



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ... (fostă ...), cu sediul în ..., având adresa de corespondență în Municipiul ..., împotriva răspunsului de la punctul 9.1 din clarificarea nr. 11/01.04.2013, publicată în SEAP sub nr. CN...149, emis de către autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... cu sediul în Municipiul ..., privind atribuirea contractului de achiziție publică, de lucrări, prin „licitație deschisă”, având drept obiect: „Creșterea mobilității transportului public prin reabilitarea traseului tramvaiului 102 cu lucrări vizând calea de rulare, stații cu peroane adaptate persoanelor cu dizabilități, material rulant, elemente de semnalizare și automatizare - etapa I: bucla nord - intersecție Republicii” - Cod CPV 45234120-3, 45231400-9, 45232000-2, 45233000-9, sursa de finanțare: „Fonduri europene - Programul Operațional Regional 2007-2013, Axa prioritară 1, cod SMIS:39250”, s-a solicitat anularea răspunsului contestat și continuarea procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Respinge excepțiile tardivității și lipsei de interes, invocate de autoritatea contractantă față de contestația formulată de

Respinge ca nefondată contestația formulată de ... (fostă ...) în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... formulată de ..., împotriva răspunsului de la punctul 9.1 din clarificarea nr. 11/01.04.2013, publicată în SEAP sub nr. CN...149, emis de către autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, prin „licitație deschisă”, având drept obiect: „Creșterea mobilității transportului public prin reabilitarea traseului tramvaiului 102 cu lucrări vizând calea de rulare, stații cu peroane adaptate persoanelor cu dizabilități, material rulant, elemente de semnalizare și automatizare - etapa I: bucla nord - intersecție Republicii” - Cod CPV 45234120-3, 45231400-9, 45232000-2, 45233000-9, sursa de finanțare: „Fonduri europene - Programul Operațional Regional 2007-2013, Axa prioritară 1, cod SMIS:39250”, s-a solicitat anularea răspunsului contestat și continuarea procedurii de atribuire.

Contestatorul consideră nelegal punctul 9.1 contestat și îl citează integral:

„9.1 [Articolul 12.4 prevede fără echivoc că instrumentul de asigurare solicitat va acoperi riscul pierderii finanțării nerambursabile din cauza întâzierii peste data limită de mai 2015 din culpa exclusivă a executantului lucrărilor.”

„În caz de întâziere majoră a lucrărilor, din culpa exclusivă a executantului, care conduce la pierderea finanțării nerambursabile prin depășirea termenului de mai 2015 sau 2 luni înainte de termenul dat de AMPOR pentru depunerea ultimei cereri de rambursare, suma nerambursabilă din contractul de finanțare va fi suportată integral de executant, în principal, dintr-un instrument de asigurare constituit, la data încheierii contractului de lucrări, în favoarea municipiului ... în valoare de 25,415,797.23 lei, valabil pe toată durata contractului”.

Această prevedere contractuală are în vedere mecanismul finanțărilor europene, pentru care precizăm următoarele:

Proiectul de investiții este finanțat prin Programul Operațional Regional (POR) - Axa 1.1, prin care se alocă sume nerambursabile provenite de la Uniunea Europeană, aferente programării financiare a acesteia pe perioada 2007-2013. Pentru aceste finanțări se aplică regula "n+2", adică suma alocată României, aferentă anului "n" trebuie cheltuită până la finalul anului "n+2". Rezultă că pentru anul 2013 ultima cerere de plată din partea României trebuie transmisă până la finele anului 2015.

Pe cale de consecință, Autoritatea de Management a POR (AMPOR) a impus ca ultima cerere de finanțare pentru proiectele finanțate să nu depășească iulie 2015, după cum reiese din Ghidul Solicitantului "Perioada de implementare a activităților proiectului (perioada cuprinsă între data semnării contractului de finanțare și data finalizării ultimei activități prevăzute în cadrul proiectului), pentru fiecare dintre proiectele pentru care se solicită finanțare în cadrul Axei prioritare 1, domeniul major de intervenție 1.1 al POR, nu depășește data de 31.07.2015".

Având în vedere timpul necesar autorității contractante pentru recepție și transmiterea cererii de plată, rezultă că lucrările trebuie finalizate înainte de mai 2015.

Prin urmare, dacă din culpa sa exclusivă, contractorul întârzie realizarea lucrărilor peste acest termen, municipiul ... nu va mai putea transmite nici o altă cerere de rambursare. Însă cel mai important aspect este ca prin contractul de finanțare se prevede că suma acordată poate fi retrasă integral în cazul nerespectării indicatorilor aprobați ai investiției, incluzând și indicatorii fizici ai acesteia (km de drum, de cale simplă, nr. stâlpi, etc.). Astfel, nu numai că municipalitatea ar fi pusă în imposibilitatea finanțării lucrărilor întârziate, dar ar putea fi în postura de a returna toate sumele deja primite, și asta în condițiile apariției evenimentului asigurat, adică întârzierea executării contractului dincolo de data mai 2015 din culpa exclusivă a executantului.

Menționăm că pentru municipiul ... pe lângă dezavantajele date de pierderea unei finanțări semnificative s-ar adăuga și inconvenițele uriașe ridicate de nefinalizarea lucrărilor pe una din cele mai importante artere de circulație ale localității; de altfel cazuri similare au fost întâlnite în alte localități importante ale țării, cazuri în care locuitorii au trebuit să suporte până la câțiva ani inconvenițele date de imposibilitatea folosirii unor artere de circulație importante.

Astfel, pentru a proteja interesele municipiul ... și al locuitorilor săi împotriva pierderii finanțării europene datorită întârzierii executării contractului dincolo de data mai 2015 din culpa exclusivă a executantului, în temeiul dreptului de regres al autorității contractante împotriva unui asemenea executant culpabil, considerăm că cerința 12.4 alineatul 2 din contract este îndreptățită și se menține.

Referitor la încadrarea în articolele de deviz ale HG 28/2008, vă precizăm că nu există categorii speciale de costuri pentru aceste tip de cheltuieli, costurile primelor de asigurare încadrându-se în categoria cheltuielilor indirecte ale executantului (acolo unde se încadrează de altfel costurile asemănătoare legate de garanția de execuție, de asigurările privind personalul, etc). (vezi Ordinul MLPTL nr. 1568 I 2002).

Nu putem aprecia aserțiunea dvs. privind diminuarea prețurilor oferite pentru articolele de lucrări datorită includerii în ofertă a costurilor cu această primă de asigurare; constatăm că vă antepunem în privința insuficienței bugetului vis-a-vis de cheltuielile cu execuția proiectului. Acest aspect poate fi constatat numai în cazul în care toate ofertele ce ar fi primite în cadrul acestei proceduri ar depăși valoarea estimată.

De asemenea nu putem aprecia afirmația dvs. referitoare la comparația între valoarea primei de asigurare și valoarea capitolului de deviz "cheltuieli diverse și neprevăzute" deoarece între cele două valori nu există nici o relație."

În motivarea contestației, contestatorul invocă dispozițiile art. 78 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic."

Astfel, contestatorul menționează că autoritățile contractante nu trebuie să modifice substanțial documentația inițială, introducând elemente care pot duce la creșterea valorilor ofertelor poate chiar peste valoarea estimată.

În opinia contestatorului, în valoarea estimată nu s-a luat în calcul de către autoritatea contractantă costul unei asigurări de tipul celei menționate prin răspunsul dat la solicitarea de clarificare de la punctul 9.1 din Clarificarea nr. 11/01.04.2013, publicată, în SEAP, sub nr. CN...149, cost care este substanțial. Mai mult decât atât, răspunsurile autorităților contractante trebuie să clarifice, nu să adauge elemente noi esențiale.

Deasemeni, legiuitorul, prin Secțiunea VII din HG nr. 925/2006, definește garanțiile ce pot fi solicitate de către autoritățile contractante și modul în care aceste garanții vor fi prevăzute de către autoritățile contractante, ca fiind garanția de participare la procedură și garanția de bună execuție a contractului. În plus față de acestea, legislația fiscală în vigoare adaugă garanția pentru avans, dacă în baza viitorului contract se va plăti ofertantului câștigător un avans.

Contestatorul afirmă că nicăieri în legislație nu se prevede o garanție de tipul celei solicitate de autoritatea contractantă prin răspunsul său de la punctul 9.1 din Clarificarea 11/01.04.2013. De asemenea, susține că aceste prevederi legale din HG nr. 925/2006 limitează valoarea garanțiilor ce se vor solicita, iar garanția de executare a contractului este limitată la 10% din valoarea contractului. Astfel, prin solicitarea acestei garanții - fie ea și

denumită „asigurare”, autoritatea contractantă a depășit cadrul legal la care este obligată să se raporteze.

Contestatorul solicită Consiliului ca, în același timp, să aibă în vedere că, dacă inițial un posibil ofertant solicita autorității contractante să elimine prevederile art. 12.4 din modelul de contract publicat pe SEAP, prevederi care erau disproporționate, «clarificarea» transmisă de aceasta a fost înlocuirea acelei prevederi cu o alta de același tip, respectiv cu cerința ca viitorul constructor să pună la dispoziția autorității contractante o «asigurare» în valoare de 100% din valoarea viitorului contract, ca aceasta să își poată recupera orice pierdere în cazul în care va considera că din culpa exclusivă a constructorului a pierdut finanțarea, prin neterminarea lucrărilor la un anumit termen.

Din punctul de vedere al contestatorului, noua prevedere ce ar urma să fie parte din contract, în baza acestui răspuns la solicitarea de clarificare este:

„12.4 (2) În caz de întârziere majoră a lucrărilor, din culpa exclusivă a executantului, care conduce la pierderea finanțării nerambursabile prin depășirea termenului de mai 2015 sau 2 luni înainte de termenul dat de AMPOR pentru depunerea ultimei cereri de rambursare, suma nerambursabilă din contractul de finanțare va fi suportată integral de executant, în principal, dintr-un instrument de asigurare constituit, la data încheierii contractului de lucrări, în favoarea municipiului ... în valoare de 25,415,797.23 lei, valabil pe toată durata contractului”.

Contestatorul consideră că o astfel de clauză contractuală poate duce la următoarele abuzuri:

- autoritatea contractantă nu specifică exact cine și în ce mod va determina așa-numita culpă exclusivă a constructorului pentru nefinalizarea la termen a lucrărilor (ca urmare autoritatea contractantă va decide asta și va încasa polița);

- este o cerință vădit disproporționată față de natura și valoarea contractului și duce la eliminarea din competiție a unui număr de ofertanți ce au capacitatea de a executa contractul, dar vor fi descurajați de costurile exagerate și nejustificate ale acestei prevederi.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că prevederea în cauză este și inutilă, autoritatea contractantă având la îndemână suficiente pârghii pentru a se asigura că nu se va depăși acel termen. De exemplu, prin prevederea de la art. 12.4 (1) se specifică:

„Pact comisoriu

(1) În caz de neexecutare, executare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale principale (art. 10) de către executant, precum și al întârzierii în îndeplinirea obligațiilor o perioadă mai mare de 20 zile de la data scadenței, produse din vina executantului,

achizitorul are dreptul de a considera contractul reziliat de plin drept, fără intervenția instanței de judecată. Rezilierea operează de drept după expirarea perioadei de remediere a încălcării contractuale, notificată de către achizitor executantului și numai dacă executantul nu a remediat respectiva încălcare înăuntrul termenului indicat în notificare ori, deși respectiva remediere s-a realizat, aceasta nu mai poate asigura îndeplinirea obiectului contractului ori respectarea de către Municipiul ... a contractului de finanțare”.

Astfel, se observă că autoritatea contractantă, prin contract poate, dacă apreciază că există riscul nefinalizării lucrărilor (inclusiv prin depășirea cu numai 20 de zile a unui termen intermediar din graficul de execuție), să decidă unilateral denunțarea contractului.

Contestatorul menționează un alt exemplu, respectiv art. 13:

„Garanția de bună execuție a contractului

13.1 - (1) Executantul se obligă să constituie garanția de bună execuție a contractului în cuantum de 10% din valoarea, fără TVA, a contractului, pentru perioada de derulare a contractului.

(2) Garanția de bună execuție se constituie de către executant în scopul asigurării achizitorului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului.”

Având în vedere că autoritatea contractantă, în punctul de vedere nr. 6576/17.04.2013, înregistrat la CNSC sub nr. 12829/18.04.2013, invocă excepția *„tardivității contestației”* și excepția *„lipsei de interes”*, Consiliul, pentru respectarea principiului contradictorialității, a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 7549/.../... opinia cu privire la aceste excepții.

Prin adresa nr. 57/22.04.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 13125/22.04.2013, ... susține că nu a primit punctul de vedere emis de autoritatea contractantă sub nr. 6576/17.04.2013.

Pentru soluționarea cu celeritate a contestației, Consiliul, prin adresa nr. 76.../... a solicitat autorității contractante să transmită dovada comunicării punctului de vedere către contestator, așa cum prevăd dispozițiile art. 274 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv: *„Autoritatea contractantă va notifica punctul de vedere și contestatorului/ contestatorilor, în același termen prevăzut la alin. (1)”*. Autoritatea contractantă a transmis dovada solicitată, prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 13210/22.04.2013.

Prin adresa nr. 59/22.04.2013, înregistrată la CNSC cu nr. 13280/ 23.04.2013, contestatorul răspunde la excepțiile invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

... solicită Consiliului să constate că nu se poate reține tardivitatea contestației, deoarece obiectul acesteia privește numai răspunsul dat de autoritatea contractantă la o solicitare de clarificare, răspuns referitor la conținutul articolului 12.4 din draft-ul de contract

propus și care a fost dat de aceasta la punctul 9.1 din Clarificarea nr. 9/01.04.2013.

Contestatorul precizează că în conformitate cu art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, poate contesta acest act al autorității contractante în decurs de 10 zile de la data cunoașterii lui. Contestația a fost depusă în data de ... fiind înregistrată la CNSC sub numărul 11588, deci cu respectarea termenului limită cerut de legea în vigoare. Ca urmare, nu se poate reține excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă și nu poate fi respinsă ca tardivă contestația în cauză.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă a depus punctul de vedere în data de 18.04.2013 sub numărul 12669, la opt zile de la data la care a luat cunoștință despre contestație, fiind depășit termenul de 3 zile lucrătoare de la data comunicării contestației, termen prevăzut de art. 274 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. De altfel, autoritatea contractantă a încălcat și dispozițiile alin. (2) ale aceluiași articol.

Față de cele invocate de autoritatea contractantă referitoare la faptul că noul conținut al clauzei 12.4 din draft-ul de contract era publicat în clarificarea din data de 07.03.2013, contestatorul precizează că nu a contestat răspunsul din 07.03.2013, care avea într-adevar același subiect, ci răspunsul dat în 01.04.2013. Atât răspunsul autorității contractante din data de 07.03.2013, cât și cel din 01.04.2013 priveau clauza 12.4 din formularul de contract publicat pe SEAP de autoritatea contractantă și într-adevar, atât în clarificarea sa din 07.03.2013, ca și în cea din 01.04.2013, s-a modificat complet această clauză din formularul de contract. Textul ei inițial, așa cum a fost publicat o dată cu documentația pe SEAP, fiind:

„12.4 - Pact comisoriu

(1) În caz de neexecutare, executare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale principale (art. 10) de către executant, precum și al întâzierii în îndeplinirea obligațiilor o perioadă mai mare de 20 zile de la data scadenței, achizitorul are dreptul de a considera contractul reziliat de plin drept, fără intervenția instanței de judecată. Rezilierea operează de drept după expirarea perioadei de remediere a încălcării contractuale, notificată de către achizitor executantului și numai dacă executantul nu a remediat respectiva încălcare înăuntrul termenului indicat în notificare ori, deși respectiva remediere s-a realizat, aceasta nu mai poate asigura îndeplinirea obiectului contractului ori respectarea de către Municipiul ... a contractului de finanțare.

(2) Intră în categoria executării necorespunzătoare a contractului și situația declarării ca neeligibile de către AMPOR/OI a cheltuielilor realizate în cadrul contractului de lucrări, din vina

executantului, caz în care produce efecte pactul comisoriu conform alin. (1).

În situația declarării ca neeligibile de către AMPOR/OI a cheltuielilor realizate în cadrul contractului de lucrări, din vina executantului, achizitorul are dreptul la acoperirea integrală a prejudiciului creat, inclusiv prin executarea garanției de bună execuție și a poliței de asigurare constituită conform art. 20. Dacă garanția de bună execuție și polița de asigurare nu sunt îndeștătoare pentru acoperirea integrală a prejudiciului, achizitorul va proceda conform art. 26.

(3) În cazurile de neexecutare, executare necorespunzătoare ori întârziere în îndeplinirea obligațiilor o perioadă mai mare de 20 de zile, executantul datorează daune compensatorii, care se determină astfel:

- pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, executantul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20% din prețul total, fără TVA, al contractului;

- în cazul în care executarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 15% din valoarea lucrărilor neexecutate la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția lucrărilor neexecutate, executantul datorează achizitorului daune compensatorii în cuantum de 10% din prețul total, fără TVA, al contractului;

- în cazul în care executarea este parțială și, totodată, necorespunzătoare, executantul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 15% din valoarea totală, fără TVA, a contractului, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea.", iar modificarea esențială adusă în 07.03.2013 ca și în 01.04.2013 era că s-a reformulat aliniatul al II-lea astfel:

„În caz de întârziere majoră a lucrărilor, din culpa exclusivă a executantului, care conduce la pierderea finanțării nerambursabile prin depășirea termenului de mai 2015 sau 2 luni înainte de termenul dat de AMPOR pentru depunerea ultimei cereri de rambursare, suma nerambursabilă din contractul de finanțare va fi suportată integral de executant, în principal, dintr-un instrument de asigurare constituit la data încheierii contractului de lucrări, în favoarea municipiului ... în valoare de 44,180,042.44 lei, valabil pe toată durata contractului.”

Contestatorul susține că prin această modificare a formularului de contract, modificare operată de autoritatea contractantă printr-o clarificare, s-a introdus ca și cerință pentru viitorii constructori,

obligația de a garanta cu o poliță încheiată de constructor la data semnării contractului pentru întreaga valoare de contract.

Deci, deși inițial clauza prevedea ca în cazul în care, din vina constructorului, nu se finalizează proiectul nici la data limită - mai 2015, autoritatea contractantă riscând ca proiectul să fie declarat neeligibil, autoritatea contractantă avea dreptul să își recupereze integral prejudiciul executând garanția de bună execuție și polița RCA a constructorului și, în măsura în care nu sunt suficiente, și prin alte mijloace. Ulterior, printr-un răspuns la o cerere de clarificare, autoritatea contractantă a introdus o cerință nouă, respectiv această poliță de valoare egală cu a contractului („*un instrument de asigurare constituit, la data încheierii contractului de lucrări, în favoarea municipiului ... în valoare de 44,180,042.44 lei, valabil pe toată durata contractului*”), pe care să o poată încasa dacă constructorul este în mod exclusiv vinovat de depășirea aceluși termen. În plus, contractul, așa cum este propus de autoritatea contractantă, nu prevede cum și cine va stabili culpa exclusivă a constructorului. Mai mult decât atât, se poate observa la alin. (1) al aceleiași clauze 12.4 că autoritatea contractantă poate denunța unilateral contractul dacă există o întârziere de 20 de zile în executarea obligațiilor constructorului. Deci, autoritatea contractantă are un instrument foarte sigur și eficient în a preîntâmpina riscul major al depășirii datei limită, mai 2014, ținând cont că durata de execuție a lucrărilor este de 12 luni.

Astfel, o depășire a termenului mai 2015, nu va fi în nici un caz din culpa exclusivă a constructorului, ci și din cea a autorității contractante care nu a urmărit evoluția lucrărilor și nu a aplicat prevederea de la clauza 12.4 alin. 1 în timp util, astfel ca lucrările să se poată executa - chiar și de către un alt constructor, dacă e cazul - până în mai 2015.

Contestatorul precizează că nu a contestat și clarificarea dată de autoritatea contractantă în data de 07.03.2013 pe aceeași temă. Deoarece, așa cum autoritatea contractantă a înțeles să modifice unele prevederi/cerințe eronate în urma cererilor de clarificări trimise de cei interesați, contestatorul a sperat că se va întâmpla la fel și cu această prevedere abuzivă și că în urma celei de a II-a clarificări, va reveni asupra acestei cerințe și nu va fi necesară depunerea contestației. Însă, autoritatea contractantă, nu a înțeles să retragă acea clauză, ci a reiterat-o. Astfel, contestatorul a considerat absolut necesar să o conteste.

În concluzie, ... consideră că nu este tardiv introdusă contestația, ea având ca obiect clarificarea din data de 01.04.2013.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes, contestatorul menționează că unul dintre principiile de drept cu aplicare în special în materia achizițiilor publice este acela că trebuie să primeze

interesul public. În cazul de față, interesul public este să câștige licitația cel ce depune cea mai bună ofertă - analizând-o prin prisma cerințelor din documentația publicată în SEAP și a cerințelor legale - și după atribuire, câștigătorul și autoritatea contractantă să poată derula în bune condiții proiectul ce face obiectul contractului. Ori, în situația în care această clauză ar rămâne să facă parte din viitorul contract, părțile se vor confrunta cu imposibilitatea aplicării ei, având în vedere că acel tip de asigurare solicitat nu există pe piața asigurărilor din România.

Contestatorul precizează că, în acest sens, are un răspuns de la brokerul său de asigurare, care a interogat societățile de asigurare, atașând răspunsul acestora.

Contestatorul susține că interesul său este evident și pregătește oferta pentru acest proiect. Ca urmare, este direct interesată de orice aspect al documentației de atribuire, orice element al viitorului proiect. Contestatorul afirmă că a dorit ca, prin contestație, să atragă atenția autorității contractante, care poate a introdus acest instrument de asigurare ca și cerință în contract numai dintr-o eroare, să dea posibilitatea corectării erorii, ceea ce se poate face prin eliminarea din formularul de contract a acestei cerințe, moment în care își va retrage contestația.

În vederea soluționării contestației în cauză, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 6907/.../... transmiterea dosarului achiziției publice, în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 din OUG nr. 34/2006, precum și punctul de vedere cu privire la aceasta, potrivit dispozițiilor art. 274 alin. (1) din același act normativ.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 12829/18.04.2013, autoritatea contractantă transmite documentele solicitate și punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că pentru încheierea contractului de lucrări, a inițiat, cu respectarea prevederilor art. 20 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, procedura de licitație deschisă. Anunțul de participare și documentația de atribuire au fost publicate în SEAP cu nr. ... și în JOUE cu nr..... Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită în 16.04.2013, ora 10⁰⁰, iar ședința de deschidere în aceeași zi, la ora 12⁰⁰. Termenele limită anterior, menționate au fost decalate prin Anunțul de tip erată nr. 33680/28.03.2013, în data de 07.05.2013 (depunere - ora 10⁰⁰, deschidere - ora 12⁰⁰) și prin Anunțul de tip erată nr. 34681/13.04.2013, în data de 13.05.2013 (depunere - ora 10⁰⁰, deschidere - ora 12⁰⁰), ca urmare a volumului mare al clarificărilor/modificărilor/completărilor postate în SEAP de autoritatea contractantă și care conduc la un volum mare de lucru pentru

elaborarea ofertelor și pregătirea documentației de atribuire, precum și a solicitărilor transmise în acest sens de un operator economic.

Autoritatea contractantă menționează că, la data transmiterii prezentei, procedura de achiziție publică nu a fost suspendată.

Față de susținerile din punctul de vedere, precum și de înscrisurile transmise în dovedire, în temeiul dispozițiilor art. 278 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, MUNICIPIUL ... solicită Consiliului respingerea contestației depuse de ... pentru următoarele considerente:

I. Contestația este tardivă

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că, între motivele de fapt și de drept invocate de ... în cuprinsul contestației și concluzia finală adresată Consiliului, este o contradicție.

Astfel, în motivarea contestației, operatorul economic aduce critici exclusiv conținutului clauzei 12.4 alin. (2) din contract, așa cum a fost stabilit prin clarificarea nr. 1/07.03.2013, postată în SEAP sub nr. CN...044 în data de 07.03.2013, iar în final solicită CNSC să anuleze răspunsul dat la punctul 9.1 din Clarificarea nr. 11/01.04.2013, postată în SEAP cu nr. CN...149 (în data de 01.04.2013), răspuns cu privire la care, cu excepția invocării numărului și al citării textului publicat, nu face nicio referire.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, deși obiectul contestației îl reprezintă conținutul art. 12.4 alin. (2) din contract, stabilit prin răspunsul postat în SEAP în data de 07.03.2013, concluzia ... este de anulare a unui răspuns publicat în data de 01.04.2013.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă menționează că:

- operatorul economic invocă art. 78 alin. (1) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, afirmând că, prin raportare la acest text de lege, autoritatea contractantă nu trebuie să modifice substanțial documentația inițială, introducând elemente care pot duce la creșterea valorilor ofertelor poate chiar peste valoarea estimată, dar prin punctul 9.1 din Clarificarea nr. 11/01.04.2013, postată în SEAP cu nr. CN...149 în data de 01.04.2013, nu s-a adus nicio modificare documentației inițiale.

- contestatorul susține că *„...prin solicitarea acestei garanții - fie ea și denumită «asigurare», autoritatea contractantă a depășit cadrul legal la care este obligată să se raporteze”*. Prin punctul 9.1 din Clarificarea nr. 11/01.04.2013, postată în SEAP cu nr. CN...149 în data de 01.04.2013, autoritatea contractantă nu a solicitat nicio garanție sau asigurare;

- ... critică, în mod explicit, noul conținut al art. 12.4 alin. (2) din contractul de lucrări. Prin punctul 9.1 din Clarificarea nr. 11/01.04.2013, postată în SEAP cu nr. CN...149 în data de

01.04.2013, autoritatea contractantă nu a modificat conținutul inițial al art. 12.4 alin. (2) din contract;

- contestatorul invocă inutilitatea acestei clauze, prin raportare la alte prevederi contractuale.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, prin punctul 9.1 din Clarificarea nr. 11/01.04.2013, postată în SEAP cu nr. CN...149 în data de 01.04.2013, a cărui anulare se solicită, s-a transmis un răspuns la solicitarea de clarificări a unui operator economic, justificând conținutul clauzei 12.4 alin. (2) stabilit prin clarificarea nr. CN... 044 publicată în data de 07.03.2013, fără să modifice/completeze Formularul de contract.

În acest context și constatând că termenul de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre un act al autorității contractante considerat nelegal care, în speță, în mod evident, îl reprezintă răspunsul prin care conținutul inițial al art.12.4 alin. (2) din Formularul de contract a fost eliminat și înlocuit, respectiv documentul intitulat „clarificare 1”, postat în SEAP sub nr. CN...044 în data de 07.03.2013, a fost cu mult depășit, MUNICIPIUL ... solicită Consiliului ca, în temeiul dispozițiilor art. 271 coroborat cu art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, să decidă respingerea contestației depuse de ... ca tardivă.

II. În situația în care se consideră că termenul legal de depunere a contestației a fost respectat, autoritatea contractantă solicită Consiliului să se pronunțe asupra excepției lipsei de interes, în sensul admiterii acesteia, având în vedere următoarele:

- procedural, concluziile oricărei acțiuni, căi de atac, contestații se întemeiază pe motivele de fapt și de drept, precum și pe probele invocate de cel ce face un astfel de demers;

- în cauza de față, motivele de fapt și de drept se refera la clauza 12.4 alin. (2) din Formularul de contract, al cărui conținut a fost eliminat și înlocuit prin adresa nr. CN...044 din data de 07.03.2013, iar concluzia este de anulare a răspunsului de la punctul 9.1 din clarificarea nr. CN...149 din data de 01.04.2013 care nu conține decât explicații cu privire la cea dintâi adresă.

Așa fiind, în ipoteza în care decizia Consiliului va fi de admitere a contestației și de anulare a punctului 9.1 din clarificarea nr. CN... 149 din data de 01.04.2013, conform solicitării ..., autoritatea contractantă consideră că aceasta nu va conduce la eliminarea clauzei 12.4 alin. (2) din Formularul de contract, ci doar la anularea explicațiilor date în legătură cu conținutul acestui articol.

Din punctul de vedere al autorității contractante, în această situație, contestația având ca soluție finală, favorabilă operatorului economic, anularea altui răspuns decât cel invocat și criticat în motivele de contestație, apare ca fiind lipsită de interes.

III. Autoritatea contractantă consideră contestația nefondată deoarece:

1. Prin mențiunile de la punctul 9.1 din adresa nr. 11/01.04.2013, postată în SEAP cu nr. CN...149, s-a răspuns solicitării de clarificări adresate de un operator economic, fără a aduce vreo modificare a clauzelor contractului de lucrări, fapt care rezultă din textul citat de

Autoritatea contractantă precizează că a răspuns la toate clarificările ce au avut ca obiect prevederile art. 12.4 (2) din contractul de lucrări, parte din documentația de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 78 din OUG nr. 34/2006 invocate de contestator în demonstrarea temeiniciei cererii sale, dar, care în opinia sa nu are nicio legătură cu situația de fapt.

MUNICIPIUL ... consideră că după enumerarea alineatelor (1) și (2) ale art. 78 din OUG nr. 34/2006, contestatorul a adăugat la lege o obligație presupusă a autorității contractante, care este falsă și pleacă de la o ipoteză falsă, și anume *„este cert că în valoarea estimată nu s-a luat în calcul de către autoritatea contractantă costul unei asigurări de tipul celei menționate ... și iar acest cost este categoric unul substanțial”*.

Autoritatea contractantă învederează Consiliul că, în estimarea de costuri realizată la nivelul proiectului tehnic, a fost inclus costul acestei asigurări, alocându-se maximul prevăzut de diversele standarde de cost pentru cheltuielile indirecte, și anume 10% din valoarea cheltuielilor directe.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, în conformitate cu prevederile Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, indicativ P 91/1-02, costurile cu asigurările sunt incluse în categoria cheltuielilor indirecte. Prin urmare, contestatorul încearcă să inducă în eroare, prin sprijinirea argumentației de temeinicie de la primul punct, pe o ipoteză falsă.

Autoritatea contractantă recunoaște că prevederile inițiale ale art.12.4 alin. (2) din Formularul de contract au fost eliminate ca urmare a unei solicitări transmise în acest sens de un operator economic și au fost înlocuite cu textul criticat de contestator, dar această modificare s-a realizat în primul răspuns postat în SEAP, sub nr. CN...044 din data de 07.03.2013.

Autoritatea contractantă consideră că, procedând astfel, nu a încălcat prevederile legislației aplicabile în materia achizițiilor publice întrucât:

- nu există o interdicție legală în acest sens;
- nu există cerințe/condiții suplimentare pentru operarea unei astfel de modificări a căror nerespectare să poată fi imputată autorității contractante.

Autoritatea contractantă afirmă că, prin noul conținut al clauzei 12.4 alin. (2), a identificat, într-o manieră clară, unul dintre riscurile care s-ar putea ivi în legătură cu lucrările executate și pentru care, în sarcina ofertantului declarat câștigător, era deja stabilită obligația de a încheia o asigurare, conform art. 20.1 din Formularul de contract (clauză prevăzută încă de la data publicării anunțului de participare și a documentației de atribuire în SEAP). Cu alte cuvinte, prin art.12.4 alin. (2), nu s-a făcut altceva decât să se nominalizeze cel mai mare risc avut în vedere în derularea contractului, dintre cele prevăzute cu caracter general la art.20.1 și să clarifice care este condiția de declarare a cheltuielilor ca neeligibile din vina executantului, și anume: (i) „depășirea termenului de mai 2015” și (ii) care este valoarea maximă care trebuie acoperită de către această asigurare, și anume: 44.180.042,44 lei; totodată, susține că, conținutul clauzei 20.1 este prevăzut și în Formularul de contract de lucrări recomandat de ANRMAP.

Autoritatea contractantă susține că, pe de altă parte, riscul asociat proiectului de a pierde finanțarea nerambursabilă, este evident și cert, așa cum s-a specificat în clarificarea 11 din 01.04.2013. Acest risc este cunoscut de către orice entitate care este implicată în implementarea de proiecte cu finanțare nerambursabilă, finanțare aferentă perioadei de programare 2007-2013. Prin urmare, acest risc trebuia oricum luat în considerare în constituirea asigurării indicată la art. 20 din contract.

Autoritatea contractantă afirmă că nu a susținut niciodată că ofertantul câștigător, adică executantul lucrărilor nu poate încheia o singură asigurare. În opinia sa, orice ofertant câștigător poate încheia o singură asigurare care, în raport cu acoperirea riscurilor descrise la art. 20, să menționeze în clar riscul prevăzut la art. 12.4 alin. 2 revizuit din contract.

Referitor la susținerea contestatorului în ceea ce privește insuficiența bugetului, autoritatea contractantă precizează că evaluatorii independenți angajați de către AM-POR în evaluarea proiectului au constatat suficiența bugetului, susținând contrariul, că bugetul ar putea fi ușor supraevaluat.

În ceea ce privește asimilarea asigurării solicitate de către contestator, în categoria garanțiilor prevăzute de legislația de achiziții publice, autoritatea contractantă invocă prevederile HG nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă precizează că legislația nu prevede. Într-adevăr, o garanție de acest tip, dar prin art.12.4 alin. (2) nu este solicitată o garanție suplimentară ci, așa cum s-a arătat anterior, o detaliere privind asigurarea municipiului ... împotriva celui mai important risc pe care îl are în execuția acestui contract.

În opinia autorității contractante, contestatorul asimilează, în mod eronat, asigurarea riscului de pierdere a finanțării cu o garanție de tipul celor descrise de către legislația națională de achiziții publice.

Autoritatea contractantă menționează că, în aceste contracte de tip FIDIC, asimilate deja în legislația națională pentru execuția lucrărilor pentru tipuri de proiecte finanțate prin POS Transporturi și POS Mediu, garanția de bună execuție (clauza 4.2 din condițiile generale ale contractului de lucrări) este diferită de asigurarea de 100-110% din valoarea lucrării care trebuie încheiată de către executant și menținută până la recepția lucrărilor (conform clauzei 18.2 din condițiile generale ale contractului de lucrări). Condițiile generale și condițiile specifice pentru contractele tip FIDIC pentru execuția de lucrări în cadrul proiectelor POS Transporturi și POS Mediu sunt transpuse în legislația națională prin HG nr. 1405/2010, Ordinul ANRMAP nr. 138/2012, Ordinul ANRMAPnr. 335/2012.

Autoritatea contractantă susține că, în actele legislative mai sus menționate, legiuitorul nu a considerat, precum contestatorul, că o asigurare pe întreaga valoare a lucrărilor este asimilabilă garanției de bună execuție, ci a făcut deosebire între cele două, fiindu-le rezervate două clauze distincte în condițiile generale de contract (clauza 4.2, respectiv clauza 18.2).

Cu privire la „*minusurile grave ale unei astfel de clauze contractuale*”, invocate de contestator, autoritatea contractantă le consideră lipsite de orice temei de fapt și de drept, întrucât:

Asigurarea verificării execuției corecte a lucrării se va realiza, conform prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, prin dirigintele de specialitate care va urmări ca executantul cărui a fost atribuit contractul de lucrări să își îndeplinească toate responsabilitățile asumate prin contract, respectarea prevederilor legale, a reglementărilor tehnice, a caietului de sarcini și proiectului. Aceasta înseamnă că dirigintele de șantier urmărește executarea corespunzătoare a contractului nu numai din punctul de vedere al conformității și calității lucrărilor, ci și al respectării termenelor de execuție. În plus, executantul are posibilitatea, conform clauzelor contractuale, inclusiv a celor sancționatorii prevăzute în favoarea sa, să notifice beneficiarul dacă acțiunile sau inacțiunile acestuia sunt de natură să împiedice finalizarea lucrărilor în termenul convenit, să perceapă penalități de întârziere sau chiar să invoce pactul comisoriu dacă constată că se află în imposibilitatea executării contractului din vina achizitorului. Cu alte cuvinte, pe parcursul derulării contractului, executantul are posibilitatea de a se apăra, demonstrând lipsa culpei proprii, sau de a invoca și dovedi culpa achizitorului.

Autoritatea contractantă menționează că documentele emise de părțile/persoanele implicate în derularea contractului, achizitor, executant, proiectant, diriginte de șantier, precum și actele emise de

ADR urmare vizitelor efectuate în teren, reprezintă înscrisuri ale căror informații coroborate vor reflecta situația de fapt, reală și vor sta la baza stabilirii culpei vreuneia dintre părți, dacă este cazul.

Cât privește posibilitatea invocată de contestator că *„autoritatea contractantă să stabilească, în mod unilateral, culpa exclusivă a executantului și, pe cale de consecință, să încaseze polița”*, MUNICIPIUL ... consideră că o asemenea afirmație se datorează necunoașterii procedurii de lucru a unei societăți de asigurare, fiind absurd să se ia în considerare afirmația că un asigurator va plăti o sumă maxima de 25 milioane lei la prima cerere a beneficiarului poliței. În realitate, orice cerere de plată a unei polițe este analizată de către experții asiguratorului, care evaluează atât condițiile de activare a poliței, cât și quantumul sumei de plată, dacă este cazul.

Autoritatea contractantă consideră că afirmația contestatorului precum că cerința contractuală este *„vădit disproporționată față de natura și valoarea contractului și duce la eliminarea din competiție a unui număr de ofertanți ce au capacitatea de a executa contractul, dar vor fi descurajați de costurile exagerate și nejustificate ale acestei prevederi”*, are menirea de a induce în eroare Consiliul.

Referitor la afirmația privind lipsa de proporționalitate față de natura și valoarea contractului, autoritatea contractantă o consideră falsă, deoarece nu s-a solicitat o asigurare pe o valoare de 200%, 300% sau 500% din valoarea contractului. Suma asigurată este aceeași cu valoarea estimată a contractului. În plus, în contrariu cu cele afirmate de contestator, exact natura contractului este cea care justifică o asemenea clauză asiguratorie. Pierderea finanțării nerambursabile din vina exclusivă a executantului va duce la neajunsuri majore pentru Municipiul ... și locuitorii săi.

Autoritatea contractantă menționează că toți operatorii economici ce doresc să participe la competiție trebuie să aibă în vedere aceleași costuri indirecte privind asigurările. Nu vor fi descurajați decât acei ofertanți care nu au siguranța că pot executa lucrarea în termenul stabilit, fără să depășească termenul de mai 2015 din vina lor exclusivă. În opinia sa, este evident că unui asemenea executant culpabil, asiguratorul ar putea să-i solicite rambursarea sumei plătite beneficiarului poliței în cazul producerii evenimentului.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu înțelege de ce ofertanții ar putea fi descurajați, în timp ce numai ofertantul câștigător va încheia polița de asigurare, iar costurile acesteia vor fi incluse în cheltuielile indirecte ce vor fi plătite din bugetul proiectului:
Valoarea ofertei = Valoarea costuri directe + Valoarea costuri indirecte + Valoare profit

Autoritatea contractantă precizează că, în raport cu proiectul său, cheltuielile cu această asigurare vor fi în integralitate decontate

din bugetul proiectului, în măsura în care ofertanții își includ aceste costuri în categoria cheltuielilor indirecte. Din punctul de vedere al autorității contractante, asigurarea solicitată este un „*produs*” necesar pentru realizarea proiectului; modul în care fiecare dintre ofertanți își negociază prețul achiziționării acestui produs ține de capacitatea comercială a fiecăruia dintre ei, la fel cum negociază prețul celorlalte produse și materiale ce vor fi folosite în cadrul proiectului. Este interesul ofertanților să obțină de la furnizori prețuri cât mai mici, în cazul de față, de la furnizorul de servicii de asigurare. Astfel, prin analogie, autoritatea contractantă susține că orice operator economic ar putea contesta pe motiv că „*are capacitatea de a executa lucrarea dar este descurajat de faptul că trebuie să achiziționeze materialele sau produsele necesare execuției*”.

Față de precizările anterioare, MUNICIPIUL ... consideră că și acest motiv de contestație este neîntemeiat.

Contrar susținerii contestatorului, autoritatea contractantă afirmă că scopul garanției de bună execuție, precum și al clauzelor de reziliere, nu este același cu cel al asigurării solicitate, după cum urmează:

a) Așa cum s-a arătat anterior, legiuitorul face diferența între garanția de bună execuție și asigurare. Asigurarea solicitată permite ca, în cazul unui contractor culpabil, să acopere bugetul necesar finalizării lucrărilor, prin compensarea sumelor nerambursabile ce le va pierde.

b) Pactul comisoriu de la art. 12.4 alin. 1 arată în ce condiții autoritatea contractantă poate rezilia contractul.

MUNICIPIUL ... consideră că, printr-o afirmație falsă, contestatorul induce ideea controlului absolut al autorității contractante asupra desfășurării contractului, dar evită exact situația probabilă a unui contractor culpabil care va respecta graficul de execuție până la jumătatea contractului, după care va începe să acumuleze întârzieri. Din acel moment, autoritatea contractantă nu va mai avea practic nici o posibilitate să mai finalizeze proiectul dacă va rezilia contractul și va pierde cu siguranță finanțarea nerambursabilă, deoarece nu va mai avea la dispoziție timpul fizic necesar organizării unei noi proceduri de atribuire pentru finalizarea lucrărilor.

Autoritatea contractantă menționează și situația în care lucrările nu pot fi finalizate înainte de termenul limită datorită nu relei-voințe sau incapacității executantului, ci datorită unui furnizor al executantului (cum ar fi de exemplu furnizorul de șina). Ori, asigurarea solicitată protejează atât interesele municipiului în finalizarea lucrării, dar și executantul, împotriva unui asemenea risc.

Autoritatea contractantă consideră totodată că, în speță, trebuie ținut cont de faptul că este parte în două contracte: contractul de

finanțare și contractul de lucrări. Întrucât realizarea obiectului contractului de finanțare, respectiv implementarea proiectului pentru care se acordă finanțarea nerambursabilă, depinde într-o măsură considerabilă de îndeplinirea contractului de lucrări, autoritatea contractantă consideră că este legal și corect ca, în cazul aplicării unei corecții de 100% în cadrul primului contract, din culpa exclusivă a executantului, partener în cel de-al doilea contract, beneficiarul să aibă dreptul și posibilitatea de a recupera de la acesta întregul prejudiciu produs.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă consideră utilă și pertinentă inserarea unei astfel de clauze în contractul de lucrări.

În concluzie, în temeiul dispozițiilor art. 278 din OUG nr.34/2006 MUNICIPIUL ... solicită:

În principal, constatând formularea contestației cu nerespectarea prevederilor art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, admiterea excepției invocate și, pe cale de consecință, respingerea acesteia ca tardivă; în situația în care se consideră că termenul legal de depunere a contestației a fost respectat, admiterea excepției lipsei de interes.

În subsidiar, în măsura în care se apreciază că este necesară analiza pe fond a cauzei, să se rețină, în principal, că:

a) răspunsul autorității contractante nu reprezintă o modificare ci doar detalierea unor clauze deja prezente în contract, parte integrantă a documentației de atribuire;

b) legiuitorul prevede co-existența a două clauze diferite în contract: una privind garanția de buna execuție, cealaltă privind asigurarea; nici OUG nr. 34/2006, nici HG nr. 925/2006 nu interzic autorităților contractante să solicite instrumente de asigurare a riscurilor;

c) asigurarea acoperă riscul major al pierderii finanțării nerambursabile datorită întârzierii execuției lucrărilor mai mult de mai 2015, din vina exclusivă a executantului.

și să se respingă contestația ca nefondată, în baza celor precizate în prezentul punct de vedere și a documentelor transmise în dovedire.

Ultimul document la dosarul cauzei, îl reprezintă adresa transmisă de contestator și înregistrată la CNSC cu nr. 13280/23.04.2013, prin care răspunde la excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

Conform prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va reține faptul că ... a depus în original contestația nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ... în data de ... așa cum rezultă din documentul anexat

dosarului cauzei și a notificat acest fapt autorității contractante în aceeași zi, prin fax, conform copiei postată pe SEAP de aceasta din urmă, în data de 11.04.2013.

De asemenea, Consiliul va lua în considerare faptul că documentul atacat de contestator este adresa nr. 5598/01.04.2013, document de al cărui conținut, contestatorul a luat la cunoștință în aceeași dată, (01.04.2013), fiind publicat în SEAP sub identificatorul CLARIFICARI11([CN...149] CLARIFICARI11. pdf.p7s).

Având în vedere faptul că în litigiul dedus judecății este vorba despre un contract de lucrări, iar valoarea estimată este mai mare decât pragul valoric prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, sunt incidente prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) din același act normativ potrivit căruia *„persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau, după caz, instanța judecătorească competentă în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: ... 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”*.

Art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, cuprinzând și modificarea și completarea adusă prin OUG nr. 19 din 7 martie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 156/12.03.2009, stipulează că *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256²...”*.

De asemenea, art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, cuprinzând și modificarea și completarea prin OUG nr. 76 din 30 iunie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 453/02.07.2010, stipulează că *„...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 evenimentul sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului....”*.

Prin urmare, având în vedere cele de mai sus și ținând cont că data luării la cunoștință de către contestator, a clarificării în cauză, a fost 01.04.2013, iar contestația acestuia a fost transmisă atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în data de ... în mod

evident termenul legal de 10 zile, în care aceasta putea fi transmisă a fost respectat, ultima zi fiind data de 13.04.2011.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată autoritatea contractantă.

Totodată, reiterând norma juridică de la art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va reține că, în ceea ce privește contestația formulată de către ..., în cadrul punctului de vedere nr. 6576/17.04.2013, înregistrat la CNSC sub nr. 12829/18.04.2013, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de interes.

În opinia autorității contractante, excepția lipsei de interes este motivată de faptul că *„în ipoteza în care decizia Consiliului va fi de admitere a contestației și de anulare a punctului 9.1 din clarificarea nr. CN...149 (...) aceasta nu va conduce la eliminarea clauzei 12.4 alin. (2) din formularul de contract, ci doar la anularea explicațiilor date de autoritatea contractantă în legătură cu acest articol”*.

Potrivit doctrinei juridice, interesul reprezintă o cerință necesară existenței dreptului la acțiune; instanța urmând a se pronunța cu privire la fondul unei cauze numai în situația în care partea justifică un scop în promovarea unei acțiuni.

Față de acest aspect, Consiliul apreciază că, în situația în care, astfel cum rezultă atât din adresa nr. 59/22.04.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 13460/24.04.2013, contestatorul *„pregătește oferta pentru acest proiect și este direct interesată de orice aspect al documentației de atribuire”*, interesul acesteia este *„legitim, personal, direct și actual”*; argumentele prezentate de către ofertantul în cauză, ținând strict de aspecte de fond.

Luând în considerare cele de mai sus, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge și excepția lipsei de interes, invocată de către autoritatea contractantă, urmând a proceda la soluționarea, pe fond, a contestației formulate de către

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

MUNICIPIUL ... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin *„licitație deschisă”*, a contractului de achiziție publică, de lucrări, având drept obiect: *„Creșterea mobilității transportului public prin reabilitarea traseului tramvaiului 102 cu lucrări vizând calea de rulare, stații cu peroane adaptate persoanelor cu dizabilități, material rulant, elemente de semnalizare și automatizare - etapa I: bucla nord - intersecție Republicii”* - Cod CPV 45234120-3, 45231400-9, 45232000-2, 45233000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ...

27.02.2013, conform căruia valoarea estimată este de 44.180.042,44 lei, fără TVA.

Potrivit Cap. IV.2.1) – Criterii de atribuire, din anunțul de participare, criteriul de atribuire al contractului este: *„prețul cel mai scăzut”*.

În data de 01.04.2013, autoritatea contractantă a publicat, pe SEAP, în anexa anunțului de participare, adresa nr. 5598/01.04.2013, sub identificatorul CLARIFICARI11([CN...149] CLARIFICARI11.pdf.p7s); ulterior luării la cunoștință a conținutului documentului de mai sus, ... a formulat contestația dedusă soluționării, susținând că documentul în cauză *„este nelegal”*.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va analiza modalitatea în care autoritatea contractantă a elaborat adresa nr. 5598/01.04.2013, luând în considerare, în acest sens, atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația incidentă, din domeniul achizițiilor publice.

În acest sens, Consiliul va reține, ca un prim aspect, că, potrivit principiului disponibilității, consacrat în dispozițiile Codului de Procedură Civilă, în toate cazurile, judecătorii hotărăsc numai asupra obiectului cererii judecătorești; altfel spus, Consiliul este obligat să se refere, în mod strict, la petitele din cadrul contestației, astfel cum au fost acestea formulate de către contestator.

În practica judiciară, raționamentul Consiliului este validat și de către instanțele de judecată; în cazul de față decizia nr. 2202/05.03.2013, emisă de către CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ, potrivit căreia *„conform principiului disponibilității, Consiliul nu se poate pronunța pe ceva ce nu s-a cerut schimbând din oficiu fundamentul pretenției deduse judecătorești”*.

În acest context juridic, Consiliul va înlătura criticile contestatorului, aferente documentației de atribuire, publicată, în SEAP, în anexat anunțului de participare nr. ... și pe cele aferente adresei de clarificare nr. 1/07.03.2013, postată în SEAP sub identificatorul CN...044 în data de 07.03.2013, apreciind, pe de o parte, că sunt lipsite de relevanță privind petitul dedus soluționării și, pe de altă parte, constatând că, la data formulării, sunt, în mod evident, tardive; urmând a analiza exclusiv criticile aferente adresei nr. 5598/01.04.2013.

Corelativ, Consiliul va lua în considerare că ... invocă prevederile art. 78 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora *„orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire” și „autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic”*.

Totodată, Consiliul va reține că noțiunea de „clarificare” a fost detaliată prin Ordinul nr. 171, emis de Președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire, potrivit căruia *„răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, precum și clarificarea cu privire la conținutul documentației de atribuire emisă de autoritatea contractantă, reprezintă acte administrative prin care se aduc **lămuriri/explicitări/limpeziri** cu privire la conținutul documentației de atribuire și prin care **nu se pot aduce modificări** cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în SEAP”*.

Din studiul dosarului cauzei, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a explicat, la punctul 9.1 din adresa nr. 5598/01.04.2013, mecanismul decontărilor în cadrul POR, așa cum reiese acesta din Ghidul Solicitantului, prevederile contractului de finanțare și raționamentul care a condus la formularea art. 12.4 alin. (2) din modelul de contract de lucrări, concluzionând, în finalul expunerii sale, că *„cerința (...) se menține”*; acest aspect, determinând Consiliul să aprecieze că autoritatea contractantă nu a modificat, prin explicațiile sale, conținutul documentației de atribuire, limitându-se la prezentarea cadrului juridic, contractual și oportunist în care a formulat clauza respectivă.

În finalul analizei sale, Consiliul nu va lua în considerare criticile contestatorului, potrivit cărora *„în valoarea estimată nu s-a luat în calcul de către Autoritatea Contractantă costul unei asigurări de tipul celei menționate de autoritatea contractantă”* deoarece, contrar principiului de drept *„actori incumbit probatio”*, potrivit căruia sarcina probei incumbă reclamantului, ... probează criticile aferente prin aprecieri de forma *„acest cost este categoric unul substanțial”* și nici alegațiile acestuia, potrivit cărora *„în clarificarea sa din 07.03.2013, ca și în cea din 01.04.2013, autoritatea contractantă a modificat complet această clauză din modelul de contract”* deoarece, așa cum rezultă din motivarea anterioară, prin adresa nr. 5598/01.04.2013 nu a modificat documentația de atribuire iar, raportat la data de 07.03.2013, criticile contestatorului au fost respinse ca tardiv formulate.

Având în vedere motivarea anterioară, și apreciind că, în mod exclusiv, culpa privind respringerea propriei oferte i se datorează contestatorului, prin modul superficial în care a elaborat oferta, Consiliul, în temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă **MUNICIPIUL ...**

Pe cale de consecință, în temeiul art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...