CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., ..., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată convențional prin avocat ..., având sediul procesual ales în municipiul ....., str....., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”.....”, coduri CPV 45000000-7, 45232150-8, 45232400-6, 4532431-2, organizată de ....., cu sediul în .....,....., în calitate de entitate contractantă, contestatorul a solicitat: .....

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă conținutul documentației de atribuire, elaborată în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În fapt, contestatorul precizează că în urma analizei documentației de atribuire a constatat că aceasta conține o prevedere nelegală, respectiv procentul de 1% pe zi din suma menționată în acordul de contract, la care pot ajunge penalitățile, potrivit Anexei la ofertă, prevedere care, în opinia

sa, ar putea avea efect negativ considerabil asupra antreprenorului, în cursul executării contractului.

Având în vedere cele expuse, contestatorul arată că în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 a transmis entității contractante notificare prealabilă, la care entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 36304/09.11....., în sensul că nu va adopta măsura de remediere solicitată.

În contextul celor expuse, contestatorul menționează că a promovat contestația în cauză, deoarece procentul de 1% pe zi este nejustificat de mare. Practic, în urma aplicării acestui procent s-ar ajunge la plafonul maxim de 15% la care pot ajunge penalitățile, în doar 15 zile, împrejurare care, în opinia sa, poate conduce la îmbogățirea fără justă cauză a entității contractante și, oricum, reprezintă o sancțiune nejustificat de mare și în totală contradicție cu principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016.

Pe de altă parte, contestatorul solicită Consiliului să observe că și legislația privind dobânda pentru neîndeplinirea unei obligații în termen, respectiv O.G. nr. 13/2011, prevede faptul că, în raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale.

Astfel, raportat la nivelul ratei dobânzii de referință, care, în prezent, este de 1,75%, dobânda legală penalizatoare este de 9,75 % pe an, respectiv circa 0,026 % pe zi.

În opinia contestatorului, procentul de 1% pe zi apare ca fiind inechitabil, în condițiile în care, potrivit sub-clauzei 14.8, alin. 2 din Condițiile generale ale contractului, dobânda pe care o poate percepe antreprenorul de la autoritatea contractantă este calculată la rata de scont a băncii centrale (rata de referință BNR), la care se adaugă 3 puncte procentuale. Astfel, având în vedere nivelul ratei de referință a BNR în prezent (1,75%) rezultă că antreprenorul va beneficia de o dobândă, în cazul întârzierii la plată, de numai 0,013% pe zi (4,75% : 365 = 0,013%). Astfel, în cazul întârzierii în executarea obligațiilor contractuale, entitatea contractantă beneficiază de o dobândă de aproape 100 de ori mai mare decât dobânda de care beneficiază antreprenorul, situație care în opinia contestatorului este total inechitabilă și abuzivă, în condițiile în care părțile unui contract trebuie să se situeze pe poziții de egalitate și să beneficieze de același grad de protecție.

Mai mult, contestatorul atrage atenția și asupra faptului că, în marea majoritate a contractelor de achiziție publică, autoritățile contractante folosesc uzual procentul de 0,1% pe zi de întârziere, sumă pe care o apreciază ca fiind *„mult mai în acord cu realitatea și cu legislația în domeniu”.*

Prin adresa nr. 36484/16.11..... înregistrată la Consiliu sub nr. 48962/16.11....., ..., în calitate de entitate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Redând prevederile art. 1 și art. 2 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă arată că din analiza celor două articole se înțelege faptul că pentru a fi implementat un contract de lucrări trebuie mai întâi să treacă printr-un procedeu/proces de atribuire. Pentru a aplica acest procedeu trebuie respectate principiile enumerate la art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă precizează că, prin elaborarea fișei de date, respectiv prin cerințele acesteia, a respectat aceste principii, luând toate măsurile necesare pentru evitarea apariției unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că, prin clauzele condițiilor particulare din contract, s-a asigurat de faptul că implementarea/realizarea contractului de lucrări se va efectua în cei mai buni termeni contractuali, respectiv:

- durata lucrărilor și valoarea contractului sunt cele aprobate în Contractul de finanțare nr. 118/08.09..... aferent proiectului regional „Extinderea și modernizarea sistemului de apă și canalizare în jud. ....., etapa a II-a POIM”, iar pentru respectarea acestei durate de către antreprenori, s-au introdus clauze ce conduc la o mobilizare corespunzătoare a acestora, evitându-se prelungirea termenului contractului, în mod abuziv și nejustificat, clauze care descurajează întârzierea, depășirea duratei contractuale de execuție.

Entitatea contractantă menționează că împotriva documentației de atribuire, contestatorul a înaintat notificarea prealabilă nr. 858/06.11.20177, la care a răspuns prin adresa nr. 36304/09.11....., în sensul că nu va diminua procentul de 1% pe zi ce se va aplica ca și penalități pentru depășirea duratei de execuție a contractului.

Cu privire la cele menționate de SC ..... SRL în cuprinsul contestației, entitatea contractantă precizează că această contestație este întemeiată pe un act normativ care nu este aplicabil raporturilor juridice dintre părți, respectiv Legea nr. 98/2016 care vizează achizițiile publice, în speță Legea aplicabilă părților fiind Legea nr. 99/20016, achiziția în cauză fiind sectorială.

Contra susținerilor contestatorului privind o presupusă îmbogățire fără justă cauză, entitatea contractantă arată că îmbogățirea fără justă cauză este un fapt juridic licit prin care se mărește patrimoniul unei persoane și se micșorează corelativ patrimoniul altei persoane, fără ca, pentru acest efect să existe o cauză justă ori un temei legal.

Astfel, entitatea contractantă precizează că, în speță, este vizat un contract de achiziție și nu un fapt juridic, un contract în care penalitățile vor fi percepute pentru întârzieri în finalizarea lucrărilor, *„nu sunt echivalentul unei dobânzi legale penalizatoare pentru obligațiile bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar – fiscale în domeniul reglementat de O. G. nr. 13/2011”*, astfel cum, în mod eronat a menționat contestatorul.

Prin urmare, entitatea contractantă arată că sub-clauza 8.7 din condițiile de contract precizează: *„Dacă antreprenorul nu reușește să respecte prevederile sub-clauzei 8.2 (Durata de execuție), Antreprenorul va plăti beneficiarului penalități de întârziere....",* aceste penalități fiind de

1 % pe zi, dar nu mai mult de 15 % din suma menționată în acordul de contract.

Astfel, entitatea contractantă susține că, în cazul în care ar fi pusă în situația perceperii de penalități datorate depășirii duratei de execuție, lucru care nu este de dorit și nu este benefic implementării contractului, valoarea datorată de către antreprenor se va deduce din valoarea totală a Certificatului Interimar de Plată, suma penalităților calculate nefiind solicitată la plată/rambursare de către Autoritatea de Management, deci nu va constitui venit/profit/îmbogățire a entității contractante, astfel cum se susține în mod greșit.

Mai mult decât atât, contrar susținerilor contestatorului, arată entitatea contractantă că principiul proporționalității prevăzut de legea achizițiilor sectoriale presupune ca actele entității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite (Instrucțiunea nr. 2 din ..... a ANAP-ului) și nu presupune o proporționalitate în calculul penalităților prevăzut de O.G. nr. 13/2011, care nu are relevanță în speță.

De asemenea, entitatea contractantă apreciază că autorul contestației nu a avut în vedere dispozițiile art. 1169 Cod civil, care consacră principiul libertății contractuale, încercând să îi impună anumite clauze contractuale în favoarea acestuia, în mod nejustificat.

Față de cele antemenționate, entitatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de către SC ..... SRL, ca neîntemeiată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”.....”, coduri CPV 45000000-7, 45232150-8, 45232400-6, 4532431-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, cu data stabilită pentru depunerea ofertelor 14.12....., ora 16:00.

Împotriva conținutul documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația SC ..... SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

SC ..... SRL critică cerința din ANEXA LA OFERTA ce face trimitere la sub clauza 8.7 din formularul de contract, respectiv „Suma maxima la care pot ajunge penalitatile este de 1 % pe zi dar nu mai mult de 15% din suma mentionata in Acordul de contract” .

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

- sub-clauza nr. 8.7. din Capitol 1 – Date referitoare la contract: Sectiunea 2 - Conditii de Contract din cadrul documentației de atribuire,

contestată prezintă conținutul: *„8.7 Penalităţi de Întârziere* - ***Dacă Antreprenorul nu reuşeşte să respecte prevederile Sub-Clauzei 8.2 [Durata de Execuţie], Antreprenorul va plăti Beneficiarului penalităţi de întârziere, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 2.5*** *[Revendicările Beneficiarului].* ***Penalităţile de întârziere vor constitui suma menţionată în Anexa la Oferta, care va fi plătită pentru fiecare zi de întârziere înregistrată între Data de Terminare contractuală şi data specificată în Procesul Verbal de Recepţie la Terminarea Lucrărilor****. Suma totală datorată, potrivit prevederilor acestei Sub-Clauze, nu va putea depăşi suma maximă aferentă penalităţilor de întârziere (dacă exista), prevăzută în Anexa la Ofertă. Penalităţile de întârziere vor fi singurele daune datorate de Antreprenor, în afara daunelor produse de rezilierea contractului înainte de terminarea Lucrărilor potrivit prevederilor Sub-Clauzei 15.2 [Rezilierea Contractului de către Beneficiar]. Aceste penalităţi nu vor exonera Antreprenorul de obligaţia de a termina Lucrările sau de alte sarcini, obligaţii sau responsabilităţi pe care le are conform prevederilor Contractului*";

- clauza 14.8 „Întârzieri în Efectuarea Plăţilor" din SECTIUNEA 1 – „CONDITIILE GENERALE ALE CONTRACTULUI" stipulează: ***„Dacă Antreprenorul nu va primi plata în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 14.7 [Plăţile], Antreprenorul va avea dreptul să primească costuri de finanţare aferente perioadei de întârziere, calculate lunar pentru suma neplătită.*** *Această perioadă se va considera că începe la data pentru plată, specificată în Sub-Clauza 14.7 [Plăţile], fără a se lua în considerare (în cazul sub-paragrafului (b)) data la care se emit Certificatele Interimare de Plată.*

Cu excepţia altor prevederi ale Condiţiilor Speciale, ***aceste dobânzi vor fi calculate la rata de scont publicată de banca centrală din ţara monedei în care se face plata la care se adaugă 3 puncte procentuale, şi vor fi plătite în acea monedă.***

Antreprenorul va avea dreptul la această plată fără o notificare sau certificare oficială, şi fără prejudicierea oricărui alt drept sau despăgubire".

Luând în considerare că „Rata scontului" reprezintă un „Procent fix (sau variabil) care se aplica asupra valorii cambiilor prezentate spre scontare și prin care se stabilește atât nivelul de recuperare a numerarului prevăzut in titlu, cat si nivelul profitului obținut de banca ce efectuează scontul", în cazul BNR fiind calculată ca „medie aritmetica, ponderata cu volumul tranzacțiilor, a ratelor dobânzii la depozitele atrase de BNR si la operațiunile reverse repo (banca răscumpară certificatele in cazul in care posesorul are nevoie de lichidități) din luna anterioara celei pentru care se face anunțul", având valoare de 1,7%-2% anual, la care se adaugă 3%, semnificând un total de aprox. 5% anual, reprezentând aprox. 0,013%/zi, rezultă că autoritatea contractantă a impus clauze de penalitate profund dezechilibrate între sancționarea propriilor întârzieri în executarea obligațiilor de plată și sancționarea întârzierii antreprenorului în îndeplinirea obligațiilor referitoare la respectarea termenului de execuție (în această situație antreprenorul fiind obligat la plata a 1% pe zi de întârziere, dar nu mai mult de 15% din suma menționată în acordul de contract).

Principiul proporționalității prevăzut de legea achizițiilor sectoriale (așa cum susține și entitatea contractantă) presupune ca actele entității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite (Instrucțiunea nr. 2 din ..... emisă de ANAP), însă, în opinia Consiliului, tocmai lipsa proporționalității în calculul eventualelor penalități datorate de cele două părți contractante conduce la depășirea limitelor adecvate și necesare pentru realizarea contractului.

Este adevărat că respectarea termenului de execuție în derularea oricărui contract de achiziție publică/sectorial este absolut necesară, nerespectarea acestei obligații putând fi sancționată prin plata unor penalități, însă, tot la fel de adevărat este și faptul că autoritățile/entitățile contractante au la rândul lor obligația respectării celor asumate prin contract, cuantumul penalităților, în cazul nerespectării acestora, trebuind să reflecte totuși un echilibru contractual.

Prin urmare, inclusiv clauzele contractuale, propuse de entitatea contractantă prin documentația de atribuire, trebuie să reflecte stricta lor subordonare principiilor care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale, în mod deosebit principiului proporționalității, în raport de care și entitatea contractantă, nu doar operatorii economici, este supusă.

Astfel fiind, critica contestatorului este întemeiată, iar în considerarea principiului proporționalității instituit prin dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, spre a restabilirea echilibrului contractual, autoritatea contractantă va fi obligată la concilierea clauzelor 8.7 „Penalităţi de Întârziere” și 14.8 „Întârzieri în Efectuarea Plăţilor” din SECTIUNEA 1 – „CONDITIILE GENERALE ALE CONTRACTULUI” a documentației de atribuire prin impunerea penalităților de întârziere în caz de întârziere a executării obligațiilor în cuantum egal pentru părțile contractante, cuantum care să nu depășească în niciun caz procentul de 0,1%/zi de întârziere.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligă entitatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în 10 zile de la primirea prezentei decizii, în sensul concilierii clauzelor 8.7 „Penalităţi de Întârziere” și 14.8 „Întârzieri în Efectuarea Plăţilor” din SECTIUNEA 1 – „CONDITIILE GENERALE ALE CONTRACTULUI” a documentației de atribuire, prin impunerea penalităților de întârziere în executarea obligațiilor, în cuantum egal, pentru părțile contractante.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu

plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**...**

...