor contractuale propuse, se vor abține să participe la procedura de atribuire sau vor face obiecțiuni la condițiile contractuale inechitabile și vor fi descalificați.

Astfel, privitor la conținutul modelului de contract pe care autoritatea contractantă l-a atașat documentației de atribuire, contestatorul consideră necesară completarea/modificarea acestor clauze care determină un dezechilibru în care s-ar găsi părțile contractante, la momentul acceptării complete a clauzelor propuse de autoritatea contractantă.

Contestatorul precizează că orice contract cu o entitate publică cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, însă aceste clauze nu trebuie să excedă limitelor legii, intrând în sfera celor abuzive.

Operatorul economic se găsește într-o situație de inferioritate față de autoritatea achizitoare în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către autoritate, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora în absența inițierii unui demers litigios.

Dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 urmăresc, între altele, să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți.

Astfel, contestatorul solicită:

I. Eliminarea alin. 3 al art. 9.1. din contract, astfel cum a fost modificat prin răspunsul la notificarea prealabilă *“(3) Executantul declară și garantează că, la data semnării prezentului Contract a studiat caietele de sarcini, că acestea vor fi realizate de către Executant, cu respectarea graficului de execuție. Executantul nu va putea solicita prelungiri ale termenelor prevăzute în proiectul de execuție invocând erori, omisiuni sau vicii ale proiectului de execuție care trebuiau și puteau fi sesizate de către un contractor profesionist în domeniul său de activitate înainte de data semnării Contractului”,* având în vedere că reprezintă o clauză abuzivă față de executant, în condițiile în care acesta nu poate executa, indiferent de gradul de profesionalitate în domeniu, o lucrare după un proiect care prezintă erori, omisiuni sau vicii și care la data începerii execuției îți dai seama că proiectul nu corespunde cu situația din teren, situație de fapt cu care s-a întâlnit în nenumărate contracte, chiar dacă ele au purtat semnătura verficatorului de proiect în conformitate cu Ordinul 839/2009 norme de aplicare a Legii 50/1991.

Contestatorul precizează că după simpla studiere a proiectului de execuție nu ai cum să observi că acel document nu conține erori, omisiuni sau vicii, acestea putând fi constatate numai în momentul execuției efective a lucrărilor pe șantier.

Acesta afirmă, de asemenea că, în mod logic, în condițiile în care pe parcursul derulării execuției lucrărilor apar anumite situații, în care ce anume s-a proiectat nu „bate” cu situația din teren, atunci executantul în mod îndreptățit poate solicita prelungirea termenului de execuție cu o

perioadă egală cu rezolvarea problemelor din proiect, aceasta nefiind o situație care să îi fie culpabilă.

Mai mult, contestatorul arată că în conformitate cu art. 10.5 din contract *"Achizitorul este pe deplin responsabil de exactitatea documentelor și a oricăror alte informații furnizate executantului precum și de instrucțiunile și livrările sale"*.

În atare situație, contestatorul menționează că, în condițiile în care nu cade în sarcina executantului să verifice proiectul, întrucât există deja un verficator de proiect, iar proiectul nu este întocmit de executant, iar pe de altă parte fiind un document care emană de la autoritatea contractantă, care este pe deplin responsabilă de exactitatea documentelor, atunci nu înțelege cum această situație, care nu reflectă culpa societății sale, poate să îi afecteze termenul de execuție a contractului, iar societatea sa să poată fii de acord cu asemenea clauze.

În mod logic și legal, contestatorul precizează că orice motiv de întârziere, care nu se datorează culpei executantului și care nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta, îndreptățesc executantul de a solicita prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau a oricărei părți a acestora.

În contextul celor de mai sus, contestatorul arată că sunt relevante și dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 *"La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public"* și cele ale art. 15 Noul Cod Civil potrivit cărora *"niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătămă sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe"*.

II. Eliminarea alin. 3 al art. 9.8. din contract *"(3) Cu excepția unor clauze contrare prevăzute în Contract, Executantul este răspunzător și va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătățirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului"*, întrucât, potrivit prevederilor legale în materie și a celor contractuale, obligația de asigurare a frontului liber de orice sarcini este în sarcina achizitorului.

III. Modificarea alin. 11.2. din contract, după cum urmează: *"11.2 În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din prețul contractului, cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere va fi de 0,1% din valoarea lucrărilor neexecutate"*, întrucât procentul penalității de 1% pe fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, dobândă aplicată la valoarea contractului fără TVA, diminuată cu contravaloarea fără TVA a lucrărilor care au fost recepționate de către achizitor fără obiecțiuni, reprezintă o clauză abuzivă care nu poate fi impusă în mod unilateral de către achizitor, viitorului executant, în condițiile în care dobânda legală este de 0,02%, iar penalitatea legală este de 0,01%, astfel încât adunat s-ar ajunge la procentul de 0,03% pe fiecare zi de întârziere.

Contestatorul arată că pentru contractele comerciale între diferite persoane fizice sau persoane juridice, în practică, penalitatea impusă și acceptată de părțile contractuale nu depășește 0,1% pe fiecare zi de întârziere.

În aceste condiții, în opinia contestatorului este nelegal a se impune o penalitate pe zi de întârziere de 1%, diferența între penalitatea legală sau cea practică și cea impusă prin contract fiind una foarte mare care nu are cum să fie acceptată de executant la simpla solicitare.

O penalitate în sarcina executantului de 1% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere este disproporționată și rupe echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 *"practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă"*.

În aceste condiții, în opinia contestatorului clauza impusă este nelegală nu numai având în vedere procentul foarte mare al penalităților de 1%, dar și față de faptul că procentul se aplică la valoarea contractului diminuată cu contravaloarea fără TVA a lucrărilor care au fost recepționate de către achizitor fără obiecțiuni.

Astfel, contestatorul precizează că penalitatea în sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 1% pe fiecare zi de întârziere din prețul contractului este nelegal stabilită, aceasta putând a fi aplicată doar creanțelor certe, lichide și exigibile, creanțe, art. 1 alin. (1) din Legea 72/2013, în rândul cărora nu intră partea executată, recepționată și decontată la timpul convenit prin contract, obiectul penalităților de întârziere fiind constituit de partea rămasă de executat din contract și care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor, astfel cum prevede.

Pe de altă parte, plata de penalități reprezintă o „CLAUZĂ PENALĂ”, iar Regimul juridic al clauzei penale este reglementat în textul articolelor 1538-1543 din noul Cod civil, astfel că, după cum îi spune și numele, clauza penală este o clauză contractuală prin care părțile stabilesc anticipat, de comun acord, o valoare a procentului de penalități.

Față de cele prezentate, contestatorul consideră că se impune ca autoritatea contractantă să pună de acord clauzele aflate în discuție, privind penalitățile în sarcina ei, cu dispozițiile legale evocate, astfel încât documentația de atribuire să respecte dispozițiile legale și să asigure informarea corectă a operatorilor economici, potrivit dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/.....

IV. Modificarea alin. 11.3. din contract, după cum urmează: "11.3. *În cazul în care achizitorul, din vina sa exclusivă, nu onorează facturile emise de Executant, potrivit clauzei 16.1 (30 zile), atunci acesta din urmă are dreptul de a solicita penalități în cuantum de 0,1%/zi din valoarea facturilor neachitate, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor*", având în vedere cele menționate la punctul III.

V. Inserarea în cuprinsul contractului a capitolului Întârzierea și sistarea lucrărilor, cu următorul conținut:

"În cazul în care:

- a) *volumul sau natura lucrărilor neprevăzute care nu se datorează culpei contractantului*
- b) *condițiile climaterice excepțional de nefavorabile constate de autoritățile abilitate ale statului*
- c) *oricare alt motiv de întârziere care nu se datorează culpei contractantului și nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta*

îndreptățesc contractantul de a solicita prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau a oricărei părți a acestora, atunci, prin consultare, părțile vor stabili:

a) orice prelungire a duratei de execuție (dacă este cazul) la care contractantul are dreptul

b) totalul cheltuielilor suplimentare care se va adăuga la prețul contractului”.

Contestatorul precizează că această clauză este uzuală în contractele de achiziție publică, reglementând situația prelungirii contractului din cauze neimputabile executantului.

În ceea ce privește răspunsul autorității contractante față de această solicitare, astfel cum a fost precizat prin răspunsul la notificarea prealabilă, respectiv *"Nu se acceptă inserarea. Operatorul va ține seama, în elaborarea graficului de execuție, de întreruperea activității pe timp nefavorabil (iarnă, ploi, etc)"*, contestatorul nu înțelege cum a putut autoritatea contractantă să precizeze faptul că executantul trebuie, în elaborarea graficului de execuție, să țină seama de iarnă și ploi, în condițiile în care nimeni nu poate să cunoască, cu câteva luni înainte sau chiar un an, prognoza meteo, respectiv când anume o să plouă, cât o să plouă și cât o să fie iarna, operatorul neputând să cunoască perioadele de timp în care se va afla în imposibilitatea de a executa lucrările contractate datorită condițiilor meteo deosebit de nefavorabile.

Mai mult, contestatorul arată că în sprijinul executantului a fost emis Normativul "Mixturi astfaltice executate la cald condiții tehnice privind proiectarea, repararea și punerea în operă" indicative AND - 605, prin care la art. 79 se prevede *"Așternerea mixturilor astfaltice se face la temperaturi ale stratului suport de minimum 10 grade pe o suprafață uscată"*, coroborat cu art. 81 care stipulează *"Lucrările se întrerup pe vânt puternic sau ploaie și se reiau numai după uscarea stratului uscat"*, astfel încât se impune în mod clar suspendarea lucrărilor datorită acestor motive care nu cad în culpa societății sale și care nu au cum să fie prevăzute în graficul de execuție, la data întocmirii acestuia, astfel cum precizează autoritatea contractantă prin răspunsul la notificarea prealabilă.

În opinia contestatorului, includerea intemperiilor în graficul de execuție, astfel cum precizează autoritatea contractantă, reprezintă un abuz având în vedere că nimeni nu poate cunoaște aceste perioade.

În primul rând, contestatorul solicită Consiliului să aibe în vedere că acest capitol a fost inserat în toate contractele de achiziție publică și în toate contractele de lucrări încheiate între persoane juridice și/sau fizice pentru a preîntâmpina eventualele blocaje în execuția contractului, toate aceste motive inserate în capitolul care dorește să fie introdus în contract,

sunt obiective și pertinente, ținând cont de complexitatea și natura lucrărilor ce fac obiectul contractului.

Contestatorul precizează că în lipsa acestui capitol există riscul ca, în momentul în care va interveni una din situațiile prevăzute, să fie necesară sesizarea instanței și intervenția acesteia, fapt ce ar duce la soluționarea acestor probleme într-un interval de timp foarte mare.

Lipsa acestor clauze aduce un prejudiciu grav și aproape irecuperabil ofertantului prin faptul că acesta nu este protejat în niciun fel față de eventualele abuzuri ale autorității contractante, existând astfel un dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile părților contractante.

Pentru toate cele mai sus învederate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 14789/03.11..... înregistrată la Consiliu sub nr. 33587/03.11....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă arată că în data de 17.10....., la sediul său, a fost înregistrată notificarea prealabilă cu nr. 13.841/17.10....., prin care SC SRL solicită următoarele:

A. permiterea prezentării pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară de contracte de *lucrări de drumuri comunale și drumuri vicinale*.

B. modificarea fișei de date prin excluderea cerinței minime de calificare de a prezenta *la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 36.000.000 lei fără TVA*.

C. eliminări și modificări aduse clauzelor contractuale.

La aceste solicitări, autoritatea contractantă arată că a răspuns cu adresa nr. Ad. 13841/19.10....., astfel:

Față de solicitarea SC SRL de a considera lucrări de complexitate similară, lucrările de drumuri comunale și drumuri vicinale, s-a acceptat ca experiență similară și lucrări de modernizare/reabilitare/construire drumuri comunale asfaltate. S-au luat măsuri de remediere a fișei de date.

Prin adresa nr. Ad. 13841/20.10..... s-au postat în SEAP măsurile de remediere. Totodată, acestea s-au transmis și potențialului ofertant, prin mijloace electronice.

În urma acestei notificări și a clarificărilor primite, s-a postat în SEAP erata nr. 95422/21.10....., prin care s-au modificat cerințele din fișa de date.

B.Referitor la solicitarea SC SRL de a exclude cerința minimă de calificare: "Ofertantul trebuie să fi executat în ultimii 5 ani, la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 36.000.000 lei", autoritatea contractantă potrivit art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/..... "Criteriile minime de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți

legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare”.

Astfel, s-a solicitat ca ofertantul să fi executat în ultimii 5 ani, la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 36.000.000 lei, nivelul fiind stabilit în raport cu volumul și complexitatea lucrărilor ce vor fi executate.

Aceasta cerință privind experiența similară prezintă o relevanță deosebită, fiind impusă de necesitatea asigurării unei garanții privind capacitatea ofertanților de a executa această lucrare în termenul de execuție oferit și la o calitate a lucrărilor corespunzătoare.

Ținând cont de anvergura și de complexitatea proiectului care va fi implementat, autoritatea contractantă precizează că pentru realizarea acestui obiectiv se dorește contractarea unor lucrări profesionale în vederea implementării cu succes a proiectului, iar operatorii economici trebuie să dispună de experiență similară anterioară astfel încât achizitorul să fie protejat, iar scopul contractului să fie realizat în conformitate cu cele mai bune standarde.

Autoritatea contractantă consideră că acest criteriu de calificare nu se încadrează în prevederile art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/.....

Fata de solicitarea SC SRL, autoritatea contractantă arată că a menținut cerința privind experiența similară: "Ofertantul trebuie să fi executat în ultimii 5 ani, la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 36.000.000 lei”.

C. Autoritatea contractantă arată că s-au solicitat modificări a unor clauze contractuale, astfel:

1. Eliminarea alin. 3 al art. 9.1. din contract: (3) *Executantul declară și garantează că, la data semnării prezentului Contract a studiat caietele de sarcini, că acestea sunt corecte, complete și că acestea vor fi realizate de către Executant, cu respectarea graficului de execuție. Executantul nu va putea solicita prelungiri ale termenelor prevăzute în proiectul de execuție invocând erori, omisiuni sau vicii ale proiectului de execuție care trebuiau și puteau fi sesizate de către un contractor profesionist în domeniul său de activitate înainte de data semnării Contractului”.*

Autoritatea contractantă arată că nu a fost de acord cu eliminarea alin. (3) și a acceptat modificarea art. 9.1 alin. (3), astfel: "(3) *Executantul declară și garantează că, la data semnării prezentului Contract a studiat caietele de sarcini și că acestea vor fi realizate de către Executant, cu respectarea graficului de execuție. Executantul nu va putea solicita prelungiri ale termenelor prevăzute în proiectul de execuție invocând erori, omisiuni sau vicii ale proiectului de execuție care trebuiau și puteau fi sesizate de către un contractor profesionist în domeniul său de activitate înainte de data semnării Contractului”.*

Autoritatea contractantă menționează că textul se referă la imposibilitatea utilizării de către executant a prelungirii termenului de execuție care, în procedura de achiziție prezentă, este factor de evaluare, prin invocarea unor erori, omisiuni sau vicii de proiectare. Executantul este obligat să execute proiectul așa cum este el redactat și verificat în

conformitate cu Legea 50/1991 și HG 28/2008 - conținutul cadru al documentației de proiectare.

2. Eliminarea alin. (3) al art. 9.8. din contract: *"(3) Cu excepția unor clauze contrare prevăzute în Contract, Executantul este răspunzător și va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătățirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului"*.

Autoritatea contractantă precizează că nu a acceptat eliminarea art. 9.8. alin. (3), întrucât acest articol se interpretează împreună cu art. 9.8 alin. (1) și alin. (2):

"9.8 - (1) Executantul are obligația de a utiliza în mod rezonabil drumurile sau podurile ce comunică cu sau sunt pe traseul șantierului și de a preveni deteriorarea sau distrugerea acestora de către traficul propriu sau al oricăruia dintre subcontractanții săi; Executantul va selecta traseele, va alege și va folosi vehiculele, va limita și va repartiza încărcăturile în așa fel încât traficul suplimentar ce va rezulta în mod inevitabil din deplasarea materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau a altora asemenea, de pe și pe șantier, să fie limitat, în măsura în care este posibil, astfel încât să nu producă deteriorări sau distrugerii ale drumurilor și podurilor respective.

(2) În cazul în care se produc deteriorări sau distrugerii ale oricărui pod sau drum care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului, datorită transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, executantul are obligația de a despăgubi Achizitorul împotriva tuturor reclamațiilor privind avarierea respectivelor poduri sau drumuri".

3. și 4. Modificarea alin. 11.2. și 11.3 din contract, respectiv:

"11.2 În cazul în care, din vina sa exclusivă, Executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, Achizitorul este îndreptățit la a aplica o dobândă penalizatoare egală cu 1% pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, dobândă aplicată la valoarea contractului fără TVA, diminuată cu contravaloarea fără TVA a lucrărilor care au fost recepționate de către achizitor fără obiecțiuni.

11.3 În cazul în care Achizitorul, din vina sa exclusivă, nu onorează facturile emise de Executant potrivit clauzei 16.1, atunci acesta din urmă are dreptul de a solicita ca penalități o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 1% din plata neefectuată, pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, penalități aplicate la valoarea fără TVA a plăților neefectuate".

Autoritatea contractantă menționează că nu a fost de acord cu modificarea clauzelor din contract referitoare la alin. 11.2 și 11.3, din următoarele motive:

1. Termenul de execuție este factor de evaluare, iar acesta nu poate fi depășit întrucât se încalcă principiul tratamentului egal, în conformitate cu art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/.....

2. Autoritatea contractantă trebuie să se asigure, prin clauzele contractuale, că termenele de execuție propuse de fiecare ofertant în parte sunt rezultatul unei asumări conștiente raportate la dotarea tehnică și

capacitatea de organizare internă a ofertantului și, în același timp, să descurajeze ofertarea nerealistă a unor termene de execuție.

Autoritatea contractantă precizează că acest articol se referă la plata unor dobânzi compensatorii sub forma unor plăți penalizatoare pentru vina exclusivă atât a operatorului economic cât și a autorității contractante, care poate să ducă la prelungirea termenului de execuție.

5. Modificarea clauzei 11.5. din contract, după cum urmează: *"11.5 - Nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract de către una dintre părți, dă dreptul părții lezate de a considera contractul de drept reziliat, fără punere în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă, precum și de a pretinde plata de daune-interese în condițiile dreptului comun, dar numai în condițiile constatării de către instanța de judecată a rezilierii contractului având în vedere că rezilierea este rezultatul uneia dintre părți, culpă care trebuie constatată în mod legal de instanța competentă".*

Autoritatea contractantă arată a acceptat modificarea art. 11.5 astfel: *"11.5 - Nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract de către una dintre părți, dă dreptul părții lezate de a considera contractul de drept reziliat, fără punere în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă, precum și de a pretinde plata de daune-interese în condițiile dreptului comun, dar numai în condițiile constatării de către instanța de judecată a rezilierii contractului având în vedere că rezilierea este rezultatul uneia dintre părți, culpă care trebuie constatată în mod legal de instanța competentă".*

6. Inserarea în cuprinsul contractului a unei clauze cu următorul conținut:

"În cazul în care:

- a) volumul sau natura lucrărilor neprevăzute care nu se datorează culpei contractantului*
 - b) condițiile climaterice excepțional de nefavorabile constatate de autoritățile abilitate ale statului*
 - c) oricare alt motiv de întârziere care nu se datorează culpei contractantului și nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta*
- îndreptățesc contractantul de a solicita prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau a oricărei părți a acestora, atunci, prin consultare, părțile vor stabili:*

- a) orice prelungire a duratei de execuție (dacă este cazul) la care contractantul are dreptul*
- b) totalul cheltuielilor suplimentare care se va adăuga la prețul contractului".*

Autoritatea contractantă menționează că nu a acceptat inserarea acestei clauze, precizând că *"Operatorul va ține seama, în elaborarea graficului de execuție, de întreruperile activității pe timp nefavorabil (iarnă, ploj, etc.)".*

Prin adresa nr. Ad. 13841/20.10....., autoritatea contractantă arată că s-au postat, în SEAP, măsurile de remediere. Totodată, acestea s-au transmis și potențialului ofertant, prin mijloace electronice.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în urma notificării prealabile și a clarificărilor primite, a postat în SEAP erata nr.

95422/21.10....., prin care s-au modificat cerințele din fișa de date și modelul de contract cu modificările aduse.

În urma primirii contestației, autoritatea contractantă solicită:

1. Respingerea cererii de modificare a cerințelor din fișa de date în sensul excluderii limitării de a prezenta "la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 36.000.000 lei fără TVA", întrucât conform art. 29 din HG nr. 395/..... "Criteriile minime de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare".

Astfel, prin Strategia de contractare s-a solicitat ca ofertantul să fi executat în ultimii 5 ani, la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 36.000.000 lei, nivelul fiind stabilit în raport cu volumul și complexitatea lucrărilor ce vor fi executate.

Autoritatea contractantă arată că această cerință privind experiența similară prezintă o relevanță deosebită, fiind impusă de necesitatea asigurării unei garanții privind capacitatea ofertanților de a executa această lucrare în termenul de execuție ofertat și la o calitate a lucrărilor corespunzătoare.

Ținând cont de anvergura și de complexitatea proiectului care va fi implementat, pentru realizarea acestui obiectiv se dorește contractarea unor lucrări profesionale în vederea implementării cu succes a proiectului, iar operatorii economici trebuie să dispună de experiență similară anterioară astfel încât achizitorul să fie protejat, iar scopul contractului să fie realizat în conformitate cu cele mai bune standarde.

Autoritatea contractantă consideră că această cerință minimă de calificare este relevantă și este proporțională în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că această decizie se bazează pe conținutul art. 178 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/.....

Autoritatea contractantă menționează că prin această cerință se asigură că operatorii economici au capacitatea de a executa lucrări de complexitatea celor licitate, într-un termen de execuție asumat.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă consideră că solicitarea contestatorului de modificare a cerințelor din fișa de date este nefondată și solicită respingerea contestației.

2. Respingerea modificării/clauzelor contractuale.

În ceea ce privește aspectele legate de clauzele contractuale, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere din răspunsurile la notificarea nr. Ad. 13749/17,10....., după cum urmează:

La punctul 1 privind eliminarea alin. (3) al art. 9.1, autoritatea contractantă menționează că a modificat acest articol prin eliminarea sintagmei "*executantul declară că.... caietele de sarcini... sunt corecte și complete*".

Prin această corecție, autoritatea contractantă precizează că și-a asumat responsabilitatea exactității documentațiilor și a tuturor informațiilor puse la dispoziția ofertanților dar înțelege, prin clauza respectivă, să elimine orice tertip al executantului de a "descoperi" omisiuni, erori, vicii, etc., numai cu scopul de a nu se încadra în termenul pe care el însuși l-a propus.

Autoritatea contractantă menționează că în momentul în care operatorul economic propune un termen de execuție, acesta trebuie să cuprindă și eventualele întârzieri, întreruperi de scurtă durată, etc. dacă apar neclarități, iar acestea vor fi rezolvate rapid, în condițiile legii. Modul în care argumentează contestatorul eliminarea acestui articol (alineat) arată clar modul cum intenționează să își realizeze obligațiile contractuale.

La punctul 2, s-a solicitat eliminarea alin. (3) al art. 9.8. din contract: *"(3) Cu excepția unor clauze contrare prevăzute în Contract, Executantul este răspunzător și va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătățirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului"*.

Autoritatea contractantă menționează că citarea trunchiată, scoasă din context, a unui alineat, poate să creeze impresia inserării în contract a unor clauze abuzive în sarcina operatorilor economici. Astfel, acest alineat se citește împreună cu alin. (1) și (2), după cum urmează:

"9.8 - (1) Executantul are obligația de a utiliza în mod rezonabil drumurile sau podurile ce comunică cu sau sunt pe traseul șantierului și de a preveni deteriorarea sau distrugerea acestora de către traficul propriu sau al oricăruia dintre subcontractanții săi; Executantul va selecta traseele, va alege și va folosi vehiculele, va limita și va repartiza încărcăturile în așa fel încât traficul suplimentar ce va rezulta în mod inevitabil din deplasarea materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau a altora asemenea, de pe și pe șantier, să fie limitat, în măsura în care este posibil, astfel încât să nu producă deteriorări sau distrugerii ale drumurilor și podurilor respective.

(2) În cazul în care se produc deteriorări sau distrugerii ale oricărui pod sau drum care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului, datorită transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, executantul are obligația de a despăgubi Achizitorul împotriva tuturor reclamațiilor privind avarierea respectivelor poduri sau drumuri.

(3) Cu excepția unor clauze contrare prevăzute în Contract, Executantul este răspunzător și va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătățirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalațiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se află pe traseul șantierului".

Astfel, din citirea întregului articol se vede clar că nu este vorba despre asigurarea "frontului de lucru liber de orice sarcină" care, întradevăr, cade în sarcina autorității contractante.

Autoritatea contractantă precizează că prin acest alineat se asigură că executantul are obligația de a-și dimensiona mijloacele de transport marfă, utilaje în raport cu drumurile existente de afluerie către obiectiv, în

caz contrar, orice distrugeri de drumuri, poduri, etc., cad în sarcina exclusivă a executantului.

La punctele 3 și 4 s-a solicitat modificarea alineatelor 11.2 și 11.3 din contract, după cum urmează:

„11.2. În cazul în care, din vina sa exclusivă Executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din prețul contractului, cota procentuală pentru fiecare zi de întârziere va fi de 0.1% din valoarea lucrărilor neexecutate”.

”11.3. În cazul în care achizitorul, din vina sa exclusivă, nu onorează facturile emise de Executant, potrivit clauzei 16.1 (30 zile), atunci acesta din urmă are dreptul de a solicita penalități în cuantum de 0,1%/zi din valoarea facturilor neachitate, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”.

Autoritatea contractantă arată că potrivit dispozițiilor art. 1548 Cod civil *”Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale”.*

În materia contractelor încheiate între autorități contractante și profesioniști, la art. 4 din Legea nr. 72/2013 se prevede *”Dacă părțile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare, calculată potrivit art. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, aprobată prin Legea nr. 43/2012”.*

Autoritatea contractantă consideră că modalitatea de redactare a art. 11.2, precum și cuantumul dobânzii penalizatoare nu au un caracter abuziv, în sensul Legii nr. 72/2013, invocată de contestator.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că nu pot fi primite susținerile în sensul că, cuantumul acestei dobânzi penalizatoare este de natură să rupă echilibrul contractual dintre părțile contractante, cuantumul fiind același atât pentru achizitor cât și pentru executant, în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale.

Autoritatea contractantă apreciază că acest cuantum al dobânzii penalizatoare, pe lângă faptul că nu poate fi considerat abuziv, este de natură a determina părțile contractante să își îndeplinească la timp și în bune condiții obligațiile contractuale.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că atât prevederile art. 11.2, cât și cele ale art. 11.3, sunt legale și solicită respingerea contestației în ceea ce privește aceste clauze.

La punctul 5 s-a solicitat inserarea în cuprinsul contractului a capitolului *Întârzierea și sistarea lucrărilor*, cu următorul conținut:

”În cazul în care:

b) volumul sau natura lucrărilor neprevăzute care nu se datorează culpei contractantului

b) condițiile climaterice excepțional de nefavorabile constatate de autoritățile abilitate ale statului

c) oricare alt motiv de întârziere care nu se datorează culpei contractantului și nu a survenit prin încălcarea contractului de către acesta

îndreptăţesc contractantul de a solicita prelungirea termenului de execuţie a lucrărilor sau a oricărei părţi a acestora, atunci, prin consultare, părţile vor stabili:

c) orice prelungire a duratei de execuţie (dacă este cazul) la care contractantul are dreptul

d) totalul cheltuielilor suplimentare care se va adăuga la preţul contractului".

Autoritatea contractantă menţionează că nu a acceptat inserarea acestei clauze, întrucât operatorul trebuie să țină seama, în elaborarea graficului de execuţie, de întreruperile activităţii pe timp nefavorabil (iarnă, ploi, etc.).

Faţă de acest aspect, autoritatea contractantă consideră că solicitarea contestatorului de modificare/eliminare a clauzelor contractuale este nefondată şi solicită respingerea contestaţiei în ceea ce priveşte această clauză.

Prin adresa nr. 2310/23.11..... înregistrată la Consiliu sub nr. 35929/24.11....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al autorităţii contractante, învederând faptul că autoritatea contractantă nu aduce în apărare alte motive decât cele pe care le-a precizat prin răspunsul la notificările prealabile.

Contestatorul precizează că, la toate solicitările sale legitime, autoritatea contractantă nu a dorit să adopte măsuri de remediere, ba mai mult motivaţiile autorităţii sunt simple afirmaţii, fără suport legal şi fără argumente temeinice şi justificate, de unde rezultă în mod clar abuzul acesteia, întrucât se găseşte într-o poziţie mai confortabilă, de unde îşi permite să impună, în mod ilegal, ofertanţilor atât condiţii de participare la procedură prin restrângerea concurenţei, dar şi condiţii de derulare a contractului care nu pot fi acceptate de niciun ofertant.

Întrucât nu sunt afirmaţii noi faţă de susţinerile din răspunsurile la notificările prealabile, astfel încât nu are ce alte apărări să aducă, contestatorul solicită Consiliului să analizeze punctual fiecare argument care a fost ridicat prin contestaţie şi să ia act de faptul că solicitările din documentaţia de atribuire, astfel cum au fost ele precizate prin contestaţie, sunt fără niciun suport legal şi neîntemeiate, iar faţă de clauzele contractuale să admită faptul că se încadrează în categoria clauzelor abuzive, că aceste precizări contractuale nu au cum să fie impuse în mod unilateral de către o parte contractantă, celeilalte părţi rămânându-i doar posibilitatea de acceptare fără nici cea mai mică negociere, contractul de achiziţie transformându-se practic într-un contract de adeziune.

Totodată, contestatorul solicită Consiliului să aibe în vedere faptul că a demarat o procedură de achiziţie publică, prin invitaţie de participare/anunţ de participare simplificat nr. .../03.10....., pentru atribuirea contractului de achiziţie publică având ca obiect "Modernizare şi reabilitare DJ 112C, Halchiu-Satu Nou-Dumbravita-Vladeni, km 2+755 - 14+425, ...".

Având în vedere că, la această procedură, documentaţia de atribuire cuprindea aceleaşi neconformităţi pe care le-a sesizat şi prin prezenta contestaţie, documentaţie care, ca şi cerinţe, era identică cu cea pe care a

contestat-o, contestatorul arată că a procedat la transmiterea unei notificări prealabile, însă nu a mai ajuns să o conteste întrucât autoritatea contractantă a înțeles să anuleze procedura.

La data de 23.11....., contestatorul învederează faptul că a publicat, din nou, această procedură de achiziție publică, prin anunțul nr. .../23.11....., denumire contract "Modernizare și reabilitare DJ 112C, Halchiu-Satu Nou-Dumbravita-Vlădeni, km 2+755 - 14+425, ...", dar de această dată nu a limitat posibilitățile ofertanților la un număr minim/maxim de contracte pentru dovedirea experienței similare, ci a solicitat ca ofertantul să fi executat în ultimii 5 ani lucrări de natura și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulate de minim 21.000.000 lei fără TVA.

Contestatorul precizează că în această manieră trebuia tratată și procedura de achiziție publică în cauză vis-a-vis de experiența similară, întrucât așa prevede legislația în vigoare privind achizițiile publice, astfel cum a și menționat prin contestația depusă.

Contestatorul nu înțelege unde este acum gândirea JUDEȚULUI, care susținea cu tărie că limitarea la un număr de contracte în ceea ce privește dovedirea experienței similare reprezintă o relevanță deosebită, fiind impusă ca o siguranță că operatorii economici au capacitatea de a executa lucrări de complexitatea celor licitate, într-un termen de execuție asumat. Totodată, autoritatea contractantă considera că această cerință minimă de calificare este relevantă și proporțională în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică.

Concluzionând față de cele relatate, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că autoritatea contractantă își permite, după bunul său plac și în mod abuziv, să restricționeze, sau nu, concurența la procedurile de achiziție publică, pe care le demarează prin nerespectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, să considere a fi importantă o anumită cerință impusă în mod restrictiv, ca mai apoi să considere că totuși această restricție de fapt nu mai prezintă nicio relevanță.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat atribuirea, prin procedura de licitație deschisă online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „.....”, cod CPV 45233140-2, 45221110-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr./....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate - preț”.

La data de 17.10....., SC SRL, apreciind nelegală documentația de atribuire, a transmis autorității contractante, în temeiul dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/....., notificarea prealabilă nr. 1978/17.10.....

Nemulțumit de răspunsul autorității contractante, comunicat prin adresa nr. Ad 13841/19.10....., SC SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr./.....

Având în vedere că, prin contestație, SC SRL a solicitat inclusiv suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației sale, prin Încheierea nr. Consiliul, în considerarea dispozițiilor, art.

22 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/....., a admis cererea de suspendare a procedurii.

În ceea ce privește fondul contestației, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită în parte pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

În ceea ce privește primul motiv invocat de contestator în contestația depusă, Consiliul îl apreciază ca fiind întemeiat.

Potrivit dispozițiilor art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/....., „Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă”.

Prevederea legală enunțată nu face referire la vreo limitare a numărului de contracte prin care ar trebui demonstrată experiența similară și, prin urmare, Consiliul apreciază că cerința privind îndeplinirea experienței similare din fișa de date a achiziției va trebui modificată de autoritatea contractantă, în sensul eliminării sintagmei ”cel mult 3 contracte”, din cuprinsul cerinței 1 a capitolului III.2.3) din fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește însă motivele invocate de contestatorul SC SRL privind modificarea/completarea clauzelor contractuale, Consiliul le apreciază ca fiind neîntemeiate.

Astfel, potrivit dispozițiilor art.3 lit.I) din Legea nr. 98/....., definiția contractului de achiziție publică este: „contract de achiziție publică - contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”.

Potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit.c) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ , prin noțiunea de „act administrativ” se înțelege „actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ”.

În literatura de specialitate se susține că, din punct de vedere al naturii juridice, **contractul de achiziție publică este un contract administrativ**, iar nu un contract de drept privat. Contractul

administrativ a fost definit ca fiind acel „*acord de voință, dintre o autoritate publică, aflată pe o poziție de superioritate juridică, pe de-o parte, și alte subiecte de drept public pe de altă parte (persoane fizice, persoane juridice sau alte organe ale statului subordonate celeilalte părți) prin care se urmărește satisfacerea unui interes general, prin prestarea unui serviciu public, efectuarea unei lucrări publice sau punerea în valoare a unui bun public, supus unui regim de putere publică*”. Iar autorul francez al teoriei contractelor administrative, și anume G. Jèze, a oferit următoarea definiție: „*contractele încheiate de administrație pentru a asigura funcționarea unui serviciu public și care este supus, din punct de vedere al regulilor particulare, altor reguli decât cele care guvernează raporturile dintre particulari.*”

Principalele trăsăturile caracteristice ale contractelor administrative sunt:

- părțile contractului administrativ nu se află pe poziție de egalitate juridică, particularul fiind subordonat juridic autorității publice;
- încheierea, executarea și încetarea contractului administrativ sunt subordonate principiului priorității interesului public față de interesul privat.

Pe de altă parte, Consiliul reține și faptul că majoritatea motivelor privind modificarea/completarea clauzelor contractuale invocate de contestator au în fapt influență asupra termenului de execuție a lucrării, termen de execuție care, potrivit documentației de atribuire, constituie factor de evaluare a ofertelor, deci factor determinant în atribuirea viitorului contract. În consecință, Consiliul apreciază ca fiind întemeiate susținerile autorității contractante potrivit cărora autoritatea contractantă tebuie să se asigure, prin clauzele contractuale, că termenele de execuție propuse de fiecare ofertant în parte sunt rezultatul unei asumări conștiente raportate la dotarea tehnică și capacitatea de organizare internă a ofertantului și, în același timp, să descurajeze ofertarea nerealistă a unor termene de execuție. Totodată, Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiate și solicitările contestatorului de modificare a alin. 11.2. și alin.3 din modelul de contract, întrucât cuantumul dobânzii penalizatoare nu este de natură să rupă echilibrul contractual dintre părțile contractante, cuantumul fiind același atât pentru achizitor cât și pentru executant, în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/....., Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL și va dispune modificarea fișei de date a achiziției în sensul eliminării sintagmei ”cel mult 3 contracte din cuprinsul cerinței 1 a capitolului III.2.3) din fișa de date a achiziției în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii, și va respinge ca nefondate celelalte motive invocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/.....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/..... admite în parte contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu și dispune modificarea fișei de date a achiziției în sensul eliminării sintagmei ”cel mult 3 contracte din cuprinsul cerinței 1 a capitolului III.2.3) din fișa de date a achiziției, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/..... respinge ca nefondate celelalte motive invocate în contestație.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...