



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

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.cnscc.ro

**În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,**

## DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări "reabilitarea sitului poluat istoric - ...30 ha - ..... coduri CPV 45000000-7, 45112360-6, 45233228-3 și 45262640-9, cu data de deschidere a ofertelor ... organizată de Municipiul ..... prin primăria sa, cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, anularea răspunsurilor de clarificare nr. 12/ 22.01.2013 și 18/30.01.2013, obligarea autorității la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun, precum și, în subsidiar, în cazul în care nu se mai pot adopta măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire. Prin decizia sa nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingând-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

La 13.02.2013, cu adresa nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat Consiliului să îndrepte eroarea materială privind data de deschidere a ofertelor strecurată în cuprinsul deciziei nr. ... în sensul menționării datei de ... în loc de 04.02.2013.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

## DECIDE:

În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația ... în contradictoriu cu Municipiul ..... prin primăria sa, și anulează răspunsurile privind valoarea maximă a penalităților date de autoritate în clarificările nr. 12 și 18, precum și întreaga procedură de atribuire a contractului de achiziție publică.

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanța evocată respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere a procedurii de atribuire.

În temeiul art. 281 C. proc. civ. admite cererea nr. ... formulată de Municipiul ..... prin primăria sa, și îndreaptă eroarea materială strecurată în considerentele și dispozitivul deciziei nr. ... în sensul înlocuirii datei de 04.02.2013, cu cea de ... ca dată de deschidere a ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

## MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă răspunsurile de clarificare furnizate de autoritatea contractantă la 22.01.2013 și 30.01.2013, în cadrul procedurii de atribuire menționată mai sus, învederând în motivare că, la întrebarea:

*"[...] în modelul de contract propus în documentația de atribuire apare următorul text:*

*Articolul 12 - Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor*

*12.1 - 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 din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,1% din prețul contractului*

pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.

12.3 - Penalitățile datorate curg de drept din data scadenței obligațiilor asumate conform prezentului contract.

12.4 - Pentru prejudiciul provocat prin neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor asumate, care depășește valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute în completare, părțile datorează daune-interese în condițiile dreptului comun.

12.5 - Nerespectarea de către părți a obligațiilor prevăzute în prezentul contract dă dreptul părții lezate să considere contractul reziliat de plin drept fără nicio altă formalitate și fără nicio altă procedură judiciară sau extrajudiciară. Prezentul pact comisoriu de grad IV își produce efectele de la data scadenței obligațiilor neefectuate.

12.6 - Achizitorul își rezervă dreptul de a renunța oricând la contract, printr-o notificare scrisă adresată executantului, fără nicio compensație, de la deschiderea falimentului. Împotriva acestuia în condițiile privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, cu condiția ca această renunțare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru executant. În acest caz, acesta are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului.

Vă rugăm să precizați care este valoarea maximă a penalităților.",  
autoritatea a răspuns:

"Valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute de achizitor este direct proporțională cu valoarea penalităților suportate de către acesta conform prevederilor contractului de finanțare, pentru neîndeplinirea indicatorilor aferenți secțiunii de proiectare și execuție care face obiectul prezentului contract. În SEAP, la «clarificări 2», este postat contractul de finanțare.

Autoritatea contractantă menționează că aceste penalități vor fi percepute doar pentru acele acțiuni/inacțiuni ale executantului care conduc/au condus/pot conduce la decalarea termenului de execuție al contractului și sunt din culpa antreprenorului (de ex. vicii de proiectare, vicii de execuție, proasta organizare a șantierului, proasta aprovizionare a șantierului, personal insuficient pe faze de lucru etc)."

La întrebarea: "Întrucât în cadrul propunerii tehnice toți ofertanții trebuie să depună un grafic de execuție și pentru ca aceștia să aibă aceeași dată de începere a lucrărilor, vă rugăm să precizați dacă data de 14.06.2013 (calculată ca fiind 120 de zile după data depunerii ofertelor + 10 zile pentru constituirea garanției) poate fi considerată ca data de start pentru toți ofertanții. De

asemenea, vă rugăm să confirmați că durata de proiectare și execuție a lucrărilor va fi cea din graficul de execuție, indiferent de data semnării contractului", autoritatea a răspuns:

"Graficul de execuție al lucrării, incluzând atât partea de proiectare, cât și cea de execuție, va fi întocmit, în prima fază, pe număr de luni (luna 1, luna 2 ... luna 31). Durata totală de execuție a investiției este în acest moment de 31 luni; această durată se defalcă în durata de proiectare - 2 luni și durata de execuție a lucrării - 29 luni. După cum a fost subliniat în fișa de date a achiziției, durata contractului de lucrări (proiectare și execuție) ce constituie obiectul prezentei proceduri nu poate depăși termenul de finalizare a contractului de finanțare - 31.07.2015, motiv pentru care, în funcție de termenul de atribuire și semnare a contractului de lucrări, această durată totală de execuție a lucrării poate suferi modificări."

La întrebarea: "Ne referim la răspunsul dumneavoastră nr. 3 din clarificarea nr. 12, întrucât în Contractul de Finanțare sancțiunile suferite de Beneficiar sunt în principal legate de Eligibilitatea cheltuielilor sau sancțiuni ce duc la Rezilierea Contractului și Suspendarea plăților și nu se identifică niciun articol ce face referire directă la penalitățile aplicabile secțiunii proiectare și execuție, vă rugăm să precizați în mod explicit care sunt clauzele din Contractul de Finanțare aplicabile pentru penalități aferente neîndeplinirii indicatorilor secțiunii de proiectare și execuția care fac obiectul contractului încheiat între Beneficiar și Antreprenor și care este limita acestor penalități aplicabile secțiunii proiectare și execuție", autoritatea a răspuns: "A se vedea Anexa IVg din contractul de finanțare, pag. 8, pct. 10 și 11 publicată în SEAP odată cu contractul de finanțare. Anexăm prezentei secțiunea respectivă din Contractul de Finanțare".

La întrebarea:

"Analizând documentele postate în SEAP, au fost constatate o serie de neconcordanțe cu privire la durata totală a contractului, astfel:

- în Fișa de date (pct. II.23 și VI.3) se precizează în mod expres că durata contractului este de 31 luni (din care 2 luni proiectare+29 luni execuție);

- în proiectul de contract, la art. 6 nu se mai precizează în mod expres durata totală a contractului de 31 luni;

- în contractul de finanțare se precizează că durata contractului de finanțare este până la data de 31.07.2015.

În răspunsurile la clarificări s-a precizat că durata contractului de proiectare și execuție nu va putea depăși data de 31.07.2015. Prin prezenta vă solicităm să precizați în mod clar și neechivoc, fără a induce în eroare potențialii ofertanți, cum garantează autoritatea contractantă tuturor ofertanților faptul că, începând cu momentul

*semnării contractului de proiectare și execuție, vor avea la dispoziție 31 de luni (proiectare+execuție) pentru finalizarea lucrărilor, având în vedere următoarele:*

*- fiecare ofertant își întocmește propunerea financiară și tehnică raportat la durata de execuție de 31 de luni menționată în Fișa de date și Anunțul de participare;*

*- prevederile art. 205, respectiv 256 ind. 3 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care impun autorității contractante respectarea unor termene imperative cu privire la data semnării contractelor de achiziție publică",*  
autoritatea a răspuns:

*"Durata totală de execuție a investiției este în acest moment de 31 luni; această durată se defalcă în durata de proiectare - 2 luni și durata de execuție a lucrării - 29 luni. După cum a fost subliniat în fișa de date a achiziției durata contractului de lucrări (proiectare+execuție) ce constituie obiectul prezentei proceduri nu poate depăși termenul de finalizare a contractului de finanțare - 31.07.2015, motiv pentru care, în funcție de termenul de atribuire și semnarea a contractului de lucrări această durată totală de execuție a lucrării poate suferi modificări".*

Cu privire la răspunsurile legate de durata contractului, reclamanta arată că, la pct. III.3 - *"Durata contractului sau termenul de finalizare"* din fișa de date se prevăd 31 de luni, începând cu data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor. La pct. II.3) din anunțul de participare se prevăd, de asemenea, 31 luni începând de la data atribuirii contractului. În modelul de contract, la art. 6 - *"Durata contractului"* se precizează:

*6.1. Prezentul contract intră în vigoare după constituirea garanției de bună execuție, nu mai târziu de 10 zile de la data încheierii contractului și are o durată pe toată perioada de finanțare a proiectului, respectiv până la data de 30.07.2015.*

*6.2. Durata serviciilor de proiectare este de 2 luni, iar restul perioadei până la data de 30.07.2015 reprezintă perioada executării lucrărilor.*

Prin răspunsul său de clarificare autoritatea modifică fișa de date a achiziției și anunțul de participare, precizând că, de fapt, contractul nu are o durată bine determinată și că toate lucrările trebuie încheiate până la data încetării contractului de finanțare, respectiv până la data de 31.07.2015.

În opinia contestatoarei, durata unui contract de proiectare și execuție este esențială pentru fiecare operator în pregătirea ofertei. Operatorii trebuie să cunoască cu exactitate câte luni au la dispoziție pentru a își îndeplini obligațiile contractuale, pentru ca, prin raportare la acest număr total de luni să își stabilească graficul de

execuție, pe faze de lucrări, în funcție de care să își dozeze resursele umane și materiale.

Indicând numai o dată ipotetică de finalizare a lucrărilor, autoritatea contractantă modifică un element esențial al procedurii, respectiv durata maximă de îndeplinire a obligațiilor contractuale. În aceste condiții, există riscul ca ofertele să nu poată fi comparate în procedura de evaluare, deoarece unii ofertanți vor lua în calcul la întocmirea ofertelor o durată fixă de 31 de luni (2 luni proiectare și 29 de luni execuție), iar alți ofertanți o durată variabilă (posibil mai redusă decât cele 31 de luni), dar care să nu depășească data de 31.07.2015.

Având în vedere cele menționate se solicită să se dispună anularea răspunsului prin care se modifică durata contractului și obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, prin publicarea în SEAP a unei clarificări, în sensul că durata totală a contractului este fixă, respectiv de 31 de luni, astfel cum s-a menționat inițial în fișa de date.

Cu privire la valoarea maximă a penalităților care pot fi aplicate executantului se afirmă că, în baza art. 12 din modelul de contract, executantul urma să fie penalizat cu o sumă echivalentă cu 0,1% din prețul contractului, pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor. La art. 12.3. se prevede: "*Pentru prejudiciul provocat prin neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor asumate, care depășește valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute, în completare, părțile datorează daune-interese în condițiile dreptului comun*". Nici în contract și nici în documentația de atribuire nu există o definiție a sintagmei "*valoarea maximă a penalităților*" și nici nu este precizată o sumă de bani, respectiv un anumit procent din valoarea contractului care să constituie valoarea maximă a penalităților care poate fi aplicată executantului de către autoritatea contractantă, pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale. Prin răspunsurile oferite, autoritatea are intenția ca penalizările pe care le va aplica să acopere și eventualele penalități pe care le-ar suporta pentru nerespectarea contractului de finanțare (anexa nr. 4G a contractului de finanțare, publicată în SEAP, conține penalizări pentru autoritate în cazul nerespectării prevederilor legale în materia achizițiilor publice).

Încercarea autorității de a penaliza executantul pentru încălcarea de către ea însăși a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice este împotriva normelor de drept (art. 1170 C. civ.), care prevăd că părțile unui contract trebuie să acționeze cu bună credință, atât în perioada negocierii contractului, cât și pe parcursul îndeplinirii obligațiilor contractuale.

Mai mult, prin răspunsul său, autoritatea contractantă modifică documentația de atribuire, încălcând dispozițiile art. 1 și 2 din

Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 171/2012, pe care contestatoarea le citează.

Se solicită Consiliului anularea răspunsului prin care autoritatea a inclus în sfera penalităților contractuale și penalitățile care îi pot fi aplicate în baza contractului de finanțare și obligarea autorității la adoptarea de măsuri de remediere, prin publicarea în SEAP a unei clarificări în care să precizeze care este valoarea maximă a penalităților contractuale.

În punctul său de vedere nr. ...asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 6301/25.02.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că, la 18.01.2013, a primit o solicitare de clarificări cu privire la valoarea maximă a penalităților. Prin răspunsul său nr. 12 a reluat un răspuns anterior: "*valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute de achizitor este direct proporțională cu valoarea maximă a penalităților suportate de către acesta, conform prevederilor contractului de finanțare, pentru neîndeplinirea indicatorilor aferenți secțiunii de proiectare și execuție care face obiectul prezentului contract*". Răspunsul anterior, în care erau explicitate atât durata contractului, cât și limita penalităților prevăzute în documentația de atribuire, a fost postată în SEAP la 20.12.2012.

Prin răspunsul de clarificare nr. 18 autoritatea a reluat răspunsul de clarificare nr. 2 și a explicat durata contractului, cum era specificată în fișa de date a achiziției, precum și limita penalităților. Autoritatea contractantă va aplica penalitățile doar pentru acele acțiuni/inacțiuni ale executantului care conduc/au condus/pot conduce la decalarea termenului de execuție al contractului și sunt din culpa antreprenorului (de ex. vicii de proiectare, vicii de execuție, proasta organizare a șantierului, proasta aprovizionare a șantierului, personal insuficient pe faze de lucru etc) și pentru care autoritatea ar putea primi corecții financiare. Având în vedere faptul că penalitățile sunt condiționate de aplicarea de corecții financiare către autoritatea contractantă, cele invocate de contestatoare nu se susțin.

Una dintre societățile care a solicitat clarificări cu privire la durata contractului și limita penalităților a depus ofertă, ceea ce demonstrează că ultimul răspuns a adus lămuriri și clarificările scontate/așteptate de către operatorul respectiv.

În ceea ce privește acuza de modificare a documentației de atribuire prin răspunsurile la clarificare, se precizează că autoritatea nu a modificat documentația, ci doar i-a adus lămuriri. Răspunsurile au fost clare, iar până la data limită au depus oferte șase operatori economici.

Referitor la adoptarea unor măsuri de remediere de către autoritate, ea a fost imposibilă având în vedere perioada rămasă

între data și ora limită de depunere a ofertelor și data și ora înregistrării contestației ... de aproximativ 2,5 ore.

În ceea ce privește durata contractului, în fișa de date a achiziției se precizează 31 de luni începând cu data atribuirii contractului/emiterii ordinului de începere a lucrărilor, iar la pct. VI.3) – "Alte informații" se aduc lămuriri asupra duratei contractului: termenul de execuție al proiectului tehnic, conform graficului Gantt al cererii de finanțare este de 2 luni; termenul de execuție a lucrărilor, conform graficului Gantt al cererii de finanțare este de aproximativ 29 de luni, dar până la finalizarea contractului de finanțare, respectiv 30.07.2015.

Prin clarificarea nr. 18 autoritatea reia cele specificate în fișa de date, explicând faptul că durata totală de execuție a investiției este, la acest moment, de 31 luni, iar această durată se defalcă în durata de proiectare - 2 luni și durata de execuție a lucrării - 29 luni. Durata contractului nu poate depăși termenul de finalizare a contractului de finanțare 31.07.2015, motiv pentru care, în funcție de termenul de atribuire și semnare a contractului de lucrări, această durată totală de execuție a lucrării poate suferi modificări.

În ceea ce privește acuza că a modificat conținutul documentației de atribuire prin clarificarea nr. 18, ea este nefondată, deoarece autoritatea doar a reluat ceea ce era specificat în fișa de date publicată în SEAP.

După publicarea documentației de atribuire, ... nu a depus nicio solicitare de clarificări la procedură, ci doar o contestație, la 24.01.2013, contestație la care a renunțat după ce autoritatea a luat măsuri de remediere și a decis prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor.

Toate aspectele contestate de ... îi erau cunoscute încă de la momentul publicării documentației. Prin clarificarea nr. 2, autoritatea a explicat în detaliu prevederile art. 12 – "Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor" din modelul contractului de proiectare și execuție.

În conformitate cu art. 256 ind. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, autoritatea consideră nefondată contestația ultimă, motiv pentru care solicită respingerea ei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după deliberare Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 13.12.2012, autoritatea contractantă Municipiul ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru reabilitarea sitului istoric poluat ...din municipiu, estimate valoric la 94.978.508 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP, la 13.12.2012, alături de anunțul de participare. Pe marginea acestei documentații, în urma primirii unor cereri de clarificare din partea



operatorilor economici, autoritatea a publicat în SEAP aproape 20 de răspunsuri de clarificare, între care și "[...] Raspuns\_clarificare\_12.doc", la 22.01.2013, și "[...] Raspuns\_clarificare\_18.doc", la 30.01.2013. Nemulțumită fiind de aceste răspunsuri, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul cauzei de față.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării indirecte a excepției tardivității ei de către autoritatea contractantă (prin trimiterea la art. 256 ind. 2 alin. (2) din ordonanța din finalul punctului de vedere), raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 137 C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția. Astfel fiind, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre actele pe care le reclamă (răspunsurile de clarificare nr. 12 și 18) la 22.01.2013, respectiv la 30.01.2013, când au fost postate de autoritate în SEAP, dată care reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice. Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), ipoteză în care se încadrează și contractul în referință, contestația poate fi depusă în cel mult zece zile, începând cu cea următoare luării la cunoștință de către contestator de actul autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Socotirea termenului de contestare se realizează potrivit art. 3 lit. z) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – *"Termenul exprimat în zile începe 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 avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului [...]"* –, ceea ce înseamnă că, în speță, cele zece zile pentru depunerea în termen a contestației de către ofertantă atât la Consiliu, cât și la autoritate, au expirat la ... față de răspunsul de clarificare nr. 12, și la 11.02.2013, față de răspunsul de clarificare nr. 18 (termenul s-a prelungit până la finele primei zile lucrătoare).

Întrucât contestația ... a fost transmisă atât către Consiliu, cât și către autoritatea contractantă, la 10.02.2013, conform dovezilor de expediere prin curierat existente la dosar, rezultă că ea a fost transmisă în termen, situație în care se respinge ca nefondată excepția tardivității ridicată de autoritatea contractantă. Regula cuprinsă la art. 104 C. proc. civ., conform căreia actele de procedură trimise prin poștă instanțelor se socotesc îndeplinite în termen dacă au fost predate recomandat la oficiul poștal înainte de împlinirea lui, se aplică și procedurii în fața Consiliului, constituind

dreptul comun în materie (art. 297 din ordonanță). Prin analogie, ea se aplică și comunicării către Consiliu și autoritatea contractantă.

... nu atacă documentația de atribuire aferentă procedurii, față de care, într-adevăr, contestația ar fi tardivă, ci răspunsurile furnizate de autoritate la 22.01.2013 și 30.01.2013, după cum menționează expres în prima pagină a acțiunii.

În atari condiții, se respinge ca nefondată excepția tardivității contestației ridicată de Municipiul .....

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul observă că, în modelul de contract, la art. 12, autoritatea a prevăzut *inter alia*:

*12.1 - 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 din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,1% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor. [...]*

*12.4. - Pentru prejudiciul provocat prin neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor asumate, care depășește valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute, în completare, părțile datorează daune-interese în condițiile dreptului comun.*

Văzând aceste clauze, un operator economic interesat de participarea la procedură a solicitat autorității contractante să precizeze care este valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute, solicitare la care autoritatea a răspuns la pct. 3 din adresa de clarificări nr. 12, după cum urmează:

*"Valoarea maxima a penalitatilor ce pot fi percepute de achizitor este direct proporțională cu valoarea penalitatilor suportate de catre acesta conform prevederilor contractului de finantare, pentru neindeplinirea indicatorilor aferenti sectiunii de proiectare si executie care face obiectul prezentului contract. În SEAP, la «clarificari 2» este postat contractul de finantare.*

*Autoritatea contractantă menționează că aceste penalități vor fi percepute doar pentru acele actiuni/inactiuni ale executantului care conduc/au condus/pot conduce la decalarea termenului de execuție al contractului și sunt din culpa antreprenorului (de ex. vicii de proiectare, vicii de execuție, proasta organizare a șantierului, proasta aprovizionare a șantierului, personal insuficient pe faze de lucru etc)."*

Relativ la acest răspuns al autorității, prezintă relevanță, în principal, normele art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, conform cărora "orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire", iar "autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la

*orice clarificare solicitată [...]"*, iar în secundar normele art. 33 alin. (1) din aceeași ordonanță de urgență, potrivit căroră "*autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*".

Din parcurgerea acestui răspuns se constată că autoritatea nu a precizat operatorului economic informația cerută de acesta, limitându-se la a face referire la proporționalitatea directă a valorii cu o altă valoare, care cade exclusiv în sarcina autorității achizitoare, nu a contractanților. Obligația legală a autorității era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care se constată că nu a fost respectată de aceasta în privința indicării valorii maxime a penalităților, răspunsul nefiind în direcția așteptată de toți operatorii interesați, în rândul cărora se situează contestatoarea.

Nicăieri în cuprinsul documentației autoritatea nu a explicat la cât se ridică maximul penalităților pe care le va percepe viitorului contractant, astfel încât toți operatorii să cunoască întinderea răspunderii și obligațiilor patrimoniale pe care și le vor asuma prin clauza impusă de autoritate în modelul de contract. Utilizând expresia "*valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute*", autoritatea era datoare să comunice potențialilor ofertanți, dacă nu din oficiu, măcar la cerere, care este respectiva valoare maximă a penalităților.

Argumentul autorității, precum că în răspunsul de clarificare nr. 12 a reluat un răspuns dat anterior, nu îi profită, ci dimpotrivă, îi agravează situația. Primirea unei noi întrebări pe același subiect relevă faptul că primul răspuns a fost nesatisfăcător, situație în care autoritatea trebuia să manifeste o diligență sporită în a răspunde satisfăcător la întrebarea similară secundă. Mai mult, a existat și o a treia întrebare similară, în care expeditorul atrage atenția autorității că răspunsul din clarificarea nr. 12 nu este lămuritor, motiv pentru care insistă să fie precizată limita penalităților pentru secțiunea de proiectare și execuție. Dar, nici în fișierul "[...] Raspuns\_clarificare\_18.doc", postat la 30.01.2013, autoritatea nu reușește să specifice limita în discuție. Fiind o valoare maximală, nimic nu împiedica autoritatea să o comunice, fie procentual, fie în quantum fix. Respectiva valoare nu poate fi oricât și trebuie cunoscută mai ales de partea care riscă să le plătească.

Legislația în vigoare reglementează posibilitatea părților de a prevedea în contract clauze de plată de penalități pentru fiecare zi de întârziere, în cazul neîndeplinirii până la scadență sau până la un termen convenit a obligațiilor asumate, însă întinderea acestor penalități trebuie specificată clar în contract (determinată sau determinabilă). Mai mult, dacă o penalitate este vădit excesivă față

de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului, instanța de judecată poate reduce cuantumul acesteia, în virtutea art. 1541 alin. (1) lit. b) C. civ.

Din redactarea art. 12 din modelul de contract statornicită de autoritate rezultă că ofertantul contractant poate să nu își execute obligațiile niciodată, în absența identificării limitei maximale a penalităților. Astfel, citind clauza *"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 din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,1% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor"* întrebarea firească este ce se întâmplă dacă antreprenorul amână *sine die* îndeplinirea efectivă a obligațiilor? Poate autoritatea să aștepte la nesfârșit executarea contractului, sub pretextul că va percepe penalități, iar dacă nu, care este pragul peste care nu mai poate aștepta și percepe astfel de penalități? Aceste întrebări nu sunt iluzorii, teoretice sau acauzale, ci au o latură practică și implicații directe în buna execuție a actului juridic bilateral.

La întrebarea întemeiată a operatorului privind valoarea maximă a penalităților autoritatea a furnizat un răspuns evaziv, care nu ajută cu nimic operatorii interesați, nefiindu-le indicată niciun fel de valoare. Simpla trimiterea la penalitățile ce cad în sarcina autorității nu este nici ea suficientă, deoarece rămâne în continuare o necunoscută valoarea maximală a penalităților imputabile contractantului. În plus, există o fractură logică în explicația dată de autoritate, întrucât anexa nr. IVg la contractul de finanțare (Ghid pentru determinarea corecțiilor financiare care trebuie făcute cheltuielii cofinanțate din fondurile structurale sau din fondul de coeziune, pentru neconformarea cu regulile achiziției publice) tratează anumite corecții recomandate fixe de până la 100% din valoarea contractului, ce nu depind de curgerea unui interval de timp, în vreme ce penalitățile de la art. 12 din modelul de contract conceput de autoritate sunt dependente de fiecare zi de întârziere în îndeplinirea obligațiilor contractuale. Cu alte cuvinte, nu se poate aplica o penalitate în limita corecțiilor din anexa nr. IVg în absența curgerii unei perioade de timp corespunzătoare. Eschivarea autorității în a indica o valoare certă a maximului de penalități întărește convingerea Consiliului că nici măcar ea însăși nu o cunoaște.

Astfel fiind, nici primul și nici cel de al doilea răspuns nu corespund exigențelor art. 78 alin. (2) din ordonanță, nefiind suficiente pentru a răspunde întrebărilor justificate adresate de operatorii economici. Totodată, autoritatea a adus atingere și principiului transparenței procedurii, instituit prin art. 2 alin. (2) din ordonanța privind achizițiile publice, deși art. 17 îi impunea să

respecte principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire. În lipsa tuturor informațiilor relevante rezultă o înțelegere diferită a ofertanților asupra nivelului ce va fi perceput.

Potrivit art. 33 alin. (1) din ordonanță, autoritatea contractantă avea obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. În cazul de față, documentația nu este în măsură să permită o informare completă a operatorilor în privința valorii maxime a penalităților (dovadă fiind chiar existența celor două solicitări de clarificare pe această temă, alături de contestația ...).

Curtea Europeană de Justiție a precizat domeniul de aplicare al obligației de transparență în Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rep., p. I-10745, punctele 61 și 62), precum și în Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rep., p. I-8585, punctul 111). Potrivit instanței comunitare, această obligație presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în documentația de atribuire. Aceasta trebuie să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel.

În legătură cu cea de a doua problemă sesizată – clarificarea duratei contractului, este de remarcat că, atât în anunțul de participare, cât și fișa de date a achiziției, autoritatea a indicat o durată fixă, de 31 de luni de la data atribuirii contractului. În schimb, în modelul de contract, art. 6, se afirmă că durata contractului este până la 30.07.2015, ceea ce nu corespunde cu informația din actele precitate, situație în care potențialii ofertanți erau îndreptățiți să ceară explicații autorității organizatoare asupra acestei neconcordanțe, ceea ce s-a și întâmplat. În plus, din simpla adunare a lunilor rămase de la momentul deschiderii ofertelor (cu atât mai mult de la momentul finalizării achiziției) până la data de 30.07.2015 se poate constata că, pentru executarea contractului, nu sunt disponibile 31 de luni (durata stabilită în anunț), ci mai puține. Această ipoteză apare reglementată de autoritate prin pct. VI.3) – "Alte informații" din anunțul de participare, unde s-a menționat: "*Termenul de executie al proiectului tehnic, conform graficului Gantt al cererii de finantare, este de 2 luni. Termenul de executie al lucrarilor, conform graficului Gantt al cererii de finantare, este de aproximativ 29 de luni, dar pana la finalizarea contractului de finantare, respectiv 30.07.2015.*"

Din toate aceste prevederi ale documentației licitației se desprinde concluzia că autoritatea a estimat un necesar de 31 de

luni pentru îndeplinirea contractului supus atribuirii, însă fără a se depăși data de 30.07.2015. A fost predeterminat termenul de prestare a serviciilor de elaborare a proiectului tehnic, fixat la 2 luni, iar termenul de execuție a lucrărilor a fost lăsat la aprecierea ofertanților, cu încadrare în perioada rămasă până la 30.07.2015.

Într-adevăr, este judicioasă opinia reclamantei în sensul că durata unui contract de proiectare și execuție este esențială pentru fiecare operator în pregătirea ofertei, respectiv că trebuie să cunoască câte luni are la dispoziție pentru a își îndeplini obligațiile contractuale, iar prin raportare la acest număr total de luni să își stabilească graficul de execuție, pe faze de lucrări, dar exprimarea autorității nu ridică dificultăți în determinarea acestei durate. După cum s-a prevăzut expres, ofertanții au la dispoziție două luni pentru proiectare și un număr de luni pentru execuția lucrării lăsat la aprecierea lor, cu încadrare în data limită de 30.07.2015.

În această direcție, în clarificarea postată în SEAP la 30.01.2013 – "[...] Raspuns\_clarificare\_18.doc" – autoritatea a explicat că: "*Graficul de execuție al lucrării, incluzând atât partea de proiectare cât și cea de execuție, va fi întocmit, în prima fază pe număr de luni (luna 1, luna 2 ... luna 31). Durata totală de execuție a investiției este în acest moment de 31 luni; această durată se defalcă în durata de proiectare – 2 luni și durata de execuție a lucrării – 29 luni. După cum a fost subliniat în fișa de date a achiziției durata contractului de lucrări (proiectare și execuție) ce constituie obiectul prezentei proceduri nu poate depăși termenul de finalizare a contractului de finanțare – 31.07.2015 motiv pentru care, în funcție de termenul de atribuire și semnare a contractului de lucrări această durată totală de execuție a lucrării poate suferi modificări.*" Desigur, era indicat să se precizeze că durata de execuție a lucrării poate suferi modificări în sensul diminuării ei, iar nu al creșterii, dar textul răspunsului, care este reluat și la pct. 7, nu ridică probleme de înțelegere a lui.

Temerea contestatoarei privind riscul că ofertele nu vor putea fi comparate în perioada de evaluare nu este fondată, întrucât compararea lor nu vizează durata propusă pentru execuția contractului (proiectare și lucrare). Autoarea contestației scapă din vedere că, în baza art. 13 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în cazul în care criteriul utilizat este "prețul cel mai scăzut", stabilirea ofertei câștigătoare se realizează numai prin compararea prețurilor prezentate în cadrul ofertelor admisibile, fără să fie cuantificate alte elemente de natură tehnică sau alte avantaje care rezultă din modul de îndeplinire a contractului de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

Este veridică ipoteza prefigurată de contestatoare ca ofertanții să propună o durată a contractului sub plafonul celor 31 de luni și a datei limită de 30.07.2015, dar prin această propunere ei nu aduc

cu nimic atingere clauzelor documentației de atribuire, întrucât autoritatea le-a acordat această libertate. De altminteri, o durată mai scurtă de finalizare a investiției este cu certitudine în avantajul ei și, probabil, și al contractorului, care va beneficia de contravaloarea lucrărilor într-un interval mai scurt (implicit, profitul va fi obținut într-un timp mai scurt), cu posibilitatea relocării resurselor pentru alte investiții.

Prin urmare, acest motiv al contestației (regăsit la pct. 2.1) nu subzistă – obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta, chiar dacă răspunsul nu a fost unul mulțumitor pentru societatea contestatoare.

Față de cele evocate, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite capătul secundar de cerere din contestația ... nr. ... și va decide anularea în întregime a procedurii de atribuire, afectată iremediabil prin încălcarea prescripțiilor legale ce obligau autoritatea să indice operatorilor economici "*valoarea maximă a penalităților ce pot fi percepute*", care face imposibilă continuării acesteia (nu se pot redepune și redeschide alte oferte). În condițiile în care procedura a fost continuată de autoritate prin primirea și deschiderea de oferte nu mai este posibilă remedierea procedurii, prin transmiterea și publicarea unui răspuns de clarificare legal de către autoritatea contractantă, astfel încât la procedură să participe și ....

În privința capătului de cerere de obligare a autorității la adoptarea de măsuri de remediere a procedurii, față de cele reținute și în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță el urmează a fi respins ca rămas fără obiect, nefiind posibilă în acest stadiu o continuare a procedurii prin postarea unor noi clarificări privind valoarea maximă a penalităților.

Pe rol a rămas spre soluționare cererea nr. ..., formulată de Municipiul ..... de îndreptare a erorii materiale privind data de deschidere a ofertelor strecurată în cuprinsul deciziei nr. ... în sensul menționării datei de ... în loc de 04.02.2013, ca dată reală de deschidere a ofertelor.

Analizând această cerere, Consiliul o constată a fi întemeiată, având în vedere că, la momentul redactării deciziei antemenționate, s-a consemnat greșit că data de deschidere a ofertelor este 04.02.2013, în loc de ...

În consecință, în temeiul art. 281 C. proc. civ., va dispune îndreptarea acestei erori materiale, în sensul solicitat de autoritatea petentă.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

...

**MEMBRU,**