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 fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 48574/14.11.2017, formulată de către SC ... SRL, cu sediul in ..., cod unic de înregistrare ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .., reprezentată convențional prin ....., având sediul procesual ales în ...., împotriva documentației de atribuire elaborată de către SC ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului sectorial de execuție lucrări având ca obiect *„**VN-CL-06 Rețele apă și canalizare în ...**”,* coduri CPV 45000000-7 (Rev.2) lucrări de construcții (Rev.2), 45232150-8 lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), 45232400-6 lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), 4532431-2 stații de pompare a apelor reziduale (Rev.2), se solicită *„obligarea autorității contractante la diminuarea, la o valoare legală și echitabilă, a procentului de 1% zi din suma menționată în Acordul de contract, la care pot ajunge penalitățile, potrivit Anexei la ofertă”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 48574/14.11.2017, formulată de către SC ... SRL împotriva documentației de atribuire elaborată de către SC ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului sectorial de lucrări având ca obiect *„**VN-CL-06***

Rețele apă și canalizare în ...”, se solicită *„obligarea autorității contractante la diminuarea, la o valoare legală și echitabilă, a procentului de 1% zi din suma menționată în Acordul de contract, la care pot ajunge penalitățile, potrivit Anexei la ofertă”.*

În argumentarea cererii sale, SC ... SRL menționează că, intenționând să participe în calitate de ofertant la procedura de atribuire susmenționată, în urma analizei documentației de atribuire a constatat că aceasta conține o prevedere nelegală, respectiv *„procentul de 1% 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”.*

Petentul precizează că, având în vedere cele expuse, în conformitate cu prevederile art.6 din Legea nr. 101/2016 a transmis entității contractante notificare prealabilă, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 36305/09.11.2017, în sensul că nu va adopta măsura de remediere solicitată.

În contextul celor expuse, petentul menționează că a promovat contestația în cauză, deoarece *„procentul de 1% zi este totalmente nejustificat de mare”,* având în vedere faptul că, 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 autorității 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.

În același sens, contestatorul învederează faptul că 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 penalizatorie 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 cca. 0,026 % pe zi.

În opinia contestatorului, procentul de 1%/ zi apare ca fiind totalmente inechitabil, în condițiile în care, potrivit subclauzei 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, arată petentul, 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%/zi (4,75% : 365 = 0,013%), în timp ce, în cazul întârzierii în executarea obligațiilor contractuale, autoritatea contractantă beneficiază de o dobândă de aproape 100 de ori mai mare decât dobânda de care beneficiază antreprenorul, situație, în opinia contestatorului 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, autorul contestației 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”.*

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, precum și celelalte texte de lege invocate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 36485/16.11.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 48961/16.11.2017, entitatea contractantă SC ...SA, a solicitat respingerea contestaţiei formulată de SC ... SRL, ca neîntemeiată.

Redând prevederile art. 1 și 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 măsurile necesare pentru evitarea apariției unor situații de natură să determine existența unui *„conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței*”.

Mai susține că, prin clauzele condițiilor particulare din contract, *„publicate în cadrul dosarului de atribuire pentru a fi cunoscute de toți operatorii economici ce doresc să participe la procedura de achiziție”,* 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. 118/08.09.2017 aferent proiectului regional *„Extinderea și modernizarea sistemului de apă și canalizare în jud. Vrancea, 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, în acest cadru legal, în urma postării în SEAP a documentației susmenționată, contestatoarea a înaintat Notificarea prealabilă nr. 858/06.11.20177, la care SC ...SA a răspuns prin adresa nr. 36304/09.11.2017, în sensul că nu va diminua procentul de 1% pe zi ce se va aplica ca penalități pentru depășirea duratei de execuție a contractului, motiv pentru care SC ... SRL a formulat contestația ce formează obiectul prezentului dosar.

Cu privire la cele menționate de SC ... SRL în cuprinsul contestației, entitatea contractantă apreciază 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.

Contraargumentând susținerilor contestatorului privind o presupusă îmbogățire fără justă cauză, organizatoarea procedurii arată că îmbogățirea fără justă cauză este un fapt juridic „licit” prin care se mărește patrimoniul altei persoane, fără ca, pentru acest efect, să existe o cauză justă ori un temei legal.

Astfel, entitatea contractantă apreciază 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 arătat contestatoarea.

Prin urmare, organizatoarea procedurii menționează că sub-clauza 8.7 din condițiile de contract precizează: *„Dacă antreprenorul nu reușește să respecte prevederile sub-clauzei 8.2 (Durata de execuţie) antreprenorul va plăti beneficiarului penalităţi de întârziere....",* aceste penalități fiind de 1 % pe zi, dar nu mai mult de 15 % din suma menţionata în acordul de contract.

Astfel, entitatea contractantă susține că, în cazul în care ar fi pusă în situaţia perceperii de penalități datorate depăşirii duratei de execuţie, 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 entităţii contractante, astfel cum se susţine în mod greşit.

Mai mult decât atât, arată entitatea contractantă, contrar susţinerilor contestatorului, principiul proporționalității prevăzut de legea achiziţiilor sectoriale presupune ca actele entității contractante să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite (Instrucţiunea nr. 2 din 2017 a ANAP-ului) și nu presupune o proporționalitate în calculul penalităților prevăzut de O. G. nr.13/2011, care nu are relevanță în speţă.

De asemenea, organizatoarea procedurii apreciază că autorul contestației nu a avut în vedere dispoziţiile art. 1169 Cod civil, care consacră principiul libertății contractuale, încercând să îi impună anumite clauze contractuale în favoarea lui, în mod nejustificat.

Având în vedere cele expuse, organizatoarea procedurii solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL, ca neîntemeiată.

În drept, au fost invocate dispoziţiile Legii nr. 99/2016; H.G. nr. 394/2016; Codul Civil.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Din documentele depuse la dosarul cauzei, cele atașate anunțului de participare publicate în SEAP și din susținerile părților, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

SC ...SA ....., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului sectorial de execuție de lucrări având ca obiect ***„VN-CL-06 Rețele apă și canalizare în ...”***, coduri CPV 45000000-7 (Rev.2) lucrări de construcții (Rev.2), 45232150-8 lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), 45232400-6 lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), 4532431-2 stații de pompare a apelor reziduale (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de

participare (sectoriale) nr. 180299/01.11.2017, atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

Valoarea estimată totală a contractului de lucrări este de 50.885.166,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a contractului utilizat este *„Prețul cel mai scăzut*".

Apreciind că prevederea potrivit căreia suma maximă la care pot ajunge penalitățile, respectiv procentul de 1%/ zi de întârziere din suma menționată în acordul contractual, este *"totalmente nejustificat de mare"*, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a entității contractante, SC ... SRL a formulat, în termen legal, contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

În analiza criticii formulată de SC ... SRL, vizând *ANEXA LA OFERTA- 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* , Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

- **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 carese 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 si prin care se stabileste atat nivelul de recuperare a numerarului** prevazut in titlu, **cat si nivelul profitului obtinut de banca ce efectueaza scontul***", în cazul BNR fiind calculată ca „*medie aritmetica, ponderata cu volumul tranzactiilor, a ratelor dobanzii la depozitele atrase de BNR si la operatiunile reverse repo (banca rascumpara certificatele in cazul in care posesorul are nevoie de lichiditati) din luna anterioara celei pentru care se face anuntul*", 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 raport de definița contractului de achiziție publică dată de art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016 „k) **contract sectorial** - ***contractul cu titlu oneros**, asimilat, potrivit legii, **actului administrativ**, încheiat în scris între unul sau mai mulţi operatori economici şi una sau mai multe entităţi contractante, care are ca obiect execuţia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii în scopul realizării activităţii lor principale în unul dintre domeniile definite de prezenta lege ca fiind relevante"* și cea dată de art. 2 alin. (1) lit. c) actului administrativ ca fiind – „***act administrativ** - **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 naştere, modifică sau stinge raporturi juridice**; sunt **asimilate actelor administrative**, în sensul prezentei legi, şi **contractele încheiate de autorităţile publice** care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achiziţiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute şi alte categorii de contracte administrative supuse competenţei instanţelor de contencios administrativ*", Consiliul reține că petentul are calitate de *persoană care se consideră vătămată* de eventuale clauze abuzive de natură să genereze un evident dezechilibru contractul în derularea contractului de achiziție publică sectorial din obiectul procedurii.

Prin urmare, inclusiv clauzele contractuale propuse de autoritatea 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 autoritatea contractantă, nu doar operatorii economici, este supusă, conform art. 14 din C.Civ – „*Orice persoană fizică sau persoană juridică **trebuie să îşi exercite drepturile şi să îşi execute obligaţiile civile cu bună-credinţă**, în acord cu ordinea publică şi bunele moravuri. Buna-credinţă se prezumă până la proba contrară*",

principiului bunei-credințe în raporturile juridice, în general, dar și în raporturile contractuale, în special – art. 1170 din cod – „***Părţile trebuie să acţioneze cu bună-credinţă*** *atât la negocierea şi încheierea contractului,* ***cât şi pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligaţie***”.

Astfel fiind, coexistenta voinței părților contractante cu interesul fiecareia dintre ele si dependența reciprocă a părților explică, cel puțin in contractele oneroase de amploare sau de lungă durată, precum cel din cauză, *egalitatea contractuală si nevoia de asigurare a echilibrului contractual pe toată durata contractului*, consimțământul părților (voința declarată) trebuie să fie liber si informat la incheierea contractului, inegalitățile contractuale putând fi corectate, după cum s-a arătat în cele ce preced, prin incidența principiului echilibrului contractual, denumit si „principiul proporționalității”, a carui finalitate este sancționarea sau corectarea exceselor.

Prin urmare, ***echilibrul contractual*** este o cerință a obligațiilor contractuale ***implicite de buna-credința si echitate*** si un efect al ***exercițiului util si rezonabil al dreptului*** (care își gasește contrariul in abuzul de drept sau, mai larg, in abuzul de putere economică), concilierea intereselor părților trebuind să guverneze contractul, atât la momentul încheierii sale, cât si pe parcursul executării sale, fiind evident că echilibrul contractual la încheierea contractului se opune leziunii, iar echilibrul contractual pe parcursul executării contractului se opune impreviziunii.

Astfel fiind, critica petentei este întemeiată, iar în considerarea principiului proporționalității instituit prin normele 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.

Față de cele constatante, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... SRL.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.(1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de către SC ... SRL, cu sediul in ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă SC ...SA ..... cu sediul în ....

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.

Obligatorie.

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