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 din 02.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ... din 02.05.2017, formulată de către SC ... SRL cu sediul in municipiul ..., având CUI ... și numărul de înregistrare la ORC ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, împotriva documentației de atribuire emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată pe loturi, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„**...*** cod CPV 45234115-5 Lucrari de semnalizare feroviara (Rev.2), se solicită «*înlocuirea prevederilor din modelul de contract ataşat la procedura la art 18.1 cu fraza "Achizitorul are obligaţia de a efectua plata către executant in termen de 30 zile de la primirea facturii"*».

Prin contestația din 08.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ...din 08.05.2017, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având ..., înregistrată la ORC Braşov sub nr. ..., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva proiectului de contract din cadrul documentației de atribuire emisă de către ..., în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită:

„- suspendarea procedurii de atribuire conform art. 22 din Legea nr. 101/2016 pana la soluţionarea contestatiei noastre, avand in vedere faptul ca o continuare a procedurii ne-ar prejudicia in mod grav.

Pe fond:

In temeiul art. 26 alin. 2 și 3 din Legea nr. 101/2016 sa obligaţi autoritatea sa elimine/modifice specificaţiile tehnice conform subscrisei.

In subsidiar:

In temeiul art. 225 legea 99/2016, în situatia in care CNSC apreciaza ca procedura este afectata prin incalcarea prevederilor legale

in domeniul achiziţiilor publice, dincolo de orice remediere, sa dispuneţi anularea procedurii".

Aplicând dispozițiile art. 17 alin. (2) Consiliul conexează cele două contestații.

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

Prin contestația din 02.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. ... din 02.05.2017, SC ... SRL critică proiectul de contract din cadrul documentației de atribuire emisă de ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată pe loturi, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„...",* solicitând «*înlocuirea prevederilor din modelul de contract ataşat la procedura la art 18.1 cu fraza "Achizitorul are obligaţia de a efectua plata către executant in termen de 30 zile de la primirea facturii"*».

În argumentarea cererii sale, SC ... SRL menționează că, la data de 21.04.2017 ..., a publicat anunţul de participare nr 174804, iar în data de 24.04.2017, petenta a înaintat entității contractante notificare prealabila prin care a solicitat modificarea art 18.1 - prima propoziţie - din modelul de contract în sensul respectării prevederilor Legii nr 72/2013, art 7 - termenul de plata contractual, iar în data de 27.04.2017, ... i-a transmis răspunsul la notificarea prealabilă nr 112/245/27.04.2017, prin care, invocând sursa de finanţare a contractelor – „*Fonduri de la bugetul de stat*", precum si faptul ca CN CF CFR SA - SR CF Craiova nu se incadreaza in prevederile art. 6 din legea 72/2013, nefiind „profesionist" în sensul legii, nu va întreprinde măsuri de remediere de natura celorsolicitate.

Considerându-se persoană vătămată de refuzul entității contractante de a răspunde la notificarea prealabilă, petenta menționează că a promovat contestația din cauză în vederea eliminării primei teze a art 18.1 din modelul de contract conform căreia „Achizitorul are obligaţia de a efectua plata către executant in termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de către ... de la bugetul de stat de la primirea facturii" si înlocuirea acesteia cu prevederea conform căreia: „Achizitorul are obligaţia de a efectua plata către executant in termen de 30 zile de la primirea facturii".

În motivarea solicitării, contestatoarea invocă și redă dispozițiile Legii nr. 72/2013 constituite de prevederile art. 12 - 14, considerând clauza criticată ca fiind abuzivă, deoarece subvenţia poate veni de la stat dupa primirea facturii, dupa trecerea a 30 zile, 90 zile sau 120 zile , la sfarsitul anului, exemplificând cu situația anului 2012, când facturile au fost plătite dupa 9 luni de la primirea lor.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016 și celel ale Legii nr. 72/2013.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin contestația din 08.05.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 17508 din 08.05.2017, SC ... SRL critică proiectul de contract din cadrul documentației de atribuire emisă de către ..., în cadrul aceleiași proceduri de atribuire și solicită:

„- suspendarea procedurii de atribuire conform art. 22 din Legea nr. 101/2016 pana la soluţionarea contestatiei noastre, avand in vedere faptul ca o continuare a procedurii ne-ar prejudicia in mod grav.

Pe fond:

In temeiul art. 26 alin. 2 și 3 din Legea nr. 101/2016 sa obligaţi autoritatea sa elimine/modifice specificaţiile tehnice conform subscrisei.

In subsidiar:

In temeiul art. 225 legea 99/2016, în situatia in care CNSC apreciaza ca procedura este afectata prin incalcarea prevederilor legale in domeniul achiziţiilor publice, dincolo de orice remediere, sa dispuneţi anularea procedurii".

După ce aduce argumente în sprijinul cererii de suspendare a procedurii, contestatoarea argumentează interesul său în promovarea contestației, precizând că a parcurs procedura de notificare prealabilă a autorității contractante, astfel: în data de 25.04.2017 a transmis entității contractante notificarea nr. 2656/25.04.2017, înregistrată la registratura ... sub nr. 112/242/26.04.2017, la care entitatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 112/258/02.05.2017, răspuns care fiind nemulțumitor pentru petentă, a fost atacat cu contestația din cauză.

După prezentarea istoricului inițierii procedurii, contestatoare formulează critici asupra proiectului de contract din documentația de atribuire, astfel:

- cu privire la clauza 12.4 alin. 2 – *„în situatia in care achizitiorul nu semneaza intr-un termen clar definit actul adiţional, executantul are dreptul sa intrerupa execuţia lucrărilor pana la semnarea documentului*", petenta susține că invocarea, de către entitatea contractantă, a textului clauzei de la art. 15.1 alin. 1 lit c) din contract nu este un argument necesar si suficient, deoarece art. 15.1 alin. 2 se refera doar la situatia prelungirii termenului si nu si la sistarea lucrărilor, nerezultând astfel că executantul poate sista lucrările până la semnarea documentului, „cu atat mai mult cu cat art.15.1 alin.2 se raporteaza la art. 21.1 si art. 3.2".

- privind clauza 12.9 pct.3, petenta solicită *să fie eliminată obligaţia executantului de a suporta costuri negenerate de execuţie* si care pot fi impovaratoare pentru acesta, susținând că răspunsul la respectiva solicitare este neclar, iar entitatea contractantă nu elimina menţiunea;

- referitor la clauza 18.1 vizând *„condiţionarea plaţii lucrărilor de transferul de la bugetul statului a sumelor corespunzătoare conform contractului*", contestatoarea precizează că ofertanții au calitate de terți față de entitatea contractantă și finanțatorul din bugetul de stat, fapt pentru care derularea contractului de execuţie de lucrări si plata lucrărilor nu va putea fi condiţionata de virarea sumelor de la bugetul de stat, încât riscul netransferarii in timp util a sumelor de la finantator să poată fi transferat în sarcina executantului.

Invocând prevederile Legii nr. 72/2013, art. 6 alin. 1 și art. 14, petenta susține că, în forma în care a fost redactată, clauza criticată este una abuzivă.

- clauza de la art. 23.2. este considerată, de asemenea, abuzivă, deoarece fixeaza un termen mai mare de 30 zile - chiar incert-fata de prevederile art. 18.1 la care se raporteaza - de la care creanţa produce dobânzi;

- petenta solicită eliminarea clauzei 18.8 din proiectul de contract, deoarece cele solicitate nu au legătură cu clauzele contractuale, în sensul că *„alegerea prestatorului servicii si/sau a unui locator de maşini si utilaje este atributul exclusiv al contractantului, deci al celui care se obligă practic în îndeplinirea contractului în cele mai bune condiţii faţă de autoritatea contractantă. Dacă a fost semnat contractul de achiziţie publică între autoritatea contractantă şi operatorul economic a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare, acesta este direct răspunzător pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică în faţă autorităţii contractante chiar dacă are părţi din contract pe care le executa prin prestatii ale tertilor*”.

- același tip de critici sunt formulate și cu privire la art. 22.9 din proiectul de contract „al cărui continut solicitam a fi eliminat si/sau modificat precum si a formularului 12G Bis, in corelaţie cu art. 22.8”;

- contestatoarea solicită modificarea art. 24 pct.1 din proiectul de contract cu privire la reziliere, pe care îl apreciază ca fiind „mult prea general”, în sensul că, în opinia sa, *„nu se poate constata reziliat deplin drept contractul fara precizarea clauzelor esenţiale ale contractului care atrag aplicarea pactului comisoriu, executantul fiind expus arbitrariului achizitiorului*”;

- petenta solicită *„precizarea exacta a art.24.2 si a art.24.3 din contract. Continutul general al articolului dă loc de interpretări si lasa la latitudinea achizitiorului denunţarea unilaterală, in lipsa precizării exacte a situatiilor in care acesta poate notifica cauza de incetare. In niciun caz lipsa fondurilor nu poate constitui, spre exemplu, situatie care sa dea posibilitatea achizitorului sa rezilieze contractului, ştiut fiind ca acesta are obligaţia asigurarii fondurilor la declanşarea unei proceduri si angajarea de cheltuieli din partea ofertanţilor. In acest sens, trebuie corelat si art. 24.3*”.

In drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016 și Legii nr. 72/2013.

În probațiune, au fost depuse acte.

Prin punctul de vedere nr. 112/289/15.05.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. ..., entitatea contractantă ..., a solicitat respingerea contestaţiei formulată de S.C. ... S.R.L., ca nefondată, invocând următoarele apărări:

- Referitor la solicitarea contestatorului de completare/modificare şi/sau eliminare a clauzei 12.4.(2) din modelul de contract, conform căreia: *„12.4.(2) In cazul în care respectarea şi executarea dispoziţiilor prevăzute la art. 12.1(3) şi art. 12.4(1) determină dificultăţi în execuţie care generează costuri suplimentare, aceste costuri vor fi acoperite pe cheltuiala beneficiarului, făcând obiectul unui act adiţional la prezentul*

contract”, entitatea contractantă susține că respectivele clauze contractuale nu ţin de modul de depunere sau de formare a ofertei, ci ţin de execuţia efectivă a contractului şi în consecinţă nu poate fi stabilit un termen „clar definit" în care se poate semna actul adiţional, întrucât nu pot fi anticipate cauzele care conduc la semnarea unui act adiţional.

- Cu privire la solicitarea petentei de eliminare a obligaţiei executantului de a suporta costuri negenerate de execuţie şi care pot fi împovărătoare pentru acesta, clauza 12.9 pct.3, cu conținutul: *„art. 12.9.(3) Cu excepţia unor clauze contrare prevăzute în contract, executantul este responsabil şi va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătăţirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalaţiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se afla pe traseul şantierului*”, în opinia entității contractante, nu conţine obligaţia menţionată de contestator (*obligaţia executantului de a suporta costuri negenerate de execuţie)*.

Redând clauza 12.9. (1) din proiectul de contract, conform căreia: *„12.9. (1) Executantul are obligaţia de a utiliza în mod rezonabil drumurile sau podurile ce comunică cu sau sunt pe traseul şantierului şi de a preveni deteriorarea sau distrugerea acestora de traficul propriu sau al oricăruia dintre subcontractanţii săi; executantul va selecta traseele, va alege şi va folosi vehiculele, va limita şi va repartiza încărcăturile, în aşa fel încât traficul suplimentar ce va rezulta în mod inevitabil din deplasarea materialelor, echipamentelor, instalaţiilor sau a altora asemenea, de pe şi pe şantier să fie limitat, în măsura în care este posibil, astfel încât să nu producă deteriorări sau distrugeri ale drumurilor şi podurilor respective. În cazul în care se produc deteriorări sau distrugeri ale oricărui pod sau drum care comunică cu sau care se află pe traseul şantierului, datorită transportului materialelor, echipamentelor, instalaţiilor sau altora asemenea, executantul are obligaţia de a despăgubi beneficiarul împotriva tuturor reclamaţiilor privind avarierea respectivelor poduri sau drumuri.*

Cu excepţia unor clauze contrare prevăzute în contract, executantul este responsabil şi va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătăţirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalaţiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se afla pe traseul şantierului”, entitatea contractantă susține că prevederile art. 12.9 (3) trebuie analizate împreună cu celelalte alineate ale art. 12.9, pe care le consideră că sunt corecte şi pertinente, apreciind că, în cuprinsul contestaţiei, *„nu sunt identificate argumente solide, de drept sau de fapt, pentru care contestatorul susţine eliminarea clauzei 12.9. (3) din modelul de contract*”.

- referitor la critica art. 18.1 din modelul de contract, achizitoarea solicită respingerea acesteia, motivând că *„...a precizat în răspunsul la notificarea prealabilă că, pentru toate contractele sectoriale, încheiate la nivelul ... (central + SRCF 1-8), se aplică prevederile art. 5 din Legea nr. 72/2013 şi nu cele ale art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013*”, astfel că parcursul circuitului specific şi respectarea cadrului reglementat prin Ordinul nr. 501 din 12 aprilie 2013 pentru aprobarea Normelor

metodologice privind deschiderea şi repartizarea/retragerea creditelor bugetare din bugetul de stat și Ordinul nr. 1.712 din 22 decembrie 2015 pentru aprobarea Normelor privind fundamentarea, acordarea şi justificarea sumelor primite de la bugetul de stat pentru unele activităţi desfăşurate de unii operatori economici, impune ca cererile de deschidere a creditelor să fie însotite de o documentaţie complexă, incluzând şi pe cea privind justificarea subvenţiilor/transferurilor primite de la bugetul de stat pentru luna anterioara.

Astfel, verificarea, analizarea şi aprobarea acestor documentaţii necesită un volum mare de munca comparativ cu termenele impuse de legislaţie, fapt pentru care, pentru preîntâmpinarea situaţiilor care ar genera posibile întârzieri în aprobarea acestor cereri pentru deschidere de credite bugetare şi implicit a viramentelor efectuate de CNCFR, aferente acestor subventii/transferuri către sucursale, clauza criticată protejează ..., care nu se face răspunzătoare pentru circumstanţe care nu îi pot fi imputate, considerând că ... nu face parte din categoria „autorităţi contractante”, în sensul definiţiei dată de art.2 din Legea nr.72/2013.

- criticile aduse art. 23.2 din modelul de contract, sunt apreciate ca neîntemeiate prin raportare la motivele invocate anterior;

- referitor la solicitarea petentei de eliminare a clauzei 18.8, entitatea achizitoare susține că clauzele 18.8 şi 18.7 din modelul de contract reprezintă o modalitate legală prin care autoritatea contractantă a înţeles să-şi protejeze interesele având în vedere răspunderea pe care o au factorii de decizie din cadrul unei societăţi comerciale cu capital de stat;

- aceleași argumente sunt invocate și în contradictoriu cu solicitarea contestatoarei de eliminare şi/sau modificare a clauzei 22.9 din modelul de contract, precum şi eliminarea formularului 12.G bis.

- privind solicitarea contestatoarei de modificare a art. 24 pct. 1 din modelul de contract, entitatea contractantă susține că nerespectarea obligaţiilor asumate prin contract de către una dintre părţi, în mod culpabil, dă dreptul părţii lezate de a considera contractul reziliat de drept, ceea ce semnifică imprimarea unui „caracter însemnat oricărei neexecutări a obligaţiilor negociate de părţi, neexecutarea căpătând caracter însemnat prin raportare la pactul comisoriu inserat de părţi în contract”.

Susținând că prevederile art. 24.2 şi 24.3 din modelul de contract ţin de executarea efectivă a contractului, „*nu pot fi precizate exact situaţiile în care beneficiarul poate denunţa unilateral contractul de execuţie, caracterul de imprevizibil al acestor situaţii fiind subliniat de conţinutul articolului criticat*”.

In drept, au fost invocate dispoziţiile Legii nr. 99/2016, HG nr. 394/2016 şi Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documente ale dosarului achiziției publice.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC ... SRL a depus „concluzii scrise”, prin care reiterează susținerile din contestație.

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

..., prin ..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, derulată online, prin intermediul SEAP, a contractului de achiziție publică sectorială de lucrări având ca obiect *„**...**”,* cod CPV 45234115-5 Lucrari de semnalizare feroviara (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare (sectoriale) nr. ..., atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

Valoarea estimată totală a contractului de lucrări este de 2.352.097,49 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a contractului utilizat este *„Prețul cel mai scăzut*”.

Apreciind că anumite clauze din proiectul de contract din cadrul documentației de atribuire sunt nelegale și abuzive, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, SC ...SRL au formulat, în termen legal, contestațiile ce constituie obiect al prezentei analize.

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

În analiza criticii comune, formulată prin ambele contestații, vizând clauza nr. 18.1. din proiectul de contract din cadrul documentației de atribuire, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

- clauza contestată prezintă conținutul: *„**18.1.** Beneficiarul are obligaţia de a efectua plata facturilor acceptate la plata către executant **în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de catre CNCF „CFR” – S.A. de la bugetul de stat**. Facturile vor fi însoţite de situaţiile de lucrări confirmate de reprezentantul beneficiarului responsabil cu urmărirea execuţiei lucrărilor, în conformitate cu graficul de execuţie*”

- solicitările petentelor formulate prin intermediul contestațiilor privind clauza redată sunt formulate astfel: SC ... SRL solicită reformularea clauzei la modul: *„Achizitorul are obligaţia de a efectua plata către executant in termen de 30 zile de la primirea facturii”*; SC ... SRL solicită eliminarea clauzei ca fiind una abuzivă în sensul dispozițiilor Legii nr. 72/2013;

- entitatea contractantă, invocând „parcursul circuitului specific şi respectarea cadrului reglementat prin Ordinul nr. 501/2013 și Ordinul nr. 1.712/2015, susține că analizarea şi aprobarea documentaţiilor de rambursare necesită un volum mare de munca comparativ cu termenele impuse de legislaţie, fapt pentru care, clauza criticată protejează ..., care nu se face răspunzătoare pentru circumstanţe care nu îi pot fi imputate, considerând că ... nu face parte din categoria „autorităţi contractante”, în sensul definiţiei dată de art.2 din Legea nr.72/2013.

Susținerile părților vor fi analizate prin raportare la dispozițiile Legii 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**, act normativ care transpune Directiva 2011/7/UE a

Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăţilor în tranzacţiile comerciale, precum și la normele Legii nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, relevante fiind dispozițiile:

- art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 – *„Au calitatea de **entitate contractantă** în sensul prezentei legi orice entitate care desfăşoară una dintre **activităţile relevante prevăzute la art. 5-11** şi care se încadrează în una dintre următoarele categorii: a) entităţi contractante în sensul art. 3 alin. (1) lit. e); b) întreprinderile publice în sensul art. 3 alin. (1) lit. bb); c) oricare subiect de drept, altul decât cele prevăzute la lit. a) şi b) care funcţionează în baza unor drepturi exclusive sau speciale, astfel cum sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. t), acordate de o entitate competentă; d) oricare asociere, inclusiv temporară, formată de una sau mai multe entităţi prevăzute la lit. a)-c)”*;

- art. 3 alin. (1) lit. e) și lit. bb) din același act normativ – *„e) **entităţi contractante**: (i) entităţile şi instituţiile publice centrale sau locale, precum şi **structurile din componenţa acestora care au delegată calitatea de ordonator de credite şi care au stabilite competenţe în domeniul achiziţiilor publice**; (ii) **organismele de drept public**; (iii) asocierile care cuprind cel puţin o entitate contractantă dintre cele prevăzute la pct. (i) sau (ii)”; bb) **întreprindere publică** - persoana juridică ce desfăşoară activităţi economice şi asupra căreia **se exercită direct sau indirect, ca urmare a unor drepturi de proprietate, a participaţiilor financiare sau a regulilor specifice prevăzute în actul de înfiinţare a întreprinderii respective, influenţa dominantă a unei entităţi contractante** în sensul lit. e) pct. (i); prezumţia de exercitare a influenţei dominante se aplică în orice situaţie în care, în raport cu o astfel de persoană, una sau mai multe entităţi contractante în sensul lit. e) pct. (i) se află, direct ori indirect, în cel puţin unul dintre următoarele cazuri: (i) deţin majoritatea capitalului subscris; (ii) deţin controlul majorităţii voturilor asociate acţiunilor emise de întreprindere; iii) pot numi în componenţa consiliului de administraţie, a organului de conducere sau de supraveghere mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia”*;

Legea nr. 72/2013 – art. 2 pct. 2 – *„**profesionist** - orice persoană fizică sau juridică care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ”*; art. 5 – *„(1) **În raporturile dintre profesionişti, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice**. Prin excepţie, părţile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, **sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă**, potrivit art. 12. (2) Părţile pot conveni efectuarea plăţii în mod eşalonat, în acest caz, dobânzile penalizatoare şi celelalte despăgubiri prevăzute de prezenta lege se calculează prin raportare la suma scadentă. (3) **Părţile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii**. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emitere/primire a facturii este lovită de nulitate absolută”*; art. 12 – *„**Practica sau clauza contractuală prin care se stabileşte în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată**, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al*

daunelor-interese suplimentare ***este considerată abuzivă***"; art. 15 alin. (1) – „***Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută***".

Se reține astfel că ... este entitate contractantă cu activitate relevantă în domeniul reglementat de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 – „*Este considerată* ***activitate relevantă în domeniul transporturilor punerea la dispoziţie sau exploatarea reţelelor destinate furnizării de servicii publice în domeniul transportului pe calea ferată****, cu sisteme automate, cu metroul, tramvaiul, troleibuzul, autobuzul sau pe cablu*", fiindu-i opozabile dispozițiile Legii nr. 72/2013, cel puțin în ceea ce privește calitatea de profesionist.

Astfel, entității contractante îi sunt opozabile dispozițiile art. 5 din Legea nr. 72/2013 conform cărora *„(1)* ***În raporturile dintre profesionişti, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice***", astfel clauza 18.1. din proiectul de contract - „***18.1.*** *Beneficiarul are obligaţia de a efectua plata facturilor acceptate la plata către executant* ***în termen de 5 zile de la data primirii fondurilor de catre ... de la bugetul de stat***" este o **clauză abuzivă** în sensul art. 12 din același act normativ, având menirea de a asigura un oarecare „***confort***" funcționarilor cu atribuții în realizarea circuitului documentelor justificative de recepție și plăți aferente lucrărilor prestate de profesioniștii-contractanți în beneficiul entității contractante, ordinele de ministru de aprobare a unor norme metodologice fiind acte de punere în aplicare în concret a legii și nicidecum de eludare sau situare a vreunei entități mai presus de lege.

Prin urmare, critica celor două contestatoare este întemeiată, iar entitatea contractantă va fi obligată la reformularea clauzei privind termenul de plată, care nu va putea fi mare de 60 de zile de la data recepției lucrărilor și confirmarea facturii emisă de către executant.

În analiza celorlalte critici conținute de contestația formulată de către SC ... SRL, Consiliul reține:

- clauza 12.4 alin. 2 din proiectul de contract prezintă conținutul: „***12.4.*** *(2) În cazul în care* ***respectarea şi executarea dispoziţiilor prevăzute la art. 12.1(3) si art. 12.4(1) determină dificultăţi în execuţie care <u>generează costuri suplimentare</u>****, aceste* ***costuri vor fi acoperite pe cheltuiala beneficiarului, făcând obiectul unui act adiţional*** *la prezentul contract*", iar clauzele de trimitere prevăd:

„***12.1.*** *(3)* ***Executantul are obligaţia de a notifica prompt beneficiarului despre toate erorile, omisiunile, viciile*** *sau altele asemenea descoperite de el în caietul de sarcini pe durata îndeplinirii contractului*";

„***12.4.*** *(1)* ***Executantul are obligaţia de a respecta şi de a executa dispoziţiile beneficiarului*** *în orice problemă menţionată sau nemenţionată în contract, referitoare la lucrare. În cazul în care executantul consideră că dispoziţiile beneficiarului sunt nejustificate sau inoportune, acesta are dreptul de a ridica obiecţii în scris,* ***fără ca obiecţiile respective să îl absolve de obligaţia de a executa dispoziţiile primite, cu excepţia cazului în care acestea contravin prevederilor legale***".

Se reține astfel critica petentei conform căreia *„în situatia in care achizitiorul nu semneaza intr-un termen clar definit actul adiţional, executantul are dreptul sa intrerupa execuţia lucrărilor pana la semnarea documentului*" ca întemeiată, clauza ***12.4.*** *(2)* urmând a fi completată cu stabilirea obligației de notificare a momentului sesizării „***determinării dificultăţilor în execuţie care <u>generează costuri suplimentare</u>***", termenului de analiză și negociere în vederea încheierii actului adițional și termenul limită de semnare a documentului, informații în raport de care să poată deveni aplicabile reglementările conținute la clauza 15 din proiectul de contract.

- referitor la criticile privind clauza **12.9.** (3) din proiectul de contract conform căreia: *„Cu excepţia unor clauze contrare prevăzute în contract, executantul este responsabil şi va plăti consolidarea, modificarea sau îmbunătăţirea, în scopul facilitării transportului materialelor, echipamentelor, instalaţiilor sau altora asemenea, a oricăror drumuri sau poduri care comunică cu sau care se afla pe traseul şantierului*", Consiliul constată că entitatea contractantă încearcă să oblige executantul la plata sau execuția de lucrări care nu au nicio legătură cu obiectul contractului și a căror execuție nu poate fi realizată în absența avizelor, aprobărilor și autorizărilor emise de autoritățile competente astfel cum acestea sunt reglementate prin legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, în condițiile în care drumurile și podurile generic invocate nu nimic comun cu patrimoniul entității contractante, o astfel de clauză fiind în mod absurd inclusă în proiectul de contract, fapt pentru care autoritatea contractantă va fi obligată la eliminarea acesteia.

- cu privire la clauza 23.2. conform căreia: *„**23.2.** În cazul în care beneficiarul nu onorează facturile în termenul de la expirarea perioadei prevăzute la clauza 18.1.,* ***acesta are obligaţia de a plăti, ca penalităţi, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,02% pe zi de întârziere*** *din plata neefectuată, neputând depăşi cuantumul sumei asupra cărora sunt calculate*", referitor la care contestatoarea susține că este clauză abuzivă, deoarece fixeaza un termen incert față de prevederila art. 18.1 la care se raportează este rămasă fără obiect în condițiile în care autoritatea contractantă a fost obligată la modificarea clauzei ***18.1.*** din proiectul de contract.

- referitor la clauza *„18.8.Pentru operatiile incluse in devizul oferta pentru a caror executie contractantul incheie contracte de prestari servicii/inchirieri cu tertii, acesta le va prezenta in copie conform cu originalul, cu mentiunea ca nu au mai suferit modificari ulterioare. Clauzele contractuale ale acestora trebuie sa ofere informatii suficiente pentru a justifica executarea prestatiilor in conformitate cu prevederile propunerii tehnice si financiare, parti integrante din contractul de achizitie publica. In acest caz, contractantul este obligat sa prezinte factura si situatii de lucrari insotite si de aceste contracte*", Consiliul constată că pretențiile autorității contractante exced dispozițiilor art. 153 alin. (1) din HG nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile

sectoriale, documente de natura celor pretinse de autoritatea contractantă neregăsindu-se în categoria anexelor care fac parte integrantă din contractul sectorial, fapt pentru care Consiliu va anula clauza 18.8 din proiectul de contract sectorial.

- criticile privind clauza 22.9 din proiectul de contract referitor la care petenta solicită *eliminarea conținutului si/sau modificarea acesteia, precum si a formularului 12G Bis*, în corelaţie cu art. 22.8, sunt neîntemeiate, deoarece, prin dispozițiile art. 153 alin. (1) din HG nr. 394/2016 se reglementează în mod expres faptul că acordurile de asociere și contractele cu subcontractanții sunt parte integrantă a contractului sectorial, iar conform art. 156 alin. (2) din același act normativ – *„În vederea determinării valorii creanţei,* ***ofertantul are obligaţia de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanţilor şi datele de contact ale acestora, partea/părţile din contract care urmează a fi îndeplinită/îndeplinite de către aceştia, valoarea la care se ridică partea/părţile respectivă/respective, precum şi acordul subcontractanţilor cu privire la aceste aspecte****”*.

Obligația de identificare a subcontractanților în fața autorității contractante rezultă și din dispozițiile art. 68 din Legea nr. 99/2016 conform cărora: *„Entitatea contractantă* ***solicită ofertantului*** *sau candidatului* ***să precizeze în ofertă*** *ori solicitarea de participare partea/****părţile din contract pe care urmează să le subcontracteze şi datele de identificare ale subcontractanţilor propuşi***".

- în analiza criticilor privind clauza 24. *„Rezilierea şi încetarea contractului”*, Consiliul constată că aceasta este necorelată cu clauza 27. *„Soluţionarea litigiilor*", prin care se instituie regula conform căreia *„Beneficiarul şi executantul vor face toate eforturile pentru a rezolva pe cale amiabilă, prin tratative directe, orice neînţelegere sau dispută care se poate ivi între ei în cadrul sau în legătură cu îndeplinirea contractului*", pactul comisoriu de grad IV conținut de clauza 24 urmând a fi astfel înlocuit cu unul de grad III, prin care să se reglementeze procedura punerii in întarziere a debitorului obligației neexecutate sau neexecutate în mod corespunzător sau a intervenirii circumstanței de natură a fi contrară interesului public.

Față de cele constatate, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite cele 2 contestații și va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să procedeze la modificarea proiectului de contract din documentația de atribuire conform celor reținute în prezenta motivare.

Prin soluționarea fondului contestațiilor, cererea SC VEST CONSTRUCT SRL de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației este rămasă fără obiect urmând a fi respinsă în consecință.

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 contestațiile depuse de către SC ... SRL cu sediul in municipiul ... și, respectiv, SC ... SRL, cu sediul în ..., ambele în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., cu sediul în Craiova, b-dul Decebal nr. 1.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să procedeze la modificarea proiectului de contract din documentația de atribuire conform celor reținute în motivare.

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea SC ... SRL de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Obligatorie.

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

Președinte complet, Membru, Membru,
... ...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 12 pagini