



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România**  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 [www.cnsc.ro](http://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. ...**

**Data: ..**

Prin contestația nr. 2702/29.11.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36686/29.11.2016, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de modernizare drumuri prin asfaltare în comuna ...”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2), s-a solicitat următoarele:

- constatarea, ca nelegale, a prevederilor din documentația de atribuire, respectiv din modelul de contract și caietul de sarcini, cu privire la neasumarea unui termen concret de plată în raport cu rigorile legii și în consecință, obligarea autorității contractante la inserarea în contract a unui termen de plată cu respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013;
- constatarea, ca nelegale, a prevederilor din documentația de atribuire, care stabilesc un termen de grație la plată, respectiv un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile și în consecință, obligarea autorității contractante la eliminarea clauzelor din contract și din caietul de sarcini care stabilesc un termen de grație la plată, respectiv un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile de întârziere;
- constatarea, ca nelegale, a prevederilor din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract care stabilesc că în caz de reziliere a contractului din culpa executantului se vor reține acestuia materialele, echipamentele și toate utilajele Executantului specificate de Beneficiar,

acestea urmând a fi utilizate până la terminarea lucrărilor și în consecință, obligarea autorității contractante la eliminarea clauzelor nelegale;

- constatarea, ca nelegale, a prevederilor din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract care stabilesc în sarcina executantului despăgubiri în valoare egală cu valoarea finanțării nerambursabile pe care o pierde de la finanțatorul investiției, Programul FEADR și în consecință, obligarea autorității contractante la eliminarea clauzelor nelegale;

- constatarea, ca nelegale/neclare, a prevederilor din fișa de date de la punctul IV. 4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice și punctul IV. 4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, prevederi din caietul de sarcini și din formulare, și în consecință, obligarea autorității contractante la clarificarea/eliminarea prevederilor neclare/nelegale din documentația de atribuire;

- obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract propus în documentația de atribuire conform criticilor de mai sus, iar în măsura în care la data soluționării prezentei contestații nu se vor putea dispune măsuri de remediere pe motiv că ofertele ar fi deschise, anularea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ...SRL reclamă documentația de atribuire, considerând restrictive cerințele contestate, de natură a încălca prevederile legale în materia achizițiilor publice.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a invocat tardivitatea notificării prealabile, prin publicarea în SEAP a anunțului din 28.11.2016, motivând că aceasta a fost comunicată autorității în data de 25.11.2016, deși termenul până la care putea fi transmisă era 22.11.2016.

În acest sens, societatea contestatoare precizează că notificarea prealabilă a fost comunicată în data de 22.11.2016 atât prin e-mail, la adresele [...](#), [...](#), cât și prin intermediul serviciilor de curierat rapid, fiind astfel respectat termenul de notificare prevăzut de Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, autoarea contestației învederează că autoritatea contractantă nu și-a asumat un termen concret de plată în raport cu rigorile legii, acest fapt reprezentând o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013 și a Directivei 2011/7/UE, crescând riscul neîndeplinirii contractului, în condițiile în care ar putea exista întârzieri la plată, fără ca executantul să poată cunoaște când va putea fi plătit.

Se reține că prin răspunsul nr. 57 la clarificări, întrebarea cu privire la stabilirea unui termen de plată de 30 de zile, conform Legii nr. 72/2013, autoritatea contractantă a refuzat să efectueze vreo modificare sub acest aspect.

Totodată, contestatoarea critică cerința prevăzută în modelul de contract, art. 11.2 și art. 17.1, și în caietul de sarcini, pagina 2, paragraful 3, referitoare la stabilirea unui termen de grație de la care să curgă penalitățile de întârziere, apreciind că această mențiune reprezintă o încălcare a prevederilor art. 8, alin. (2) din Legea nr. 72/2013 și solicită, în consecință, eliminarea acesteia.

Având în vedere că termenul de plată nu este menționat, contestatorul apreciază că prelungirea cu un termen de grație de 90 de zile, ceea ce echivalează cu un termen de plată de minim 120 de zile (90 de zile de grație + 30 de zile - termenul legal de plată), constituie o încălcare a prevederilor Legii nr. 72/2013, act normativ ce impune termene stricte/certe de plată, de maxim 30 de zile, inclusiv suportarea de penalități în caz de neplată la scadență.

Societatea contestatoare solicită eliminarea prevederilor din documentația de atribuire care stabilesc că în caz de *reziliere a contractului se vor reține executantului materialele, echipamentele și toate utilajele specificate de Beneficiar, acestea urmând a fi utilizate până la terminarea lucrărilor*, apreciind că sunt abuzive, având în vedere că nu se poate solicita executantului să predea propriile utilaje/echipamente/materiale, întrucât s-ar încălca dreptul de proprietate/de folosință asupra acestora.

În egală măsură contestatorul critică prevederile care stabilesc *în sarcina executantului despăgubiri în valoare egală cu valoarea finanțării nerambursabile pe care o pierde de la finanțatorul investiției, Programul FEADR*, opinând că ar constitui o îmbogățire fără justă cauză din partea actizitorului, în sensul art. 1345 din Codul civil, întrucât daunele prestabilite ar putea depăși cu mult valoarea prejudiciului efectiv suferit de către achizitor.

De asemenea, autoarea contestației arată că cerințele prevăzute în fișa de date la punctul IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice și punctul IV.4.2), în caietul de sarcini și formulare, sunt exprimate în mod neclar, general, și nu dau posibilitatea ofertanților de a identifica precis ce documente trebuie să prezinte pentru a avea relevanță în cadrul procesului de evaluare a ofertelor, astfel încât să se răspundă în mod conform cerințelor autorității contractante, lasându-se loc de interpretări.

Se menționează că autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita criterii privind personalul de specialitate, având în vedere că a ales aplicarea procedurii simplificate, astfel că aceste cerințe sunt nelegale.

Societatea contestatoare solicită eliminarea cerinței privind fișele tehnice și formularele completate, având în vedere că obiectul contractului este de construcții de drumuri comunale, iar în documentația tehnică nu se regăsesc echipamente/dotări, fișele tehnice (formularul F5).

Se solicită obligarea autorității la adoptarea unor măsuri de remediere în sensul eliminării cerințelor privind ofertarea capitolului organizare de șantier, întrucât în documentația de atribuire nu există nicio valoare estimată pentru organizare de șantier și nici liste de cantități puse la

dispoziție pentru acest capitol, contestatorul opinând că la acest moment modificarea valorii estimate ar duce la anularea procedurii de atribuire.

Totodată, autoarea contestației solicită adoptarea unor măsuri de remediere în sensul renunțării la cerința *Lucrări de terasamente – strat de formă din balast* prevăzută în caietul de sarcini, deoarece aceasta se referă la stabilizări cu lianți hidraulici sau materiale de adaos ce nu fac obiectul prezentului proiect pentru că nu au fost prevăzute în proiectul tehnic lucrări de stabilizare a solului.

În consecință, societatea contestatoare apreciază neclare răspunsurile autorității contractante la solicitările de clarificări față de cerințele din documentația de atribuire contestate, fără relevanță în procesul de evaluare a ofertelor, precum și în realizarea obiectivului, drept pentru care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 11581/05.12.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 36856/05.12.2016 autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație solicitând respingerea ca tardivă, având în vedere că notificarea prealabilă din partea ...SRL a fost primită în data de 25.11.2016, cu trei zile după data limită de depunere a notificărilor.

Prin documentul nr. 11883/19.12.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 38701/19.12.2016, autoritatea contractantă formulează punct de vedere pe fondul contestației prin care reiterează excepția tardivității contestației și solicită respingerea susținerilor contestatoarei ca fiind nefondate.

Autoritatea contractantă susține că finanțarea investiției este asigurată de către Ministerul Dezvoltării prin PNDL, plățile fiind făcute la termene ce depășesc 30 zile, ținând cont de faptul că art. 7 din Legea nr. 72/2013 stabilește că se pot stipula termene mai mari de plată dacă „acestea sunt expres prevăzute în cadrul documentației achiziției”.

Se menționează că autoritatea contractantă nu intenționează să rețină echipamentele executantului, ci doar bunurile achitate de autoritate prin decontările efectuate până la momentul respectiv.

Totodată, autoritatea contractantă învederează că art 11.7 din contractul de execuție lucrări propus de către achizitor se referă la faptul că în caz de nefinalizare a lucrării strict din vina executantului Comuna Popești va pierde întreaga finanțare obținută.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de elaborare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă afirmă că a pus la dispoziția operatorilor economici tot conținutul proiectului tehnic în care se regăsesc toate datele necesare elaborării ofertei, răspunsurile solicitate de către contestatoare regăsindu-se în documentele postate în SEAP.

Față de critica societății contestatoare referitoare la *existența anumitor resurse umane*, autoritatea contractantă arată că acest fapt nu s-a impus în documentația de atribuire, cerința fiind ca executantul să specifice în ofertă că deține resurse umane, mai precis extrasul de forță de muncă/manopera pe care o presupune lucrarea în concordanță cu listele și cantitățile materiale din caietul de sarcini.

În referire la punctele 5.3-5.9 din contestație, autoritatea contractantă precizează că cerințele din fișa de date sunt clare, specifice lucrărilor scoase la licitație folosirea de noțiuni precum „devize ofertă” fiind în mod general valabil acceptate chiar și în legislația din domeniul construcțiilor.

În final, autoritatea contractantă susține că a pus la dispoziția ofertanților întreg proiectul tehnic cu detaliile de execuție, renunțarea la specificația din caietul de sarcini *lucrări de terasamente - strat de formă din balast* nefiind posibilă în condițiile în care acesta face parte din soluția tehnică aprobată și finanțată.

Dosarul achiziției a fost transmis prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 38369/15.12.2016.

Prin adresa nr. 2819/20.12.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 39083/20.12.2016, SC ...SRL formulează *concluzii scrise* în urma studierii dosarului achiziției, aducând contraargumente la cele susținute de autoritatea contractantă, precizând totodată că își menține cele enunțate în cuprinsul contestației.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată – într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de modernizare drumuri prin asfaltare în comuna ...”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este de 2.870.466 lei, criteriul de atribuire ales fiind *„prețul cel mai scăzut”*.

Important de menționat este faptul că prezenta procedură de atribuire a fost suspendată de către autoritatea contractantă în data de 02.12.2016, având în vedere informațiile disponibile în SEAP.

Potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit căruia *"Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei"*, Consiliul va examina cu prioritate excepția invocată de autoritatea contractantă, în referire la tardivitatea transmiterii de către SC ...SRL a notificării prealabile nr. 2660/22.11.2016.

În ceea ce privește calculul termenelor privind transmiterea notificării prealabile, se aplică dispozițiile art. 5 din Legea nr. 101/2016, ce prevăd că *„termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este*

*o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare".*

De asemenea, potrivit art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: [...]*

*b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.*

*[...]*

*(10) Sesizarea Consiliului sau instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă."*

În prezenta cauză, raportat la data publicării documentației în SEAP, 17.11.2016 și la dispozițiile legale mai sus evocate, termenul de formulare a notificării prealabile împotriva documentației se îplinea la data de 22.11.2016.

Contestatoarea a făcut dovada notificării prealabile în data de 22.11.2016, notificarea fiind transmisă către autoritatea contractantă prin e-mail, la adresele de e-mail: [...](#), [...](#) și prin poșta rapidă, data expedierii (22.11.2016), rezultând chiar din dovada de expediere postată de către autoritatea contractantă în SEAP și anexată punctului de vedere.

Potrivit art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 *„toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire."*

De asemenea, conform art. 183 din Codul de procedură civilă *„actul de procedură făcut înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi în termen."*

Cu luarea în considerare a celor mai sus expuse, Consiliul determină că societatea contestatoare a transmis notificarea prealabilă atât prin e-mail cât și prin curierat rapid, în interiorul termenului prevăzut de Legea nr. 101/2016.

În încercarea de a susține tardivitatea notificării prealabile, autoritatea contractantă invocă data livrării acesteia, respectiv data de 25.11.2016, așa cum rezultă din programul curierului, însă aceasta omite reglementarea dispozițiilor art. 183, antecitat, din Codul de procedură civilă.

Nicăieri în cuprinsul Legii nr. 101/2016 nu există mențiune expresă potrivit căreia comunicarea se consideră efectuată în termen doar dacă autoritatea contractantă recepționează notificarea în interiorul termenului de notificare.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, potrivit căreia notificarea prealabilă nu a fost publicată în SEAP, Consiliul subliniază că Legea nr. 101/2016 nu stipulează obligația operatorilor economici de a publica în SEAP notificarea prealabilă, ci doar de a o transmite autorității contractante, în condițiile art. 6 antecitat.

Așadar, în lipsa unei obligații exprese de a publica și în SEAP notificarea prealabilă, nu se poate reține în sarcina contestatoarei tardivitatea notificării prealabile, afirmațiile autorității contractante, în acest sens, apar ca lipsite de suport legal.

Excepția fiind respinsă, Consiliul va analiza în continuare, cele susținute de contestatoare cu privire la cerințele documentației de atribuire, apreciate de aceasta ca fiind nelegale.

Prin contestația sa, SC ...SRL critică prevederi din cadrul proiectului de contract de lucrări, precum și cerințe din caietul de sarcini, fișa de date a achiziției, apreciind că se impune modificarea/eliminarea lor, sens în care formulează și propuneri.

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva neasumării unui termen concret de plată, Consiliul reține că în modelul de contract de lucrări, publicat în cadrul documentației de atribuire, la art. 17.1 este stipulat faptul că *„achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termenul convenit de la emiterea facturii de către acesta. Plata se va efectua numai în baza facturii emisă de către executant. Executantul acordă achizitorului o perioadă de grație la plata facturilor de 90 zile calendaristice.”*

Aceeași clauză se regăsește și în cuprinsul caietului de sarcini la pagina 2, paragraful 3.

Din analiza efectuată, Consiliul observă că nu a fost indicat un termen de plată, fiind menționat doar *„termenul convenit de la emiterea facturii”*.

Dispozițiile art. 6 „Termenul legal de plată” din 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, stabilesc la alin. (1), următoarele: *„(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:*

*a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei alte cereri echivalente de plată;*

*b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;*

*c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.”*

Același act normativ, la art. 7 „Termenul contractual de plată”, prevede că *„(1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.”*

Așadar, legiuitorul a înțeles să disciplineze autoritățile contractante în combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le termene stricte, cu consecința suportării de dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Mai mult, prevederile Legii nr. 72/2013 definesc și reglementează clauzele contractuale și practicile abuzive, astfel:

- art. 12 „Noțiune”:

*„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.”*

- art. 13 „Calificarea clauzelor și a practicilor abuzive”:

*„În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța ține cont de toate circumstanțele cauzei, în special de:*

*[...]*

b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor;

[...]

e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie.”

- art. 14 „Clauze calificate de lege ca abuzive”:

„Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care:

[...]

d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1);”

- Art. 15 „Sanctiuni”:

„(1) Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută.”

În prezenta speță, autoritatea contractantă nu-și asumă niciun termen pentru plata facturilor, executantul neavând niciun indiciu când va primi contravaloarea prestației sale.

Susținerea autorității contractante potrivit căreia la art. 7 din Legea nr. 72/2013 se pot stipula termene mai mari de plată, nu va fi reținută de Consiliu în condițiile în care aceasta nu și-a asumat niciun termen, iar termenul de plată poate depăși în mod excepțional 30 de zile dar nu mai mult de 60 de zile, având în vedere textul de lege mai sus evocat.

În condițiile date, Consiliul stabilește că se impune modificarea clauzei 17.1 din proiectul de contract și a celor impuse în caietul de sarcini în referire la termenul de plată, urmând a fi asigurată respectarea prevederilor citate ale Legii nr. 72/2013 prin stabilirea în mod neechivoc a unui termen de plată.

Cea de-a doua critică vizează nelegalitatea prevederilor din modelul de contract și caietul de sarcini care stabilesc un termen de grație la plată, respectiv un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile.

Astfel, potrivit art. 11.2 din modelul de contract „în cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 30 zile de la expirarea perioadei convenite la art. 17.1 (90 zile), atunci executantul are dreptul de a cere, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,1% din plata neefectuată pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, cu excepția situației prevăzute la punctul 11.3. Penalitățile se calculează pe zile calendaristice, începând cu prima zi de la expirarea celor 30 zile menționate mai sus și până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor asumate.”

În referire la acestea, Consiliul reține dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 72/2013 potrivit cărora „dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract sau, în cazul în care nu a

*fost stipulat în contract, de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 [alin. \(1\)](#) (...)."*

Raportat la acest temei legal, Consiliul determină că stabilirea în contract a unui termen de grație de la care încep să curgă penalitățile este nelegală. Practic autoritatea contractantă și-a rezervat un termen suplimentar de 30 de zile în care să fie scutită atât de plata contravalorii lucrărilor, cât și plata penalităților aferente.

Nu aceeași situație este reglementată însă, în cazul executantului, unde la clauza 11.1 din modelul de contract, autoritatea contractantă a stabilit *„în cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce zilnic din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din prețul contractului - respectiv 0,1% pentru fiecare zi de întârziere, din valoarea lucrărilor neexecutate la momentul respectiv, până la îndeplinirea efectivă a contractului”*, fără a i se permite un eventual termen de grație.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că o astfel de abordare este contrară principiilor nediscriminării și tratamentului egal, statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, penalitățile datorate de părți fiind stabilite asimetric, prin raportare la momente diferite de la care acestea încep să curgă.

Astfel, Consiliul stabilește că este nelegală clauza din modelul de contract care stabilește pentru autoritatea contractantă un termen de grație de la care încep să curgă penalitățile pe care aceasta le datorează în cazul în care nu își execută obligațiile contractuale, abordarea actuală a autorității fiind contrară dispozițiilor Legii nr. 72/2013 și punând părțile în poziții de neegalitate din punct de vedere juridic.

Încălcarea dispozițiilor Legii nr. 72/2013 este reținută și în ceea ce privește clauza prevăzută la art. 17.1, ce stipulează că (...) „executantul acordă achizitorului o perioadă de grație la plata facturilor de 90 zile calendaristice”.

Justificarea termenului de grație la plată, enunțată în cuprinsul punctului de vedere, pe motiv că autoritatea contractantă nu are resurse proprii, finanțarea investiției fiind asigurată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice conform contractului de finanțare nr. 7276/08.09.2016, nu va fi primită în condițiile în care clauzele contractului de finanțare nu îi sunt opozabile executantului. Orice întârziere în virarea sumelor de la bugetul de stat nu poate fi imputată executantului și nici nu se poate pretinde acestuia să accepte ca plata să fie condiționată de prevederile unui contract față de care are calitatea de terț.

Sintetizând, Consiliul arată că potrivit art. 17.1, pe lângă faptul că termenul de plată nu este menționat, având în vedere cele anterior prezentate, acesta se prelungește cu un termen de grație de 90 de zile, termen la care se mai adaugă un termen de grație de 30 zile de la care încep să curgă penalitățile, conform art. 11.2.

Se impune precizarea că prin răspunsurile nr. 47 și 57, publicate în SEAP în data de 23.11.2016, la solicitările de eliminare a termenelor de grație la plată și la curgerea penalităților, autoritatea contractantă a justificat refuzul de a da curs respectivei solicitări, astfel: *„Nu se acceptă. Draftul de contract conține toate elementele și articolele necesare atingerii obiectivelor AC. AC consideră că toate condițiile contractuale sunt suficient de clare și detaliate.”*

Determinând încălcarea normelor legale precitate, pentru motivele mai sus menționate, Consiliul apreciază că se impune eliminarea clauzelor care reglementează termene de grație la plată și termene de grație de la care încep să curgă penalitățile, cuprinse atât în caietul de sarcini cât și în modelul de contract.

În ceea ce privește critica privind nelegalitatea prevederilor în referire la reținerea, în caz de reziliere a contractului, a materialelor, echipamentelor și utilajelor executantului, Consiliul are în vedere că în modelul de contract la art. 9.16 s-au menționat următoarele: *„Dacă executantul abandonează lucrările, refuză sau nu reușește să respecte instrucțiunile motivate ale Beneficiarului, sau nu reușește să ducă la îndeplinire lucrările prompt și fără întârziere, și, deși primește o scrisoare de nemulțumire, încalcă prevederile contractului, Beneficiarul poate emite o înștiințare cu referire la această clauză, prin care să specifice obligațiile neîndeplinite. Dacă în termen de 30 zile de la primirea înștiințării emise de către Beneficiar, Executantul nu ia toate măsurile posibile de remediere a neîndeplinirii obligațiilor, Beneficiarul poate să rezilieze contractul. După reziliere Executantul trebuie să părăsească șantierul, lăsând pe șantier: materialele, echipamentele și toate utilajele Executantului specificate de Beneficiar, acestea urmând a fi utilizate până la terminarea lucrărilor.”*

Analizând, Consiliul determină nelegalitatea clauzei, în condițiile în care nu se poate solicita executantului să predea propriile utilaje/echipamente/materiale, întrucât această situație ar conduce la încălcarea dreptului de proprietate/de folosință asupra acestora.

Deși, în punctul de vedere transmis cu ocazia formulării prezentei contestații, autoritatea contractantă a susținut că respectiva clauză pusă în discuție, s-a referit la faptul că executantul trebuie să lase în șantier toate materialele și utilajele plătite de către achizitor și nu la cele care

sunt proprietatea executantului, acest lucru nu este susținut însă de cele cuprinse în textul articolului mai sus enunțat.

Textul nu lasă loc de interpretări, exprimarea este foarte clară, în sensul că se referă la materialele, echipamentele și utilajele executantului, (Executantul trebuie să părăsească șantierul, lăsând pe șantier: materialele, echipamentele și toate utilajele Executantului specificate de Beneficiar, acestea urmând a fi utilizate până la terminarea lucrărilor).

De reținut, este faptul că nici prin răspunsul nr. 44, publicat în SEAP la data de 23.11.2016, la solicitarea de eliminare a acestei clauze, autoritatea contractantă nu a remediat neregula semnalată, susținând „Nu se acceptă. Draftul de contract conține toate elementele și articolele necesare atingerii obiectivelor AC. AC consideră că toate condițiile contractuale sunt suficient de clare și detaliate.”

Cu toate că entitatea achizitoare a susținut că nu intenționează să rețină echipamentele executantului, acest lucru este contrazis de clauza contractuală mai sus arătată.

Cu luarea în considerare a considerentelor mai sus expuse, Consiliul apreciază că se impune eliminarea clauzei *După reziliere Executantul trebuie să părăsească șantierul, lăsând pe șantier: materialele, echipamentele și toate utilajele Executantului specificate de Beneficiar, acestea urmând a fi utilizate până la terminarea lucrărilor.*

În ceea ce privește critica contestatoarei în referire la clauza, din modelul de contract, ce stabilește în sarcina executantului despăgubiri în valoare egală cu valoarea finanțării nerambursabile, Consiliul reține că potrivit art. 11.7 „achizitorul, în cazul în care executantul nu finalizează construcția în termen, are dreptul de a solicita despăgubiri în valoare egală cu valoarea finanțării nerambursabile pe care o pierde de la finanțatorul investiției, Programul FEADR. În acest caz, executantul nu are dreptul de a se împotrivi”.

În aprecierea Consiliului, clauza mai sus enunțată, reprezintă o încălcare a prevederilor art. 1533 din Codul Civil, potrivit căroră „Debitorul răspunde numai pentru prejudiciile pe care le-a prevăzut sau pe care putea să le prevadă ca urmare a neexecutării la momentul încheierii contractului, afară de cazul în care neexecutarea este intenționată ori se datorează culpei grave a acestuia. Chiar și în acest din urmă caz, daunele-interese nu cuprind decât ceea ce este consecința directă și necesară a neexecutării obligației.”

Astfel, nu se poate stabili în sarcina executantului plata unor despăgubiri ce ar putea depăși cu mult valoarea prejudiciului efectiv suferit de către achizitor.

În condițiile în care există deja în contract o clauză care reglementează dreptul achizitorului de a solicita penalități de întârziere în caz de nerespectare a termenului de execuție (art. 11.1 din contract), plata despăgubirilor mai sus amintite apare ca abuzivă.

Relevante sub acest aspect sunt și prevederile art. 12 din Legea nr. 72/2013 *„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”*.

Așa cum s-a subliniat anterior, prin inserarea unor astfel de clauze, părțile sunt în poziții de neegalitate din punct de vedere juridic, creându-se un evident dezechilibru contractual între obligațiile ce revin executantului și cele ce revin achizitorului, fapt ce conduce și la încălcarea principiului proporționalității reglementat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În această situație, Consiliul stabilește că executantul nu poate fi obligat la plata unor despăgubiri în valoare egală cu cea a finanțării nerambursabile pe care achizitorul o pierde de la finanțatorul investiției, Programul FEADR, acestea fiind disproporționate în raport de reglementarea art. 12 din Legea nr. 72/2013.

Referitor la criticile privind prevederile din fișa de date a achiziției în ceea ce privește modul de prezentare a propunerii tehnice, Consiliul reține că în fișa de date a achiziției la cap. IV.4.1) *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, autoritatea contractantă a prevăzut după cum urmează:

*„Propunerea tehnica va fi prezentata în asa fel încât sa detalieze si sa demonstreze îndeplinirea tuturor cerintelor din Caietele de sarcini. Propunerea tehnica va contine :*

*1. Prezentarea modului de realizare a lucrarilor (planul propus) – Formularul nr. 7 care va descrie:*

*a) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de executie) pentru realizarea lucrarilor;*

*b) resurse (personal si instalatii/echipamente) – Formularul nr. 8*

*c) programul de executie (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrari (deviz), care sa ilustreze succesiunea tehnologica de realizare a lucrarilor, ordinea si derularea în timp a*

*activitatilor pe care ofertantul propune sa le îndeplineasca pentru realizarea lucrarilor, în special:*

- lucrarile permanente si temporare ce urmeaza sa fie executate,*
- activitatile de interfatare cu lucrarile existente si operarea acestora, dupa caz (daca este inclusa asemenea solicitare în caietul de sarcini);*
- secventierea, derularea în timp si durata testelor, cu evidentierea clara a activitatilor incluse în procesele de asigurare, respectiv de control al calitatii, conform legislatiei specifice corespunzatoare obiectului contractului;*
- denumirea activitatilor si subactivitatilor aferente, durata acestora, cu evidentierea punctelor cheie (jaloanele) în executia contractului;*
- drumul critic clar identificat în planificarea activitatilor.*

*2. Listele cu cantitatile de lucrari, fisele tehnice si formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de santier.*

*3. Extrasele de resurse materiale, manopera, utilaj si transport;*

*4. Declaratie privind termenul de garantie acordat lucrarilor executate.*

*5. Prezentarea modalitatii de asigurare a accesului la specialistii necesari si obligatorii în vederea verificarii nivelului de calitate corespunzator cerintelor fundamentale aplicabile lucrarilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 si a altor legi incidente.”*

După cum a susținut și contestatoarea, modul general de formulare a cerințelor susenunțate nu oferă posibilitatea ofertanților de a identifica în mod clar care sunt documentele ce se impun a fi prezentate, astfel încât să răspundă solicitărilor autorității contractante.

Raportat la dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire astfel încât să asigure operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției.

Într-adevăr, așa cum susține autoritatea contractantă, s-a pus la dispoziția operatorilor economici documentația tehnică, însă cerințele din fișa de date a achiziției nu sunt adaptate la respectiva documentație. Modul general de formulare a cerințelor conduce la interpretarea acestora, creând astfel premisele descalificării în mod discreționar a ofertanților.

În aceste condiții, se impune armonizarea lor cu documentația tehnică prin indicarea lucrărilor permanente și temporare, activităților de interfațare cu lucrările existente (neadaptarea cu cele impuse în caietul de sarcini rezultă chiar din exprimarea autorității contractante *„dacă este inclusă asemenea solicitare în caietul de sarcini”*), testelor, activităților incluse în procesele de asigurare, respectiv de control al calității (trebuie avut în vedere că în cazul de față, suntem în prezența unui contract de lucrări, iar documentația este deja întocmită, ofertantul trebuind să o respecte), denumirea activităților și subactivităților aferente și a punctelor cheie

În referire la aceste aspecte, Consiliul observă că autoritatea contractantă a refuzat să dea curs solicitării transmise în acest sens, prin răspunsul nr. 24 publicat în SEAP în cuprinsul clarificării din data de 23.11.2016, argumentând astfel: *„rugăm ofertantul potențial să analizeze cu atenție cerințele exprimate la nivelul fișei de date, A.C. nu poate redacta oferta tehnică în locul ofertanților. Cerințele și informațiile pe care trebuie să le conțină oferta tehnică sunt explicate la nivelul caietelor de sarcini (proiectul tehnic) așa cum au fost integral puse la dispoziția potențialilor ofertanți.”*

În sensul celor prezentate în respectivul răspuns, a fost redactat și punctul de vedere transmis de achizitoare, însă trebuie subliniat faptul că ceea ce se urmărește este elaborarea unor cerințe clare și fără echivoc care să nu lase loc de interpretări și prin urmare, așa cum a precizat și contestatoarea, nu ofertantul este cel care interpretează cerința după propria voință ci autoritatea contractantă precizează exact care sunt informațiile pe care le dorește a fi furnizate de ofertanți.

De asemenea, Consiliul observă o abordare lipsită de claritate și în același timp interpretabilă și în ceea ce privește cerința, prezentată atât în fișa de date a achiziției cât și în caietul de sarcini, privind ***„prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente.”***

Înțelegând că se urmărește atingerea unui anumit nivel calitativ al lucrărilor, având în vedere prevederile Legii nr. 10/1995, Consiliul apreciază că se impune precizarea, în concret, a specialiștilor la care se face referire, documentele care demonstrează *„asigurarea accesului la specialiștii necesari”*.

De altfel, nici prin răspunsul la solicitarea de clarificări formulată în acest sens, autoritatea contractantă nu a adus lămuriri asupra acestor aspecte.

Și în privința fișelor tehnice și formularelor completate solicitate în cadrul propunerii tehnice, autoritatea contractantă nu a prezentat argumente, nici prin răspunsul la clarificări și nici prin punctul de vedere, în sprijinul solicitării prezentării acestora, aceasta în condițiile în care, obiectul contractului în speță este de construcții drumuri comunale, iar în documentația tehnică pusă la dispoziție nu se regăsesc echipamente/dotări – fișele tehnice (formularul F5).

Aceeași mențiune este valabilă și în ceea ce privește solicitarea prezentării fișelor tehnice ale utilajelor și echipamentelor în cadrul propunerii financiare, conform celor stipulate la cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare. Prin răspunsul nr. 31 la solicitarea de clarificări, publicat în SEAP în data de 23.11.2016, autoritatea contractantă a arătat că *„cerința se păstrează, ofertanții vor oferi și depune doar ceea ce este prezentat și solicitat de A.C. în listele de cantități de lucrări afișate. Neprezentarea acestor fișe nu constituie motiv de neconformitate.”*

Prin urmare, este de neînțeles rostul menținerii cerinței, în condițiile în care nu prezintă relevanță în procesul de evaluare a ofertelor și cu atât mai mult în realizarea obiectivului.

În referire la criticile formulate de societatea contestatoare privind organizarea de șantier, Consiliul observă că atât în cadrul propunerii tehnice cât și în cea financiară, s-a solicitat prezentarea listei cu cantități de lucrări pentru organizarea de șantier.

Având în vedere faptul că nu a fost prevăzută o valoare estimată pentru organizarea de șantier și nici nu au fost puse la dispoziție liste de cantități pentru acest capitol și ținând cont că prin răspunsurile nr. 26, respectiv 32 publicate în SEAP prin intermediul clarificării din 23.11.2016, autoritatea contractantă a precizat că *„pentru lucrările de organizare de șantier, fiecare ofertant își va prevedea funcție de necesitățile acestuia, sume din cheltuielile indirecte. **Ofertarea organizării de șantier nu este obligatorie și nu constituie o cerință de conformitate, deoarece nu au fost bugetate**”*, Consiliul determină lipsa de relevanță în solicitarea acestora, fapt ce impune eliminarea acestora din cadrul documentației de atribuire. Mai mult, potrivit HG nr. 28/2008 în cadrul devizului general, există un capitol distinct pentru organizarea de șantier, respectiv la cap. 5.1, iar întrucât acesta nu a fost bugetat, cotarea dorită de autoritate *sume din cheltuielile indirecte* apare ca nelegală.

În ceea ce privește caietul de sarcini *Lucrări de terasamente – strat de formă din balast*, Consiliul apreciază că se impune eliminarea acestuia, deoarece acesta se referă la stabilizări cu lianți hidraulici sau material de adaos și nu fac obiectul proiectului tehnic, nefiind prevăzute în proiectul

tehnic lucrări de stabilizare a solului. În listele de cantități nu există prevăzute *lucrările de terasamente - strat de formă din balast*.

Susținerea autorității contractante potrivit căreia renunțarea la caietul de sarcini respectiv, nu este posibilă în condițiile în care acesta face parte din soluția tehnică aprobată și finanțată, nu va fi reținută de Consiliu, nereprezentând un argument în susținerea menținerii acestuia.

Pentru toate aceste considerente, pentru a se asigura echilibrul contractual între obligațiile executantului și achizitorului, pentru corelarea lor cu dispozițiile legale, se impune modificarea modelului de contract, precum și a documentației de atribuire prin adaptarea acesteia la documentația tehnică și prin prezentarea unor informații clare, astfel încât operatorii economici să-și întocmească în mod corespunzător ofertele.

Pe cale de consecință, Consiliul va admite contestația SC ...SRL și având în vedere că procedura a fost suspendată din data de 02.12.2016, nefiind deschise ofertele, va obliga autoritatea contractantă la dispunerea de măsuri de remediere în sensul celor de mai sus.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și obligă autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.