



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. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată de ... – Administrator și ... – consilier juridic, împotriva documentației de atribuire, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „MODERNIZAREA UNOR STRĂZI DIN ..., LOCALITĂȚILE ...”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere;
- prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă.

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

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat în participarea la procedura simplificată – într-o singură

etapă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect „MODERNIZAREA UNOR STRĂZI DIN ..., LOCALITĂȚILE ...”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Prin încheierea nr. ..., Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, formulată de către ..., în contradictoriu cu

Cu privire la fondul cauzei, contestatoarea arată că documentația de atribuire, respectiv propunerea de contract (clauze contractuale obligatorii), prezintă câteva cerințe abuzive și restrictive, încălcând în mod nejustificat prevederile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante și ale legislației din domeniul achizițiilor publice.

Astfel, ... menționează că, referitor la aspectele financiare ale contractului care face obiectul prezentei proceduri de atribuire, o importantă neregulă apare la art. 11 – Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor din propunerea de contract.

Ori, în condițiile în care, în proiectul de contract, penalitățile ce cad în sarcina achizitorului pentru neîndeplinirea culpabilă a contractului se raportează la valoarea plății neefectuate, iar penalitățile de întârziere pentru executant sunt raportate la valoarea contractului și nu la valoarea lucrărilor neexecutate, sunt încălcate grav principiul proporționalității definit în Legea nr. 98/2016, fiind de asemenea afectat și principiul fundamental al echivalenței prestațiilor, consacrat de legislația europeană în vigoare.

De asemenea, contestatoarea subliniază că nu are nicio acoperire legală inechitatea ce apare între penalitățile impuse executantului care se raportează la întreaga valoare a contractului și cele impuse achizitorului. În plus, în conformitate cu Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, lege care se aplică în conformitate cu art. 1 alin. (1) "creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă", în cazul de față contractul fiind unul de execuție de lucrări, potrivit art. 12 din aceeași lege "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 acest sens, ... opinează că penalitatea în sumă echivalentă cu o cotă procentuală (0,1% pe zi de întârziere) din prețul contractului este nelegal stabilită, deoarece aceasta nu se poate aplica decât creanțelor certe, lichide și exigibile, creanțe în rândul cărora nu intră partea deja executată din contract, parte recepționată și decontată la timp, obiectul penalităților de întârziere fiind constituită de partea rămasă de executat din contract și care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de debitor. Deoarece Legea nr. 72/2013 transpune în legislația internă Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, care reglementează impunerea de obligații pe deplin echitabile între părțile contractante, reglementând în mod egal în cazul fiecărei părți, în funcție de calitatea de debitor sau creditor al obligației/dreptului, ... consideră că raportarea penalităților executantului la valoarea contractului, iar a achizitorului la valoarea plății neefectuate, constituie o clauză abuzivă și neechitabilă, astfel că se impune revizuirea acesteia.

Mai mult decât atât, contestatoarea subliniază că tot abuzivă și neechitabilă este și clauza care obligă achizitorul la plata penalităților de întârziere doar după trecerea de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite (adică data scadenței facturii). În acest sens, nu se mai respectă termenul de plată de convenit, acesta devenind cu 28 de zile mai mare decât cel agreat de părți. Clauza este neechitabilă, având în vedere că executantul este obligat la plata penalităților din prima zi de întârziere a executării lucrărilor, neavând un termen de grație de la scadență, așa cum are achizitorul.

Totodată, ... menționează că propunerea de contract nu conține un termen cert de plată a facturilor executantului. Nici capitolul 10 Obligațiile achizitorului, nici capitolul 17 Modalități de plată din propunerea de contract nu conțin clauze care să stabilească termenul cert de plată a facturilor executantului, autoritatea contractantă limitându-se la a preciza la art. 17.1 că "Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta", fără a arăta care este acest termen convenit.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea precizează că prin răspunsul la notificarea prealabilă, respectiv prin adresa nr. 7670/29.11.2016, autoritatea contractantă a arătat că modelul de contract este impus de finanțatorul proiectului și anume ... și că această propunere de contract este parte din manualul de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR, manual care constituie anexă la contractul de finanțare încheiat între ... și De asemenea, autoritatea contractantă precizează în răspunsul său nr. ... că, dat fiind faptul că

documentația de atribuire a fost avizat de către ..., nu mai are posibilitatea modificării acesteia la acest moment.

Referitor la motivele invocate de către autoritatea contractantă, în adresa nr. ..., contestatoarea opinează că simpla includere în manualul de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR a unei propuneri de contract nu dă dreptul autorității contractante de a publica pe SEAP, de a atribui și apoi, eventual, de a încheia un contract de lucrări ce conține clauze vădit inechitabile între părți. Faptul că aceste "condiții contractuale" au fost prezentate de ... cu titlu de model în aceste instrucțiuni, nu înseamnă că autoritatea contractantă nu le poate modifica în sensul înlăturării clauzelor ilegale.

În plus, ... consideră că ... nu este în măsură să legifereze și să impună respectarea unor clauze contrare legislației, cu atât mai mult cu cât contractul de finanțare încheiat între ... și autoritatea contractantă, contract a cărui parte integrantă o constituie anexa – manualul de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR, nu poate să aibă o forță mai mare decât Legea nr. 72/2013.

Referitor la justificarea inechității, ce apare între penalitățile impuse executantului care se raportează la întreaga valoare a contractului și cele impuse achizitorului care se raportează la valoarea plății neefectuate și anume aceea că în cazul întârzierilor executantului autoritatea contractantă ar suferi o pierdere mai mare decât cea suferită de executant în cazul întârzierilor la plata, contestatoarea opinează că raționamentul autorității contractante este fals și lipsit de orice argument.

Cu privire la afirmația autorității contractante, potrivit căreia nu se justifică modificarea clauzelor contractuale în sensul celor arătate de către ..., deoarece: "în cadrul investiției nu se realizează recepții parțiale, așadar nu se poate determina o parte din contract nerecepționată la timp, a cărei valoare să fie dedusă din baza de calcul a penalităților. Prin urmare, penalitatea se raportează la întreaga valoare a contractului", contestatoarea subliniază că în cuprinsul propunerii de contract nu există o astfel de precizare, ceea ce înseamnă că o atare dispoziție ar putea fi ușor catalogată ca și "clauză nescrisă", în sensul prevederilor art. 30 din HG nr. 395/2016. În al doilea rând, judecând logic, dacă nu există recepții parțiale, atunci nu există nici plăți parțiale și în consecință autoritatea contractantă nu ar avea niciun motiv să nu dispună echitabilitatea penalităților.

Pe cale de consecință, ... consideră că prin publicarea în SEAP a propunerii de contract în forma actuală, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 12 din Legea nr. 72/2013, ale art. 2 și

următoarele din Legea nr. 98/2016 și art. 1 și următoarele din HG 935/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante, copia dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, respectiv dovada comunicării acestuia contestatoarei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a comunicat punctul de vedere cu privire la contestația formulată de

Autoritatea contractantă arată că contractul care urmează a fi atribuit este finanțat prin Programul Național de Dezvoltare Rurală în cadrul Contractului de finanțare nr. ..., încheiat între ... și În acest sens, în conformitate cu contractul de finanțare încheiat, ... are obligația respectării manualului de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR, care, în conformitate cu articolul 7 – Anexe din contractul de finanțare sus menționat este Anexa IV a acestuia. Faptul că procedura se încadrează într-un program finanțat prin PNDR este menționat și în fișa de date a achiziției, fiind adus astfel la cunoștința operatorilor economici. Acest manual este disponibil pe site-ul ... [...](#) – Informații generale – Informații utile – Proceduri de lucru pentru PNDR – poziția 29 din tabel – manual achiziții beneficiari publici, V01 PNDR 2020.

De asemenea, ... menționează că în conformitate cu fișa de verificare din cadrul volumului 2 din Manualul operațional de implementare, pagina 21 se verifică dacă "Fișa de date și formularele aferente respectă modelul aferent tipului de investiție conform instrucțiunilor?". În cazul unui răspuns negativ, documentația de atribuire este respinsă și trebuie refăcută în conformitate cu modele din manual. În cazul de față documentația de atribuire a fost avizată cu fișa navetă nr. din La întocmirea documentației de atribuire s-a respectat modelul de contract prevăzut în acest manual – formularul nr. 11.

Autoritatea contractantă susține că în acest caz, modelul de contract prevăzut în manual a fost particularizat prin prevederea unei cote procentuale de 0,1% - aceeași cotă procentuală în ambele situații. Motivația rezidă în faptul că penalitatea calculată trebuie raportată la pierderile pe care le poate suferi partea implicată în cazul procedurii unor evenimente nedorite. Ori:

a) în cazul autorității contractante, întârzierile în derularea contractului de lucrări pot conduce la nefinalizarea lucrării în termenul contractului de finanțare. În acest caz, cota parte din lucrare care nu este realizată, în conformitate cu prevederile contractului de finanțare, anexa I. Prevederi generale, art. 8 (6):

"8(6) În cazul în care, pe parcursul perioadei de valabilitate a contractului, se constată că beneficiarul nu mai respectă condițiile de

implementare sau nu mai sunt îndeplinite obiectivele proiectului, autoritatea contractantă va proceda, după caz (funcție de gradul de afectare, gravitatea faptelor, etc.):

a) fie la recuperarea integrală a ajutorului financiar nerambursabil plătit cu încetarea contractului de finanțare;
b) fie la recuperarea parțială, respectiv aferent componentei/componentelor sau acțiunii/acțiunilor afectate de neregulă, care nu mai îndeplinesc condițiile menționate, nefiind influențată integral eligibilitatea generală a proiectului, respectiv utilitatea în considerarea căreia s-a acordat ajutorul financiar nerambursabil”.

... susține că, în cazul de față sunt aplicabile prevederile literei a), proiectul având doar o singură componentă. Prin urmare, riscul, în cazul neîndeplinirii contractului este nerecuperarea valorii integrale a finanțării.

Mai mult decât atât, aceasta arată că, contractul este disponibil pe site-ul Agenției pentru Finanțarea Investițiilor Rurale [...](#) – Acasă – Informații Generale – PNDR – Investiții prin PNDR – Sm 7.2 – Infrastructură rurală – Poziția 6 din tabel – Anexa 5 – Contract de finanțare v02. De asemenea, chiar dacă există posibilitatea efectuării de decontări parțiale pe perioada derulării, contractul de execuție (proiect) nu prevede posibilitatea realizării unor recepții parțiale (în sensul definit de prevederile legale și anume HG nr. 273/1994, varianta actualizată), așadar nu se poate determina o parte din contract, nerecepționată la timp, a cărei valoare să fie dedusă din baza de calcul a penalităților. Prin urmare, penalitatea se raportează la întreaga valoare a contractului.

b) în cazul executantului lucrării, în cazul unei (unor) facturi posibil rămase restante, pierderea cuantificabilă rezidă doar la contravaloarea facturilor pentru care nu a fost executată plata. Prin urmare, penalitatea se va raporta doar la această valoare a creanței certe lichide și exigibile.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că în documentația de atribuire, inclusiv propunerea de contract a fost avizată de structurile ..., respectiv ... – Astfel, la ora actuală aceasta are doar posibilitatea de a clarifica prevederile acestui model, fără a modifica documentele avizate. Ori, respectarea procedurilor AFIR constituie o condiție obligatorie pentru obținerea finanțării și decontarea ulterioară a plăților efectuate în cadrul proiectului.

În acest sens, ... nu este de acord cu afirmația contestatoarei, potrivit căreia autoritatea contractantă poate modifica după bunul ei plac clauzele contractuale publicate în SEAP. Nerespectarea manualului de achiziții al ... echivalează cu nerespectarea contractului de finanțare, cu toate consecințele care derivă din aceasta. Modificarea din proprie inițiativă, fie ea chiar și ulterioară

publicării în SEAP a documentației de atribuire, față de varianta avizată, duce la neavizarea de către ... a contractului încheiat în urma derulării procedurii, și prin urmare la pierderea fondurilor. Singurele modificări permise în urma avizării documentației de atribuire de către ... sunt cele impuse de autoritățile care în conformitate cu prevederile legale dispun de competențe în domeniul achizițiilor publice.

În sensul posibilității de a clarifica documentele postat în SEAP, fără modificarea acestora, autoritatea contractantă a postat o clarificare relativ la perioada convenită pentru plata facturilor, astfel încât acesta se va stabili de comun acord cu executantul, în limitele impuse de legislația aplicabilă, și anume Legea nr. 72/2013.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „MODERNIZAREA UNOR STRĂZI DIN ..., LOCALITĂȚILE ...”, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr.

Din informațiile invitației de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului ce urmează a se atribui, este 6.057.957,2 lei, fără TVA, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 12.12.2016.

Contestatoarea formulează critici cu privire la clauzele contractuale propuse de autoritatea contractantă în modelul de contract existent în documentația de atribuire, astfel:

În ceea ce privește "11.1 - În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract într-o perioadă de 30 zile, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cota procentuală în cuantum de 0,1% pe zi din prețul contractului." și "11.2 - În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală în cuantum de 0,1% pe zi din plata neefectuată", contestatoarea susține că acestea încalcă prevederile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, în sensul că se stabilesc obligații inechitabile între părțile contractante din punctul de vedere al bazei de calcul pentru penalități, precum și un termen suplimentar de 28 zile pentru plata facturilor de către autoritatea contractantă față de cel agreat de părți.

În ceea ce privește faptul că autoritatea contractantă a stabilit ca bază de calcul pentru executant, prețul contractului, iar pentru neplată, valoarea plății neefectuate, reprezintă o încălcare a

prevederilor legale mai sus menționate și a dispozițiilor incidente în materia achizițiilor publice, Consiliul constată netemeinicia criticilor contestatoarei, din următoarele motive:

- termenul de execuție este stabilit și asumat de către ofertant pentru lucrare, în integralitatea ei, ca urmare, termenul de "creanță, certă, lichidă și exigibilă" nu poate fi interpretat, în cazul contractelor de lucrări, decât în referire la întreaga lucrare, nu la părți din aceasta, o interpretare contrară conducând la ideea că obligațiile executantului se pot considera îndeplinite chiar dacă partea executată nu poate fi utilizată în scopul prevăzut;
- în cazul contractelor de lucrări, echitatea obligațiilor între părți se poate realiza prin raportare la daunele create urmare a nerespectării clauzelor contractuale, pentru executant, dauna este neplata lucrărilor deja executate, iar, pentru autoritatea contractantă, dauna este faptul că nu beneficiază de obiectul contractului;
- întrucât finanțarea contractului de achiziție publică în cauză este asigurată de către ... și are la bază un contract încheiat între cele două părți, prevederile acestuia trebuie să se regăsească în cele ale documentației de atribuire, nerespectarea acestora având consecință pierderea finanțării sau aplicarea de penalități.

În ceea ce privește critica referitoare la existența unui termen suplimentar de 28 zile pentru plata facturilor de către autoritatea contractantă față de cel agreed de părți, Consiliul o va respinge, ca rămasă fără obiect, ca urmare a faptului că autoritatea contractantă a precizat la punctul c) din răspunsul la solicitările de clarificări, publicat în SEAP în data de 06.12.2016, că "Termenul convenit de plată respectiv de verificare a situațiilor de lucrări se va stabili de comun acord cu executantul, în limitele impuse de legislația aplicabilă, și anume Legea 72/2013".

În baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere potrivit art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare conform art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în
contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 9 (nouă) pagini.