



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România

Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2051/C7/2307

Data: 21.11.2016

Prin contestația nr. 2020/21.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32045/21.10.2016, formulată de către S.C. MORANI IMPEX S.R.L., cu sediul în Zărnești, Aleea Uzinei nr. 3, județul Brașov, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J08/105/2000, având CUI RO 12642101, împotriva documentației de atribuire și a răspunsurilor nr. Ad13555/14.10.2016 și nr. Ad13749/17.10.2016 la notificările prelabile, emise de către JUDEȚUL BRAȘOV, cu sediul în Brașov, bd. Eroilor nr. 5, județul Brașov, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare și reabilitare DJ 104L Bunești-Viscri-Dacia, km 0+000-15+065, județul Brașov”, s-a solicitat admiterea contestației astfel cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la modificarea cerințelor din fișa de date a achiziției, în sensul excluderii limitării prezentării a cel mult trei contracte similare, modificarea/completarea clauzelor contractuale abuzive inserate în modelul de contract de lucrări, precum și suspendarea de procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei.

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 contestația de

față, prin care ofertantul S.C. MORANI IMPEX S.R.L. reclamă documentația de atribuire emisă de către autoritatea contractantă.

În susținerea contestației, S.C. MORANI IMPEX S.R.L. învederează faptul că a transmis autorității contractante în termenul legal Notificarea prealabilă nr. 1941/11.10.2016 și Notificarea prealabilă nr. 1963/14.10.2016, la care JUDEȚUL BRAȘOV a răspuns prin adresele nr. Ad.13555/14.10.2016 și nr. Ad.13749/17.10.2016, acesta fiind de acord cu anumite aspecte precizate prin notificările prelabile, iar alte aspecte nedorind să le modifice, fapt pentru care se consideră, pe de o parte că unele solicitări impuse prin fișa de date a achiziției 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.

Cu privire la prima solicitare din contestație referitor la cerința de a prezenta cel mult 3 contracte, lucrări de natură și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 29.000.000 lei fără TVA, S.C. MORANI IMPEX S.R.L. evocă prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016 și apreciază că solicitarea autorității contractante de a prezenta cel mult trei contracte vine să îngrădească participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică, prin nerespectarea noii legislații în vigoare, 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 ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție, pentru lucrările cele mai importante.

Astfel, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat cu rigurozitate dispozițiile art. 29 alin. (1) și art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, precum și art. 172 și art. 179 din Legea nr. 98/2016, considerând că este impropriu să se pretindă viitorilor ofertanți deținerea unei experiențe similare bazate pe un număr de trei contracte.

În acest sens, contestatorul evocă faptul că aspecte fără nicio limitare sau restricționare se regăsesc în cuprinsul art. 18 alin. (1) și art. 58 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și face trimitere la proceduri de achiziție publică similare (Primăria Municipiului Făgăraș, invitație de participare/anunț de participare simplificat nr. 393455/10.10.2016), care nu limitează participarea ofertanților la procedură prin impunerea unui număr de contracte pentru a se dovedi experiența similară.

În concluzie, contestatorul solicită modificarea fișei de date a achiziției prin excluderea limitării de a prezenta cel mult 3 contracte, lucrări de natură și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim 29.000.000 lei fără TVA, în sensul prezentării listei principalelor lucrări executate în ultimi 5 ani.

Cu privire la cea de a doua solicitare din contestație referitoare la modificarea/completarea clauzelor contractuale, S.C. MORANI IMPEX

S.R.L. consideră că s-au inserat în mod abuziv anumite clauze contractuale, care sunt nelegale și care, sub nici o 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 executantului.

În acest sens, contestatorul citează art. 12 și art. 13 din 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, ce 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.

În considerarea celor evocate, contestatorul precizează că o clauză 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.

Astfel, privitor la conținutul modelului de contract pe care autoritatea contractantă l-a atașat documentației de atribuire, contestatorul solicită 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, ca 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.”*

Contestatorul consideră că respectivul alineat 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, se observă că proiectul nu corespunde cu situația din teren, chiar dacă ele poartă semnătura verficatorului de proiect, în conformitate cu Ordinul nr. 839/2009 - norme de aplicare a Legii nr. 50/1991.

Concluzionând, contestatorul evocă prevederile art. 10.5 din contract și apreciază că, în contextul celor de mai sus, sunt relevante și dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 și cele ale art. 15 din Noul Cod Civil.

S.C. MORANI IMPEX S.R.L. solicită, în continuare, 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 afla pe traseul*

șantierului”, apreciind că, potrivit prevederilor legale în materie și a celor contractuale, obligația de asigurare a frontului liber de orice sarcini este în sarcina achizitorului.

În continuare, contestatorul solicită 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.”

Această solicitare o face contestatorul întrucât susține că 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 cu totul 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. Și dacă se vorbește de contractele comerciale între diferitele 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, este nelegal a 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 flagrant disproporționată și rupe echilibrul contractual dintre părțile contractante, susține contestatorul, 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, S.C. MORANI IMPEX S.R.L. solicită să se ia în calcul că respectiva clauză 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.

Contestatorul citează art. 12 din Legea nr. 72/2013 și precizează că plata de penalități reprezintă o „Clauză Penală”, iar Regimul juridic al clauzei penale este reglementat în textul articolelor 1538-1543 din Noul Cod civil.

Față de cele prezentate, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să pună de acord clauzele aflate în discuție, din documentația de atribuire, 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. 98/2016.

În continuare, contestatorul solicită 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.”*

Contestatorul arată că vine cu această solicitare având în vedere cele menționate la punctul anterior.

S.C. MORANI IMPEX S.R.L. solicită 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 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:*
 - orice prelungire a duratei de execuție (dacă este cazul) la care contractantul are dreptul;*
 - totalul cheltuielilor suplimentare care se va adăuga la prețul contractului.*

Clauza este uzuală în contractele de achiziție publică reglementând situația prelungirii contractului din cauze neimputabile executantului.”

Față de această inserare, contestatorul solicită, în primul rând, să se aibă în vedere răspunsul autorității contractante la 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 susține 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 sunt obiective și pertinente, ținând cont de complexitatea și natura lucrărilor ce fac obiectul contractului. În lipsa acestui capitol există riscul ca în momentul în care va interveni una din situațiile prevăzute, atunci va fi necesară sesizarea instanței și intervenția acesteia fapt ce ar duce la soluționarea acestor probleme într-un interval de timp foarte mare.

Astfel, contestatorul arată că lipsa acestor clauze aduce un prejudiciu grav și aproape irecuperabil ofertantului, prin faptul că ofertantul 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 cele învedereate, S.C. MORANI IMPEX S.R.L. solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la modificarea cerințelor din fișa de date a achiziției, în sensul excluderii limitării prezentării a cel mult trei contracte similare, modificarea/completarea clauzelor contractuale abuzive inserate în modelul de contract de lucrări.

În drept, contestatorul evocă prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016, iar în probațiune, depune anexat o serie de înscrisuri.

În punctul său de vedere nr. 14437/27.10.2016 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 32844/28.10.2016, JUDEȚUL BRAȘOV susține, în apărare, respingerea acesteia ca nefondată.

În preambul, autoritatea contractantă face un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, arată solicitările contestatorului din cele două notificări, precum și răspunsurile sale, în care a adoptat o serie de măsuri de remediere.

Autoritatea contractantă solicită respingerea cererii contestatorului de modificare a cerințelor din fișa de date a achiziției, în sensul excluderii limitării de a prezenta *„la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natură și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului, în valoare de minim 29.000.000 lei”*.

Astfel, autoritatea contractantă evocă prevederile art. 29 din H.G. nr. 395/2016, arătând că 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 natură și complexitate similară/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 29.000.000 lei, nivelul fiind stabilit în raport cu volumul și complexitatea lucrărilor ce vor fi executate. 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. Această decizie se bazează pe conținutul art. 178 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum am mai precizat și anterior, Autoritatea Contractantă se asigură, prin această cerință, 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 a achiziției este nefondată și solicită respingerea contestației.

Cu privire la respingerea modificării/ clauzelor contractuale, autoritatea contractantă arată că își menține punctul de vedere din răspunsurile la notificarea nr. Ad. 13749/17.10.2016, 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 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. 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, contestatorul a solicitat eliminarea alin. (3) al art. 9.8. din contract, iar cu privire la aceasta, autoritatea contractantă susține 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.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că din citirea întregului articol, se observă că nu este vorba despre asigurarea „frontului de lucru liber de orice sarcină”, care, într-adevăr, cade în sarcina acesteia. Prin acest alineat, autoritatea contractantă se asigură că executantul are obligația de a-și dimensiona mijloacele de transport marfă, utilaje, în raport cu drumurile existente de afluire către obiectiv, în caz contrar, orice distrugerii de drumuri, poduri, etc., cad în sarcina exclusivă a executantului.

La punctele 3 și 4, contestatorul a solicitat modificarea art. 11.2 și 11.3 din contract, la care, autoritatea contractantă evocă dispozițiile 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”* și art. 4 din Legea nr. 72/2013 care 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”*.

Cu privire la acest aspect, 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.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că nu pot fi primite susținerile contestatorului, 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.

Totodată, 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 ce privește aceste clauze.

La punctul 5, contestatorul a solicitat inserarea în cuprinsul contractului a capitolului „Întârzierea și sistarea lucrărilor”, cu un anumit conținut, pe care autoritatea contractantă îl citează și față de care arată că nu a acceptat inserarea acestei clauze. Astfel, operatorul economic va ține seama, în elaborarea graficului de execuție, de întreruperile activității pe timp nefavorabil (iarnă, ploi, etc.).

Și față de acest aspect, autoritatea contractantă consideră că solicitarea contestatorului de modificare/eliminare a clauzelor contractuale este nefondată și solicită respingerea contestației în ce privește această clauză.

Față de cele de mai sus, JUDEȚUL BRAȘOV solicită Consiliului respingerea contestației formulate de S.C. MORANI IMPEX S.R.L.

Prin adresa nr. 2136/04.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 33769/04.11.2016, S.C. MORANI IMPEX S.R.L. transmite răspunsul său la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, în care precizează că aceasta nu aduce în apărarea sa alte motive decât cele precizate prin răspunsul la notificarea prealabilă, motivațiile acesteia sunt simple afirmații fără suport legal și fără argumente temeinice și justificate.

Întrucât autoritatea contractantă nu face afirmații noi, față de susținerile din răspunsurile la notificările prealabile, contestatorul solicită Consiliului să analizeze punctual fiecare argument ridicat prin contestație și să decidă în consecință, luând în considerare că respectivele clauze sunt abuzive și nu au cum să fie impuse în mod unilateral de către o parte contractantă.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, JUDEȚUL BRAȘOV a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect

„Modernizare și reabilitare DJ 104L Bunești-Viscri-Dacia, km 0+000-15+065, județul Brașov”, cod CPV 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2) și 45221110-6 Lucrări de construcții de poduri (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. 170323/08.10.2016.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări, este de 29.795.662 lei, fără TVA.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, S.C. MORANI IMPEX S.R.L. a transmis autorității contractante notificările prealabile nr. 1941/11.10.2016 și nr. 1963/14.10.2016, la care, aceasta a răspuns prin adresele nr. Ad.13555/14.10.2016 și nr. Ad.13749/17.10.2016.

Procedând la soluționarea contestației formulate de S.C. MORANI IMPEX S.R.L., Consiliul constată că aceasta vizează conținutul documentației de atribuire, fiind formulate critici cu privire la modul în care autoritatea contractantă a stabilit cerința de calificare privind experiența similară și cu privire la unele clauze din cuprinsul modelului de contract de execuție lucrări.

În ceea ce privește criticile referitoare la cerința privind experiența similară, Consiliul constată că este criticată limitarea numărului de contracte ce se vor prezenta pentru dovedirea experienței similare, contestatorul apreciind că prin solicitarea prezentării a cel mult 3 contracte se restricționează participarea la procedura de achiziție publică.

Consiliul reține că la punctul III.2.3.a) *”Capacitatea tehnică și/sau profesională”* din fișa de date a achiziției, este prevăzut că *”Ofertantul trebuie să fi executat în ultimii 5 ani, la nivelul a cel mult 3 contracte, lucrări de natura și complexitate similara/comparabilă cu lucrările ce fac obiectul contractului în valoare de minim 29.000.000 lei”*.

Raportat la cerința de calificare prevăzută de autoritatea contractantă, Consiliul are în vedere prevederile art. 29 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 potrivit căroră *”Criteriile 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/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”*.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că valoarea estimată a contractului de lucrări, ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire este de 29.795.662 lei, fără TVA, prin urmare operatorii economici participanți la procedura de achiziție publică trebuie să facă dovada că au posibilitatea concretă de a îndeplini un contract de natura și complexitatea celui ce urmează a fi încheiat.

Prin urmare, Consiliul constată că prin impunerea acestei cerințe de calificare, autoritatea contractantă a urmărit să se asigure că operatorii economici participanți la procedura de atribuire sunt în măsură să ducă la îndeplinire un contract de natura celui ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire, nefiind incidente prevederile art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 potrivit căroră *”Autoritatea contractantă nu are dreptul*

de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproportionale în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere faptul că, în conformitate cu prevederile Strategiei de contractare privind achiziția "Modernizare și reabilitare DJ 104L Bunești-Viscri-Dacia, km 0+000-15+065", valoarea estimată a lucrărilor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire este de 29.795.662 lei, fără T.V.A..

De asemenea, se reține că, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, obiectul contractului ce urmează a fi încheiat este reprezentat de lucrări de modernizare a reabilitare a unui drum județean, respectiv lucrări privitoare la terasamente, fundații, așternere mixturi asfaltice, lucrări de susținere și consolidare din beton, dispozitive pentru scurgerea apelor, lucrări de poduri și podețe, rezultând că acesta este un contract complex, cuprinzând atât lucrări de structură cât și lucrări privind straturile de formă, atât pentru sectorul de drum indicat cât și pentru podurile și podețele aferente acestui sector.

Astfel, nu se poate considera că prezentarea unui număr maxim de 3 contracte reprezintă un obstacol în participarea la procedura de atribuire și care ar restricționa participarea, cum eronat susține contestatorul, atâta timp cât impunerea cerințelor de calificare are drept rol dovedirea unei experiențe similare a operatorilor economici, raportat la obiectul și complexitatea contractului, fiind o măsură de siguranță pe care legiuitorul a pus-o la îndemâna autorității contractante.

Astfel, Consiliul constată că impunerea ca ofertanții să fi executat în ultimii 5 ani cel mult 3 contracte de natura celui ce face obiectul prezentei proceduri, în valoare cumulată de minim 29.000.000 lei, prezintă relevanță în raport cu complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, care presupune lucrări de modernizare drumuri județene, în valoare totală de 29.795.662 lei, fără TVA., această cerință nefiind disproporționată față de natura și complexitatea contractului ce urmează a fi executat.

Prin urmare, Consiliul constată că prin impunerea acestei cerințe, autoritatea contractantă nu a restricționat participarea operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire în cauză, motiv pentru care respinge criticile formulate de contestator.

În ceea ce privește criticile referitoare la anumite clauze, considerate abuzive, din modelul de contract prezentat în cadrul documentației de atribuire, Consiliul reține că sunt avute în vedere prevederile de la art. 9.1 alin. (3), art. 9.8 alin. (3), art. 11.2, , art. 11.3, precum și înserarea în cuprinsul contractului a unui nou capitol, referitor la întârzierea și sistarea lucrărilor.

Referitor la prevederile art. 9.1 din modelul de contract propuse de autoritatea contractantă, Consiliul reține că, în urma modificării acestuia ca urmare a notificării prealabile, formulată de S.C. MORANI IMPEX S.R.L. în temeiul prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectivul articol prevede că *"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"*.

Astfel, Consiliul reține că prin inserarea acestor dispoziții contractuale, autoritatea contractantă vrea să se asigure că executantul nu va prelungi termenul de execuție prin invocarea unor vicii, omisiuni ale proiectului, mai ales că, așa cum este prevăzut la cap. IV.2.1) „Criterii de atribuire” din cadrul anunțului de participare nr. 170323/08.10.2016, „termenul de execuție a lucrării” este unul dintre cei doi factori de evaluare, cu o pondere de 15% din punctajul obținut de ofertanți.

Prin urmare, Consiliul constată că, în mod justificat, autoritatea contractantă a inserat prevederea de la punctul 9.1 lin. (3) din modelul de contract, executanții având obligația executării proiectului, așa cum acesta a fost întocmit, în termenul pentru care s-a obligat, motiv pentru care respinge criticile formulate de contestator.

În ceea ce privește criticile referitoare la punctul 9.8 alin. (3), Consiliul are în vedere că la punctul 9.8, autoritatea contractantă a propus următoarele prevederi contractuale: *"(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 oricărui dintre subcontractanții săi; Executantul va selecta traseele, va alege și va folosi vehiculele, va limita și va repartiza încarcaturile 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 distrugereri ale drumurilor și podurilor respective.*

(2) În cazul în care se produc deteriorări sau distrugereri 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 afla pe traseul șantierului".

Prin urmare, Consiliul are în vedere că prevederile de la punctul 9.8 vizează păstrarea calității drumurilor și podurilor ce comunică sau sunt pe traseul șantierului, sens în care se impune ca executantul să-și repartizeze încărcătura în așa fel încât traficul să fie limitat, iar în situația în care executantul produce deteriorări, acesta are obligația de a-l despăgubi pe achizitor.

Este adevărat că achizitorul are obligația de asigurare a frontului liber de orice sarcini, însă, aceasta nu înseamnă că în situația în care executantul nu păstrează calitatea drumurilor și podurilor, prin limitarea pe cât posibil a traficului e mare tonaj, acesta nu răspunde pentru daunele produse.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul întemeiat al respectivelor clauze contractuale, autoritatea contractantă fiind îndreptățită să solicite despăgubiri executantului, în cazul în care, din vina acestuia, sunt deteriorate drumuri și poduri ce comunică cu sau sunt pe traseul șantierului, motiv pentru care respinge critica formulată de S.C. MORANI IMPEX S.R.L. sub acest aspect.

Referitor la criticile ce vizează punctele 11.2 și 11.3 din modelul de contract, Consiliul are în vedere că aceste articole prevăd că *"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".

Și cu privire la aceste aspecte, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă urmărește ca executantul să-și îndeplinească obligațiile în termenul ofertat.

Consiliul constată că în această situație nu sunt aplicabile prevederile art. 12 din Legea nr. 72/2013 potrivit căreia *"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"*, întrucât în situația de față nu este vorba despre stabilirea unor penalități vădit inechitabile, ci autoritatea contractantă a propus măsuri echilibrate, respectiv aceleași penalități au fost stabilite atât pentru executant pentru întârzierea lucrărilor cât și pentru achizitor, în cazul întârzierii plăților aferente.

În ceea ce privește invocarea de către contestator a nivelului dobânzii pentru plata cu întârziere, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 4 din Legea nr. 72/2013, unde, referitor la dobânda legală

penalizatoare se prevede că *"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](#) . Rata de referință a dobânzii legale în vigoare în prima zi calendaristică a semestrului se aplică pe întregul semestru"*, rezultând că respectivele clauze nu sunt abuzive, ci reprezintă clauze penale, a căror definiție se regăsește la art. 1538 din codul civil astfel: *"Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale"*.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a inserat, în mod legal, prevederile de la punctele 11.2 și 11.3 din modelul de contract, motivat de necesitatea de a determina părțile să își îndeplinească obligațiile prevăzute în contractul de achiziție publică, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de S.C. MORANI IMPEX S.R.L.

În ceea ce privește inserarea în cuprinsul contractului a unui nou capitol, referitor la întârzierea și sistarea lucrărilor, care să prevadă că: *"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:*
 - orice prelungire a duratei de execuție (dacă este cazul) la care contractantul are dreptul;*
 - totalul cheltuielilor suplimentare care se va adăuga la prețul contractului"*, motivat de faptul că această clauză este uzuală în contractele de achiziție publică reglementând situația prelungirii contractului din cauze neimputabile executantului, Consiliul are în vedere că *"termenul de execuție"* al lucrării este factor de evaluare în cadrul procedurii, astfel că acesta se impune a fi calculat cu rigurozitate, cu luarea în considerare a tuturor situațiilor, inclusiv a întreruperii activității pe timp nefavorabil, care vor fi indicate corespunzător în graficul de eșalonare lucrări, ce va fi prezentat în cuprinsul propunerii tehnice.

Astfel, Consiliul constată că nu se impune inserarea prevederilor referitoare la întârzierea și sistarea lucrărilor, indicate de S.C. MORANI IMPEX S.R.L., motiv pentru care respinge, ca nefondată, această solicitare.

Prin urmare, având în vedere toate aspectele de fapt și de drept, anterior expuse, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. MORANI IMPEX S.R.L., în contradictoriu cu JUDEȚUL BRAȘOV.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către S.C. MORANI IMPEX S.R.L., cu sediul în Zărnești, Aleea Uzinei nr. 3, județul Brașov, în contradictoriu cu JUDEȚUL BRAȘOV, cu sediul în Brașov, bd. Eroilor nr. 5, județul Brașov, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,
Bianca-Laura POPESCU

MEMBRU,
Mihaela ENACHE

MEMBRU,
Bogdan-Marius BOGHIU

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.