



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 674/C3/602

Data: 01.04.2021

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13311/17.03.2021, înaintată de SA, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor procedurii în, formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de lucrări de „Ranforsare sistem rutier DN 1F km 122+860 - km 141+323 (Sm)”, inițiată prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1028943/06.03.2021, s-a solicitat, ...

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

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13311/17.03.2021, ... SA atacă forma și conținutul contractului de execuție lucrări, propus prin documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, cât și prevederile art. 23.1 lit. c) din acest contract, considerându-le nelegale, disproporționate și abuzive.

Contestatorul reclamă faptul că modelul de contract de execuție lucrări, propus prin documentația de atribuire, nu respectă prevederile HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de

investiții finanțate din fonduri publice - Anexa 1 - Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări.

Condițiile de contract aprobate prin HG nr. 1/2018 sunt aplicabile în cazul contractelor de achiziție publică de lucrări care au ca obiect execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Contestatorul arată și că, în prezenta procedură de atribuire, valoarea totală estimată a contractului propus spre atribuire (27.060.991,31 lei) este mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (25.013.925 lei), precum și că fondurile care vor fi alocate implementării acestui contract sunt fonduri publice.

Totodată, precizează contestatorul, obiectul contractului vizează un obiectiv de investiții referindu-se la lucrări complexe asupra unui drum național, inclusiv amenajare acostamente cu adaos de piatră spartă compactată, racordare a unui număr de 214 accese la proprietăți, racordare a 49 de drumuri laterale pietruite și a 12 drumuri laterale asfaltate.

Este relevant în acest sens că, în conformitate cu dispozițiile art. 1 alin. (1) din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul -cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, sunt considerate *obiective de investiții atât obiectivele/proiectele noi de investiții în domeniul construcțiilor, cât și lucrările de intervenții la construcții existente și alte lucrări de investiții*. Astfel, în sensul dispozițiilor art. 2 lit. a), obiectiv/proiect de investiții este rezultatul scontat la investirea de capital pe timp limitat, ca urmare a realizării unuia sau mai multor obiecte de investiții, situate pe un amplasament distinct delimitat, care asigură satisfacerea cerințelor formulate de beneficiarul investiției și de investitor; în sintagma „obiectiv de investiții” se cuprinde, după caz, obiectivul nou de investiții, obiectivul mixt de investiții sau intervenție la construcție existentă.

Prin urmare, contestatorul susține că sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de HG nr. 1/2018 pentru aplicarea condițiilor de contract aprobate prin acest act normativ.

Sub acest aspect, contestatorul apreciază că se impune remedierea documentației de atribuire prin înlocuirea modelului de contract de execuție de lucrări cu Anexa 1 la HG nr. 1/2018 - Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări.

Pe de altă parte, contestatorul susține că art. 23.1 lit. c) din contract încalcă principiile achizițiilor publice (principiul proporționalității și pe cel al tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici), dar și pe cel al bunei-credințe și interdicția abuzului de drept, prevăzute de art.

14 și art. 15 din Codul civil, întrucât instituie un regim de penalizare excesiv. Pe de o parte, acest articol instituie un nivel excesiv de ridicat al penalităților (0,03% pe zi de întârziere din valoarea contractului), iar pe de altă parte, nu prevede un plafon maxim al valorii totale a penalităților de întârziere.

Măsurile instituite prin art. 23.1 lit. c) din contract sunt de natură să încalce principiul proporționalității, întrucât depășesc limitele a ceea ce era adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite de autoritatea contractantă.

Având în vedere că penalitățile de întârziere se calculează prin raportare la valoarea contractului, iar nu la valoarea obligației neexecutate, valoarea penalităților de întârziere pe care le-ar putea percepe autoritatea contractantă s-ar ridica la un nivel excesiv pentru executant, cu atât mai mult cu cât în contract nu este prevăzută nicio limită maximă până la care aceste penalități se pot cumula. Conform prevederilor actuale, valoarea penalităților poate atinge sau depăși valoarea totală a contractului, nefiind limitată superior, ceea ce este excesiv și abuziv.

Caracterul inechitabil și disproporționat al clauzei care stabilește cuantumul penalităților de întârziere datorate de executant este cu atât mai evident cu cât penalitățile de întârziere datorate de achizitor, în baza contractului, se calculează la valoarea obligației neexecutate (conform art. 2.36 din contract, penalitatea pentru întârzierea în achitarea plăților datorate executantului, este de 0,03% din plata scadentă și neefectuată).

Cu titlu similar și relevant, condițiile generale de contract aprobate prin HG nr. 1/2018, chiar dacă nu sunt aplicabile în speță, prevăd o limitare a penalităților de întârziere care pot fi percepute de autoritatea contractantă. Astfel, în sub-clauza 36.4 se prevede că „suma maximă a penalităților de întârziere va fi de 15% din prețul contractului la semnarea contractului”.

De asemenea, conform unei practici constante în materia contractelor de antrepriză de lucrări de construcții (inclusiv contracte FIDIC), valoarea penalităților de întârziere predefinite sunt plafonate la un nivel maxim, dat fiind că acestea trebuie să reprezinte o estimare rezonabilă a pierderilor probabile ale beneficiarului în eventualitatea unor întârzieri cauzate de executant.

Astfel că dispozițiile art. 23.1 lit. c) din contract se impun a fi remediate în sensul:

(i) stabilirii regulii de calcul al penalităților de întârziere prin raportare la valoarea obligației neexecutate, iar nu la valoarea contractului;

(ii) stabilirii unui plafon maxim al penalităților de întârziere (care să nu depășească 15% din prețul contractului).

Chiar dacă art. 24.14 din contract prevede că, în cazul în care valoarea penalităților de întârziere depășește cumulativ mai mult de 10% din valoarea contractului, achizitorul, după notificarea prealabilă a

executantului, este îndreptăţit să dispună rezilierea unilaterală a contractului de lucrări, această sumă maximă a penalităţilor de întârziere nu reprezintă o veritabilă limitare. Astfel, atât timp cât acest caz de reziliere, este o opţiune pentru achizitor, iar nu o obligaţie şi nicio reziliere de drept (pact comisoriu), achizitorul ar putea opta să nu aplice rezilierea, ci să continue executarea contractului, penalităţile de întârziere putând astfel depăşi 10%.

Totodată, având în vedere cele mai sus menţionate, în măsura în care autoritatea contractantă nu va adopta măsurile necesare de remediere a clauzei contractuale criticate, devin absolut iluzorii prevederile art. 34.2 şi art. 34.3 din contract.

Pe de altă parte, contestatorul apreciază că art. 23.1 lit. c) din contract intră în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt acestea definite prin art. 12 şi art. 13 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante.

Dispoziţiile imperative ale Legii nr. 72/2013 urmăresc, între altele, să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile şi obligaţiile părţilor printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părţi. *Mutatis mutandis*, este de observat şi poziţia favorabilă părţii dependente/constrânse exprimată de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene în domeniul clauzelor abuzive (de pildă: Hotărârea din 27 iunie 2000, Oceano Grupo Editorial şi Salvat Editores, C-240/98 şi C-244/98, Rec., p. 1-4941, Hotărârea din 26 octombrie 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec., p. 1-10421, Hotărârea din 6 octombrie 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rep., p. 1-9579, Hotărârea Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, precum şi Hotărârea din 14 iunie 2012, Banco Espanol de Credito, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349).

În acelaşi timp, ca urmare a anulării prevederilor documentaţiei de atribuire contestate prin prezenta, se impune ca ofertanţii interesaţi să beneficieze şi de un interval de timp corespunzător pentru pregătirea ofertelor în baza unor prevederi legale, clare şi complete ale documentaţiei de atribuire.

În acest sens, contestatorul solicită obligarea autorităţii contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu minim 20 zile de la data rămânerii definitive a deciziei ce se va pronunţa.

Considerând faptul că data limită pentru depunerea ofertelor este date de 08.04.2021, iar până la acea dată, cel mai probabil, Consiliul nu va putea emite o decizie cu privire la contestaţie şi nici o eventuală încheiere asupra suspendării procedurii de atribuire, ... SA apreciază că operatorii economici interesaţi de participarea la procedura de atribuire ar putea depune oferte în condiţiile actualei documentaţii de atribuire, în timp ce alţii ar putea alege să nu depună oferte, tocmai din cauza aspectelor criticate prin prezenta contestaţie.

Abaterile de la prevederile legale în vigoare care obligă autoritățile contractante să elaboreze documentații de atribuire legale, clare și transparente, nu ar putea fi altfel remediate decât prin reluarea procedurii de atribuire în condiții de perfectă legalitate. Orice conduită contrară este de natură să denatureze scopul și rezultatul procedurii de atribuire, fiind încălcate principiile aplicabile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Prin adresa nr. 13755/22.03.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 14446/ 23.03.2021, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, precum și documente în sprijinul susținerilor sale: Ordinul nr. 346/15.05.2000; Extras -Normativ AND 571; Extras - Prima forma a Programului Anual al Achizițiilor Publice pe anul 2021; Ținte indicative de cheltuieli aprobate pe anul 2021 pentru activitatea de întreținere; adresă remediere.

Referitor la critica contestatorului potrivit căreia forma propusă a contractului nu respectă modelul de contract aprobat prin HG nr. 1/2018, autoritatea contractantă o consideră neîntemeiată pentru următoarele motive:

- condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, aprobate prin HG nr. 1/2018 se referă la contractele de achiziție publică de lucrări care au ca obiect exclusiv execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile;

- lucrările supuse achiziției sunt lucrări de ranforsare sistem rutier care sunt clasificate în lucrări de reparații curente, conform Ordinului nr. 346/15.05.2000 pentru aprobarea Nomenclatorului privind lucrările și serviciile aferente drumurilor publice, la indicativul 115 - Ranforsări sisteme rutiere (cu lianți bituminoși și hidraulici);

- în Normativul AND 571 rev. 2017 (Ranforsare a sistemelor rigide și suple) se definesc lucrările de ranforsare la cap. I - Prevederi generale : „1.3. Ranforsările cu straturi bituminoase se includ în activitățile de reparații curente a drumurilor publice și se execută pentru sporirea capacității portante a drumurilor”;

- lucrarea supusă achiziției este cuprinsă în Strategia anuală de Achiziții publice, respectiv Prima formă a Programului Anual al Achizițiilor Publice pe anul 2021, aprobată de CNAIR SA, unde sursa de finanțare este Sursa 1 (Transferuri de la Bugetul de Stat pentru întreținere) + Sursa 2 (Venituri proprii pentru întreținere). De asemenea, lucrarea este cuprinsă în Programul lucrărilor de întreținere a drumurilor pe anul 2021, pentru care este asigurată finanțarea, conform documentului „Ținte indicative de cheltuieli aprobate pe anul 2021 pentru activitatea de întreținere”, aprobat de CNAIR SA, la indicativ 115;

- soluția tehnică de execuție a lucrărilor, cuprinsă în proiectul tehnic, a fost aleasă pe baza recomandărilor din expertiza tehnică elaborată de experți tehnici autorizați, în urma încercărilor și testelor

efectuate, și care au considerat că, pentru a aduce drumul la parametrii normali de funcționare, sunt necesare lucrări de reparații curente.

Prin urmare, autoritatea contractantă precizează că nu adoptă măsuri de remediere prin înlocuirea modelului de contract de execuție de lucrări cu Anexa 1 la HG nr. 1/2018 - Condiții generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect exclusiv execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, acesta fiind modelul de contract care se impunea, ales în procedură.

Referitor la solicitarea de adoptare a unor măsuri de remediere cu privire la prevederi cuprinse la articolul 23.1 lit. c) din contractul publicat ca parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată că a adoptat, în conformitate cu dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, măsuri de remediere. Astfel, articolul 23.1 lit. c) din contract va avea următorul conținut: *23.1. Pentru neexecutarea în totalitate sau în parte a lucrărilor care fac obiectul contractului, precum și pentru executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a lucrărilor, Executantul va fi penalizat după cum urmează: (...) c) În cazul în care executarea obligațiilor asumate și/sau care îi revin este necorespunzătoare și/sau parțial corespunzătoare ori cu întârziere raportat la solicitările primite de la Achizitor/graficelor de execuție aferente pentru execuția lucrărilor prevăzute în contract/cerințelor caietului de sarcini, Executantul datorează Achizitorului penalități de întârziere în cuantum de 0,03 %/zi de întârziere din valoarea neexecutată a contractului, calculate până la data executării integrale și corespunzătoare a tuturor lucrărilor conform cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, în prezentul contract și în legislația aplicabilă lucrării ce face obiectul prezentului contract.*

Totodată, lucrările executate necorespunzător nu vor fi recepționate și achitate. Executantul are obligația remedierii/înlăturării lucrărilor executate necorespunzător pe propria cheltuială și într-un termen rezonabil stabilit de comun acord cu Achizitorul, perioadă în care penalitățile de întârziere susmenționate vor curge până la data executării integrale și corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

În continuare, autoritatea contractantă enumeră motivele pentru care nu prevede un plafon maxim al penalităților. Pe de o parte, contractul de achiziție publică este un contract administrativ și nu un contract de drept privat. Încheierea, executarea și încetarea contractului administrativ sunt subordonate principiului priorității interesului public față de interesul privat.

Pe de altă parte, stipularea "clauzei penale", potrivit căreia *Executantul datorează Achizitorului penalități de întârziere în cuantum de 0,03 %/zi de întârziere din valoarea neexecutată a contractului, calculate până la data executării integrale și corespunzătoare a tuturor lucrărilor conform cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, în prezentul contract și în legislația aplicabilă lucrării ce face obiectul prezentului contract*, este justificată având în vedere obiectul acestui contract, activitate de interes

strategic național, executantul cunoscând, încă din momentul semnării contractului, faptul că, pentru neexecutarea în totalitate sau în parte a lucrărilor care fac obiectul contractului, precum și pentru executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a lucrărilor este pasibil de achitarea unor penalități de întârziere în cuantum de 0,03 %/zi de întârziere din valoarea neexecutată a contractului autorității contractante, până la data executării integrale și corespunzătoare a tuturor lucrărilor conform cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, în prezentul contract și în legislația aplicabilă lucrării ce face obiectul prezentului contract, sens în care va face tot posibilul să își execute integral, în mod corespunzător și în termen obligațiile contractuale, și, astfel nu va pune în pericol siguranța participanților la trafic.

Având în vedere natura contractului de achiziție publică (contract asimilat, potrivit legii, actului administrativ), scopul introducerii „clauzei penale” în modelul de contract este acela al protejării și promovării interesului general, pe care instituția în cauză, prin prerogativele sale, îl reprezintă. În acest sens, sunt și dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004: *La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.*

Mai mult, autoritatea contractantă subliniază că întregul model de contract conține clauze standard, care pleacă de la prezumția de responsabilitate și executare a contractului de către părți și nu de la cea a diminuării răspunderii pentru neexecutarea contractului.

În acest sens, potrivit prevederilor art. 23.6, *în cazul în care, din vina sa exclusivă, achizitorul nu onorează facturile la expirarea perioadei prevăzute la art. 6.1,. atunci executantul va calcula penalități reprezentând 0,03% pentru fiecare zi de întârziere din plata scadentă și neefectuată până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.* Astfel, în mod similar, în situația în care, autoritatea contractantă nu își îndeplinește obligația de plată la termenul scadent, va fi obligată la plata către Executant a penalităților de întârziere până la data îndeplinirii efective a obligației de plată, fără a fi limitate la un plafon de 15%, astfel cum solicită contestatorul.

În plus, autoritatea contractantă arată că aceste clauze nu se regăsesc între clauzele abuzive, așa cum sunt calificate acestea la art. 14 din Legea nr. 72/2013. De altfel, în formularea „clauzei penale” din modelul de contract, a respectat prevederile Condițiilor Generale din Modelul de documentație de atribuire standardizată pentru execuția de lucrări, pus la dispoziție de către ANAP, disponibil online pe site-ul ANAP la adresa: <https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/72/I>.

Autoritatea contractantă precizează că măsurile de remediere adoptate se vor publica printr-o clarificare din oficiu în SEAP la Anunțul de participare cu nr. CN1028943/06.03.2021. cu transmitere la JOUE.

În replică, prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC cu nr. 15315/25.03.2021, ... SA a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, solicitând admiterea contestației sale, așa cum a fost formulată în condițiile în care măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă acoperă doar parțial critica adusă articolului 23.1 din contract.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat la 06.03.2021, o licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări de „Ranforsare sistem rutier DN 1F km 122+860 - km 141+323 (Sm)”, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1028943.

Împotriva documentației de atribuire, ... SA a formulat contestația de față, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere și la prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu minim 20 zile de la data rămânerii definitive a deciziei ce se va pronunța și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, dar și suspendarea procedurii.

Prin încheierea nr. 718/C3/602 din 22.03.2021, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1, în valoare de 220.000 lei, emisă de Raiffeisen Bank, în data de 18.03.2021.

Consiliul reține că prima critică este îndreptată împotriva includerii în documentația de atribuire a unui model de contract ce nu ar respecta prevederile HG nr. 1/2018.

Consiliul observă că solicitarea de înlocuire a modelului de contract este cu titlu general, deoarece contestatorul nu arată care dintre clauze (în afara celei atacate direct, și în subsidiar față de critica principală, – lit. c) a pct. 23.1) nu sunt concordante cu prevederile din anexa 1 de la HG nr. 1/2018. Susținerea contestatorului nu este însoțită de motivarea privind vătămarea pe care ar suferi-o prin utilizarea documentului reclamat.

Pentru a fi considerată persoană vătămată, în sensul art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestatorul trebuie să îndeplinească, cumulativ, următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;
și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Însă, contestatorul nu face nicio referire la prejudiciul pe care îl suferă ori l-ar suferi prin eventuala semnare, în ipoteza câștigării licitației deschise, a contractului bazat pe modelul actual.

De altfel, se constată că natura lucrărilor ce fac obiectul contractului este una care nu se încadrează în tipologia lucrărilor de intervenție la obiective de investiții, ci a lucrărilor de reparații curente.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, această critică.

Cea de a doua critică privește modul de calculare a penalităților pe care trebuie să le suporte executantul, prevăzute în contractul atașat documentației de atribuire, la articolul 23. *Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor. Penalități, daune- interese/23.1 lit. c): Pentru neexecutarea în totalitate sau în parte a lucrărilor care fac obiectul contractului precum și pentru executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a lucrărilor, Executantul va fi penalizat după cum urmează: (...)* c) *În cazul în care executarea obligațiilor asumate și/sau care îi revin este necorespunzătoare și/sau parțial corespunzătoare ori cu întârziere raportat la solicitările primite de la Achizitor/graficelor de execuție aferente pentru execuția lucrărilor prevăzute în contract/cerințelor caietului de sarcini, Executantul datorează Achizitorului penalități de întârziere în cuantum de 0,03%/zi de întârziere din valoarea contractului, calculate până la data executării integrale și corespunzătoare a tuturor lucrărilor conform cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, în prezentul contract și în legislația aplicabilă lucrării ce fac obiectul prezentului contract.*

Totodată, lucrările executate necorespunzător nu vor fi recepționate și achitate. Executantul are obligația remedierii/înlăturării lucrărilor executate necorespunzător pe propria cheltuială și într-un termen rezonabil stabilit de comun acord cu Achizitorul, perioada în care penalitățile de întârziere susmenționate vor curge până la data executării integrale și corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Contestatorul propune măsuri de remediere, în sensul:

(i) *stabilirii regulii de calcul al penalităților de întârziere prin raportare la valoarea obligației neexecutate, iar nu la valoarea contractului;*

(ii) *stabilirii unui plafon maxim al penalităților de întârziere (care să nu depășească 15% din prețul contractului).*

Prin clarificarea din oficiu publicată în SEAP, în 23.03.2021, autoritatea contractantă a informat operatorii economici asupra adoptării următoarei măsuri de remediere a clauzei 23.1. *Pentru neexecutarea în totalitate sau în parte a lucrărilor care fac obiectul contractului precum și pentru executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a lucrărilor, Executantul va fi penalizat după cum urmează: [...] c) În cazul în care executarea obligațiilor asumate și/sau care îi revin este necorespunzătoare și/sau parțial corespunzătoare ori cu întârziere raportat la solicitările primite de la Achizitor/graficelor de execuție*

aferente pentru execuția lucrărilor prevăzute în contract/cerințelor caietului de sarcini, Executantul datorează Achizitorului penalități de întârziere în cuantum de 0,03%/zi de întârziere din valoarea neexecutată a contractului, calculate până la data executării integrale și corespunzătoare a tuturor lucrărilor conform cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, în prezentul contract și în legislația aplicabilă lucrării ce face obiectul prezentului contract.

Totodată, lucrările executate necorespunzător nu vor fi recepționate și achitate. Executantul are obligația remedierii/înlăturării lucrărilor executate necorespunzător pe propria cheltuială și într-un termen rezonabil stabilit de comun acord cu Achizitorul, perioada în care penalitățile de întârziere susmenționate vor curge până la data executării integrale și corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Contestatorul, prin Note scrise, reclamă remedierea parțială a clauzei, considerând că forma actuală nu răspunde cererii sale, de raportare a procentului la valoarea obligației neexecutate, iar nu la valoarea neexecutată a contractului.

Consiliul consideră că măsura luată de autoritatea contractantă este concordantă cu solicitarea contestatorului. Susținerile contestatorului, că penalitățile ar avea un nivel excesiv, nu pot fi considerate întemeiate, întrucât modificările aduse clauzei 23 alin. (1) lit. c) nu se referă la o sancțiune aplicată arbitrar, ci pentru abateri față de graficul de execuție ori caietul de sarcini, așa cum se menționează în același articol.

În plus, potrivit art. 1.541 alin. (1) lit. b) C. civ., instanța nu poate reduce penalitatea decât atunci când penalitatea este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului. În speță, o penalitate de 0,03%/zi din valoarea restului neexecutat din contract nu apare a fi excesivă. Valoarea estimată a contractului de lucrări de ranforsare rutieră se ridică la 27.060.991,31 lei, fără TVA, iar ofertele urmează să se încadreze în aceasta. Presupunând, ipotetic, că se va contracta la această valoare și se va întârzia începerea tuturor lucrărilor, o penalitate de aproximativ 8.000 de lei/zi, la un contract de asemenea amploare (27 de milioane lei), cu certitudine nu poate fi apreciată drept excesivă.

Totodată, modelul de contract specific pus în discuție de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice la adresa <https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/cell/72/1> prevede:

„4.5. Întârzierea și sistarea Lucrărilor

(a) Toate Lucrările contractate se finalizează de Contractant și se recepționează de Achizitor, astfel cum este stabilit prin Graficul general de realizare a investiției publice (fizic și valoric), sub sancțiunea penalităților. Clauza penală se aplică:

i. la valoarea etapei constructive intermediare nerealizate în termen, potrivit Graficul general de realizare a investiției publice (fizic și valoric), în situația Punctelor de reper,

ii. întregului preț al Lucrărilor contractate, independent de gradul în care lucrarea este parțial realizată, în situația depășirii Duratei de Execuție.”

Cum, în speța de față, contractul nu este cu etape constructive intermediare, penalitatea se poate aplica la restul de lucrări neexecutate, mai cu seamă că acestea sunt interdependente și presupun o succesiune cronologică (în principiu, nu pot fi suprapuse ori inversate).

Nici criticile legate de nevoia de plafonare a cuantumului penalităților, contestatoarea invocând drept reper 15% din prețul contractului, nu pot fi reținute drept întemeiate, fiind suficientă actuala clauză 24.14. alin. (1) din modelul de contract, care trimite la 10% (dincolo de redactarea deficitară a acesteia). Pentru a se atinge un eventual plafon de 15% din prețul contractului, la o penalitate de 0,03%/zi, ar însemna ca întârzierea să depășească 500 de zile, în condițiile în care durata previzionată de executare a lucrărilor este de 6 luni. Cu alte cuvinte, un plafon de 15% din prețul contractului este doar ipotetic, fără corespondent în realitate, considerent suplimentar pentru care nu poate fi acceptat în speță.

Pe de altă parte, plafonarea nivelului penalităților se deduce/regăsește în clauza 24.14 alin. (1): *Dacă valoarea penalităților de întârziere depășește cumulativ mai mult de 10% din valoarea contractului, Achizitorul, după notificarea prealabilă a Executantului, este îndreptățit, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități prealabil să dispună rezilierea unilaterală a contractului de lucrări.*

Așadar, penalitățile sunt raportate la 10%, iar o depășire a lor ar fi urmată de rezilierea contractului. Pe cale de consecință și punctul de vedere al achizitorului- *cuantumul penalităților poate depăși valoarea Contractului*- nu poate fi considerat pertinent, fiind contrar clauzei 24.14.

Mai mult, contractul ce urmează a fi atribuit, având lucrări de complexitate inferioară celor pentru care se aplică anexa nr. 1 HG nr. 1/2018, nu ar putea să fie supus unor clauze mai drastice decât cele din acest act normativ.

Astfel, Consiliul apreciază ca neîntemeiate criticile referitoare la penalitățile aplicabile contractului.

Pentru cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SA, inclusiv în privința capetelor de cerere de prelungire a termenului de depunere a ofertelor, respectiv de anulare a procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....