



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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 fără număr de înregistrare și nedatată la emitentă, transmisă prin poștă la data de ... înregistrată la Consiliu sub nr. cu sediul social în, ... reprezentată convențional prin S.C.A. „... cu domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul societății de avocatură, din municipiul ... a contestat documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Retehnologizarea cazanului de apă fierbinte CAF1, din CET1 ... cod CPV 45255400-3 (Rev.2)*, organizată de autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... cu sediul în municipiul județul ... și a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu art. 275¹ din OUG nr. 34/2006, precum și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul adoptării măsurilor de remediere necesare respectării legislației aplicabile și asigurării principiului proporționalității iar în subsidiar, în cazul în care nu vor fi adoptate măsurile de remediere solicitate, anularea procedurii de atribuire.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... cu sediul social în, ... și cu domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul S.C.A. „... din municipiul ... în contradictoriu

cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... cu sediul în municipiul județul

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitentă, transmisă prin poștă la data de ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... împotriva documentației de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică lucrări având ca obiect „*Retehnologizarea cazanului de apă fierbinte CAF1, din CET1 ... s-a solicitat, suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu art. 275¹ din OUG nr. 34/2006 precum și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul adoptării măsurilor de remediere necesare respectării legislației aplicabile și asigurării principiului proporționalității iar în subsidiar, în cazul în care nu vor fi adoptate măsurile de remediere solicitate, anularea procedurii de atribuire.*

În susținerea contestației sale, contestatoarea aduce critici atât criteriului de atribuire stabilit de autoritatea contractantă, cât și anumitor clauze contractuale din modelul de contract.

În ceea ce privește criteriul de atribuire, contestatoarea arată că autoritatea contractantă l-a stabilit ca fiind „prețul cel mai scăzut”, solicitând modificarea acestuia în „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, motivând că autoritatea contractantă trebuie să fie interesată să achiziționeze o lucrare la standarde performante și în conformitate cu necesitatea pentru care a organizat prezenta procedură, aceasta neputându-se face în mod realist și corect decât după evaluarea ofertelor și din punctul de vedere al performanțelor garantate tehnic.

În ceea ce privește modelul de contract stabilit de autoritatea contractantă, contestatoarea aduce o primă critică art. 2 „Definiții”, în care sunt incluse definirea noțiunilor de la lit. „y. despăgubire generală – suma neprevăzută expres în contract care este acordată de către instanța de judecată sau este convenită de către părți ca și despăgubire plătită părții prejudiciate în urma încălcării contractului de către cealaltă parte”, precum și „z. penalitate

contractuală – despăgubirea stabilită în contractul de execuție lucrări ca fiind plătită de către una din părțile contractante către cealaltă parte, în caz de neîndeplinire sau îndeplinire necorespunzătoare a obligațiilor din contract”. Față de cele două noțiuni, contestatoarea solicită adoptarea unor măsuri de remediere, respectiv înlocuirea definiției de la lit. z) al art. 2 cu textul „z. penalitate de întârziere – suma de bani stabilită de părți în Contractul de execuție lucrări drept sancțiune în sarcina uneia din părțile contractante în caz de executare cu întârziere a unei obligații contractuale”, respectiv înlocuirea definiției de la lit. y) cu textul „y. despăgubire generală – daune-interese directe care sunt acordate de către instanța de judecată sau sunt convenite de către părți prin Contractul de execuție lucrări, drept despăgubire pentru repararea prejudiciului previzibil pe care partea în culpă i l-a cauzat celeilalte părți și care este consecința directă și necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabilă a unei obligații contractuale”.

În continuare, contestatoarea evidențiază cinci articole din modelul de contract, al căror conținut dorește să fie modificat, respectiv eliminat, după cum urmează:

Potrivit art. 7.1 „Executarea contractului începe după constituirea garanției de bună execuție, în condițiile prevăzute la art. 13 și după emiterea ordinului de începere a lucrărilor. Achizitorul va emite ordinul de începere a lucrărilor în maxim 30 zile de la semnarea lui și constituirea garanției de bună execuție”.

Potrivit art. 15.1 al. 1 „Executantul are obligația de a începe lucrările la data predării amplasamentului și semnarea procesului verbal de predare-primire”;

Potrivit art. 15.1 al. 2 „Predarea amplasamentului se va face în termen de maxim 5 zile de la data constituirii garanției de bună execuție a contractului”;

Potrivit art. 15.1 al. 3 „În vederea predării amplasamentului, cu cel puțin 3 zile înainte de expirarea termenului prevăzut la art. 15.1 alin. (2), achizitorul prin reprezentantul său împuternicit, va emite ordinul de începere a lucrării (...)”

Potrivit art. 15.1 al. 4 „Executantul are obligația (...) de a începe executarea lucrării cel mai târziu la expirarea termenului prevăzut la art. 15.1 alin. (2) (n.n. în termen de maxim 5 zile de la data constituirii garanției de bună execuție) (...)”;

Potrivit art. 13.1 „Executantul se obligă să constituie garanția de bună execuție a contractului în cuantum de 10% din valoarea contractului (fără TVA) pentru perioada valabilității contractului emisă în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări și să o depună la data semnării prezentului contract”.

Astfel, în conformitate cu prevederile contractuale anterior menționate, contestatoarea arată că garanția de bună execuție a contractului trebuie depusă la momentul semnării contractului, iar ordinul de începere efectivă a lucrărilor trebuie emis de către autoritatea contractantă, fie în cel mult 30 zile de la semnarea contractului și constituirea garanției de bună execuție, fie în maxim 2 zile de la momentul semnării contractului și constituirii garanției de bună execuție. În plus, dacă art. 7.1 corelează momentul începerii lucrărilor cu momentul emiterii ordinului de începere, raportat la data semnării contractului, art. 15.1 corelează momentul începerii lucrărilor cu momentul predării amplasamentului, care se raportează la data semnării contractului și constituirea garanției de bună execuție. Prin urmare contestatoarea solicită corelarea clauzelor contractuale mai-sus amintite, pe de o parte, iar de pe altă parte stabilirea unui termen rezonabil în care să fie prezentată garanția de bună execuție, ulterior momentului semnării contractului.

Făcând referire la modelul de contract FIDIC – Cartea Galbenă, contestatoarea susține că garanția de bună execuție trebuie prezentată într-un termen rezonabil de la momentul semnării contractului, iar practica a apreciat ca fiind termen rezonabil un termen între 14 și 28 zile, motivația care stă la baza stabilirii unui astfel de termen ulterior semnării contractului constând în cerințele politicilor instituțiilor bancare, din străinătate mai ales, care solicită prezentarea unui contract semnat pentru a putea elibera o scrisoare de garanție de bună execuție a acestuia.

Astfel, contestatoarea propune următoarele măsuri de remediere:

Art. 13.1 „Executantul se obligă să constituie garanția de bună execuție a Contractului (...) și să o depună în termen de 14 zile de la data semnării prezentului contract. (...)”;

Art. 7.1. „Executarea Contractului începe după constituirea garanției de bună execuție, în condițiile prevăzute la art. 13. la momentul emiterii ordinului de începere a lucrărilor. Achizitorul va emite ordinul de începere a lucrărilor în maxim 30 zile de la semnarea Contractului, nu mai devreme însă de constituirea și depunerea garanției de bună execuție, dar și de predarea amplasamentului. Achizitorul este obligat ca, până la momentul depunerii garanției de bună execuție de către executor, să facă dovada deținerii surselor financiare necesare pentru plata prețului Contractului. În caz contrar, se va amâna momentul emiterii ordinului de începere a lucrărilor până la prezentarea acestor dovezi”;

Art. 15.1 al. (1) și art. 15.1 al. (3) se elimină și următoarele alineate ale art. 15.1 se renumerotează în consecință, respectiv art. 15.1 al. (2) devine art. 15 al. (1), art. 15.1 al. (4) devine art. 15.1 al. (2) și se modifică după cum urmează: „Executantul are obligația de a prelua amplasamentul și de a semna procesul verbal de predare primire cel mai târziu la expirarea termenului prevăzut la art. 15.1 alin. (1), sub sancțiunea aplicării de penalități pentru fiecare zi de întârziere în cuantum de 0,05% din valoarea contractului fără TVA”.

În ceea ce privește modificarea cuantumului penalităților de întârziere, contestatoarea indică a se urmări măsura de remediere nr. 6 și motivarea ce stă la baza solicitării acesteia.

Din art. 15.1 fostele alineate (5), (6) și (7), devenite alineatele (3), (4) și (5), se vor elimina referirile la momentul începerii executării lucrărilor și cele privind ordinul administrativ de începere a lucrărilor și va fi adăugată ca și cauză exoneratoare de răspundere cazul fortuit în noile alineate (3) și (5).

În ceea ce privește art. 15.1 noul alineat (4) (fostul al. (6)), contestatoarea apreciază că rezilierea poate interveni doar dacă executantul refuză în mod nejustificat să preia amplasamentul în termenul menționat în același articol, iar reținerea garanției de bună execuție în cazul neprezentării este o sancțiune mai mult decât suficientă care se aplică contractantului, deci se impune modificarea în consecință a acestuia după cum urmează: „Neprezentarea executantului în vederea preluării amplasamentului în termen de 7 zile de la data expirării termenului prevăzut la art. 15.1 alin. (1), fără a avea un motiv justificat în acest sens, atrage rezilierea contractului cu consecința reținerii garanției de bună execuție. Rezilierea intervine de drept fără punere în întârziere și fără a fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități”.

O altă critică vizează art. 10.11 pct. 7 alin. 1., care prevede că „Executantul are obligația de a respecta și executa dispozițiile achizitorului în orice problemă, menționată sau nu în contract, referitoare la lucrare (...)”, contestatoarea considerând că executantul nu poate fi obligat la respectarea și îndeplinirea oricărei dispoziții a achizitorului în orice problema nementionată în contract, chiar dacă aceasta e referitoare la lucrare, fără ca executantul să fi fost consultat în acest sens în prealabil și să-și fi exprimat acordul că îndeplinirea respectivei dispoziții este în conformitate cu proiectul tehnic întocmit și este posibilă din perspectiva tehnologiei utilizate de către executant în realizarea lucrării. Prin urmare, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurii de remediere, după cum urmează „Executantul are obligația de a respecta și executa dispozițiile achizitorului în

orice problemă, menționată sau nu în contract, referitoare la lucrare, cu condiția consultării în prealabil a executantului și obținerii acordului acestuia cu privire la problemele care nu sunt menționate în contract, dar sunt referitoare la lucrare, pe de o parte, și cu condiția asigurării conformității cu proiectul tehnic întocmit de către executant și tehnologia folosită de acesta”.

În continuare, contestatoarea critică prevederile art. 10.11 pct. 20 lit. b), art. 12, art. 15.1, art. 15.6, art. 15.10, 28.11 și art. 28.16, invocând jurisprudența CNSC și arătând că la stabilirea penalităților și despăgubirilor pe care la poate solicita autoritatea contractantă în cazul neexecutării, executării necorespunzătoare sau cu întârziere a obligațiilor contractuale trebuie avut în vedere principiul proporționalității, astfel că aplicarea unei sancțiuni raportate la întreaga valoare a contractului și nu la valoarea obligației neexecutate/executate necorespunzător/executate cu întârziere o consideră o măsură abuzivă. De asemenea, contestatoarea susține că în practica executării unor astfel de contracte, dincolo de faptul că penalitățile și despăgubirile trebuie raportate la valoarea obligației neexecutate, cuantumul penalităților și despăgubirilor ce pot fi percepute de oricare din părțile contractuale pentru și în legătură cu contractul, se limitează la o valoare fixă sau procentuală, raportată la valoarea contractului, regula fiind că penalitățile de întârziere nu trebuie să fie mai mari de 5-10% din valoarea contractului, iar despăgubirile (daunele-interese) nu pot excede valoarea contractului și trebuie limitate deopotrivă la daune directe.

Concluzionând, contestatoarea impune autorității contractante adoptarea măsurilor de remediere, după cum urmează:

Art. 10.11 pct. 20 lit. b) „Executantul se obligă de a despăgubi achizitorul împotriva oricărui (...) b) daune-interese, taxe și cheltuieli de orice natură, limitate la 100% din valoarea contractului fără TVA, cu excepția situației în care o astfel de încălcare rezultă din respectarea cerințelor caietului de sarcini întocmit de achizitor”;

Art. 12.1 „(1) În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului nerealizat, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,05% din contravaloarea lucrărilor neexecutate pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor; (2) În cazul în care, achizitorul nu își onorează facturile în termen de 30 de zile de la expirarea termenului prevăzut la art. 22.1, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,05% din valoarea facturii primită și neplătită pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”.

Pentru Art. 12.2 se propune eliminarea acestuia.

Art. 12.3 (noul art. 12.2) „Pentru prejudiciul provocat prin neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor asumate, care depășește valoarea penalităților ce pot fi percepute în condițiile art. 12.1 și valoarea garanției de bună execuție, executantul datorează în completare doar daune - interese directe, în condițiile dreptului comun, limitate la 100% din valoarea contractului”

Contestatoarea mai solicită completarea art. 12 cu următorul alineat noul art. 12.3 „Penalitățile de întârziere ce pot fi percepute de către oricare dintre părți în legătură cu neexecutarea obligațiilor contractuale vor fi limitate la 5% din valoarea contractului, fără TVA. Penalitățile (despăgubirile) ce pot fi solicitate executantului de către achizitor cu privire la nerespectarea parametrilor de performanță garantați nu vor depăși 20% din valoarea contractului, fără TVA. Penalitățile de întârziere și de neîndeplinire a parametrilor de performanță, cumulate, ce pot fi percepute de achizitor nu vor depăși 20% din valoarea contractului” și cu noul art. 12.4 „Toate penalitățile, despăgubirile și daunele-interese ce vor fi percepute de către achizitor urmare a neexecutării de către executant a obligațiilor contractuale vor fi limitate la 100% din valoarea contractului, cu excepția acelor daune solicitate în temeiul art. 10.11 pct. 20 lit. a) și a acelor daune care nu pot fi limitate, în temeiul legii”.

Art. 15.6 „În condițiile în care executantul nu reușește să remită niciun program de execuție în termenul stabilit la art. 15.5 se va aplica o sancțiune de 10.000 lei/lună de întârziere, începând cu data la care programul de execuție ar fi trebuit remis și până la care programul de execuție satisfăcător este remis”.

Art. 28.11 „Dacă Achizitorul reziliază Contractul, va fi îndreptățit să recupereze de la executant orice pierdere sau prejudiciu suferit până la un nivel egal cu valoarea Contractului”.

Art. 28.16 „În urma unui preaviz de 30 zile acordat achizitorului, executantul poate rezilia prezentul contract dacă achizitorul: nu își îndeplinește una din obligațiile sale, cu privire la care a fost notificată în prealabil: suspendă executarea contractului sau a oricărei părți a acestuia pentru mai mult de 1 lună pentru motive nespicate în contract sau independente de culpa executantului”.

Contestatoarea apreciază că procentul estimat de autoritatea contractantă în ceea ce privește cheltuielile neprevăzute este extrem de mic, raportat la riscurile și costurile neprevăzute ce pot apărea în sarcina contractantului într-un asemenea contract de execuție lucrări, limitarea cheltuielilor la 1,683% din valoarea

contractului contravenind, în opinia sa, și dispozițiilor art. 5.3 din HG nr. 28/2608 privind aprobarea Metodologiei privind elaborarea devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții.

În ceea ce privește cheltuielile suplimentare care pot fi generate de anumite acțiuni ale autorității contractante, contestatoarea consideră că acestea trebuie adăugate la prețul contractului și nicidecum incluse în acesta, așa cum se stipulează la art. 97 din HG nr. 925/2006, prin urmare propune modificarea art. II.2.1) din fișa de date a achiziției, în sensul limitării cheltuielilor neprevăzute la minim 10% din valoarea contractului; eliminarea art. 14.1 pct. 2 din Modelul de contract, precum și a mențiunii „fără a se limita la acestea” din cadrul pct. 3 al art. 14.1., precum și completarea art. 16.1 lit. b) „În cazul în care: a) condițiile climaterice excepțional de nefavorabile; sau b) oricare alt motiv de întârziere care nu se datorează executantului și/sau alte circumstanțe neobișnuite susceptibile de a surveni altfel decât prin încălcarea contractului, îndreptățesc executantul de a solicita prelungirea termenului de execuție a lucrărilor sau oricărei părți a acestora. În condițiile de mai sus, părțile vor revizui de comun acord asupra: oricărei prelungiri a duratei de execuție la care executantul are dreptul; și cheltuielilor suplimentare care se ivesc în acest caz, care vor fi adăugate la prețul Contractului”.

De asemenea, contestatoarea învederează că pentru autoritatea contractantă devine aplicabilă acceptarea tacită a lucrărilor, astfel că se propune ca art. 20.1 pct. 4 să se modifice în sensul „La cererea executantului, care nu va putea fi refuzată în mod nerezonabil, recepția se poate face și pentru părți ale lucrării, obiect sau parte din construcție, independentă, care poate fi utilizată separat”; art. 20.1 se completează cu pct. 10¹ „Absența achizitorului de la recepție, fără un motiv justificat, face aplicabil principiul acceptării tacite, în sensul art. 1862 alin. 2 din Noul Cod Civil”.

În continuare, contestatoarea afirmă că la art. 15.12, termenul pe care achizitorul este îndreptățit să-l fixeze executantului și a cărui nerespectare atrage rezilierea contractului trebuie înțeles drept un termen rezonabil, raportat la activitățile ce trebuie îndeplinite de către executant, solicitând astfel modificarea art. 15.12 cu următorul conținut „În cazul în care executantul întârzie începerea lucrărilor, terminarea pregătirilor sau dacă nu își îndeplinește îndatoririle prevăzute la pct. 15.9, achizitorul este îndreptățit să-i fixeze executantului un termen rezonabil raportat la activitatea ce urmează a fi prestată, până la care activitatea sa

intră în normal și să îl avertizeze ca, în cazul neconformării, la expirarea termenului stabilit, prezentul contract va fi reziliat”.

Totodată, contestatoarea solicită modificarea art. 16.7 (2) după cum urmează „Executantul va remedia toate deteriorările sau defecțiunile lucrărilor, echipamentelor sau materialelor sau orice pierdere a acestora, produse în timpul suspendării, din culpa proprie”.

În dovedirea cererii sale de suspendare a procedurii de atribuire, ... a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr.41866/07.05.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 14549/07.05.2013, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere privind solicitările privind modificarea criteriului de atribuire și clauzele contractuale.

Astfel, autoritatea contractantă susține că respectiva contestație, formulată împotriva documentației de atribuire ce a fost publicată în SEAP la data de 20.04.2013, a fost înregistrată la data de ... sub nr...., astfel încât solicită respingerea capetelor de cerere ca tardiv formulate, inadmisibile și nefondate.

În ceea ce privește tardivitatea contestației, autoritatea contractantă invocă prevederile art.256² alin. (1) și alin. (2) din OUG nr.34/2006 și susține că termenul de 5 zile de la data publicării documentației de atribuire în SEAP s-a împlinit la data de ...

Autoritatea contractantă arată că lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire în cauză sunt finanțate în proporție de 50% din fonduri europene prin Programul Operațional Sectorial Mediu – Axa prioritară 3 – Reducerea poluării și minimizarea efectelor schimbărilor climatice prin reabilitarea sistemelor de încălzire urbană și apreciază că dispunerea măsurii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei, va duce la întâzieri în procesul de contractare și implementare a contractelor aferente, determinând astfel depășirea angajamentelor asumate de România prin Tratatul de aderare.

În ceea ce privește criteriul de atribuire, autoritatea contractantă menționează că a elaborat în acest sens o notă justificativă, criteriul „prețul cel mai scăzut” fiind în strânsă corelare cu principiul utilizării eficiente a fondurilor, prin urmare, aceasta nesemnificând rabat de la calitate în favoarea prețului, întrucât ofertanții trebuie să respecte niște semnificații tehnice, iar orice ofertant cu experiență își va bugeta oferta, astfel încât să realizeze lucrarea în parametrii solicitați.

Referitor la condițiile contractuale cuprinse în documentația de atribuire, autoritatea contractantă arată că acestea au fost elaborate în conformitate cu dispozițiile art. 33 alin. (2) din OUG nr.

34/2006, motivând totodată, că legiuitorul, prin OUG nr. 77/2012 a corectat definiția contractului de achiziție publică, catalogându-l ca fiind unul administrativ.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că pe plan internațional, limitele negocierilor clauzelor contractuale constituie un aspect pus în discuție la adoptarea Acordului OMC privind achizițiile publice, convenție internațională ce prevede posibilitatea utilizării negocierilor, cu condiția ca această posibilitate să fie menționată în anunțul de participare, ori în cazul de față, a fost indicat în fișa de date a achiziției care sunt clauzele contractuale obligatorii, astfel că în sprijinul argumentelor de mai sus, se invocă Sentința civilă nr./20.09.2012, prin care Curtea de Apel// se pronunță asupra „Excepției de nelegalitate act administrativ cu caracter normativ – admisibilitate, nelegalitatea rezultând din limitarea dreptului la negocierea clauzelor contractului de achiziției publice”.

Astfel, autoritatea contractantă face precizarea că pentru a se asigura de ducerea la îndeplinire completă și reglementară a contractului, a stabilit anumite măsuri de constrângere, cum ar fi penalitățile contractuale. Referitor la plata penalităților de către autoritatea contractantă în cazul în care nu plătește facturile la scadență, aceasta se face potrivit Legii nr. 72/2013, care nu limitează valoarea acestora, ele plătindu-se la data scadenței până la plata efectivă a facturilor.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în Studiul de fezabilitate sunt stabilite cheltuielile neprevăzute, la stabilirea acestora, elaboratorul studiului a ținut seama de riscul apariției unor lucrări neprevăzute, ori în situația în care lucrarea este similară unui green-field, nu au cum să apară lucrări neprevăzute importante.

Totodată, autoritatea contractantă arată că recepția lucrărilor se va face în conformitate cu HG nr. 51/1994, iar faptul că legea română guvernează contractul, dacă va fi cazul, se va aplica și Noul Cod Civil.

Față de cele mai sus invocate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă, neîntemeiată, nefondată și nelegală.

Prin adresa nr. 673/07.05.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 14687/07.05.2013, contestatoarea a comunicat răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea excepției tardivității contestației, arătând că a transmis atât Consiliului, cât și autorității contractante, contestația în data de ... depunând în acest sens documente justificative, respectiv factură, chitanță și confirmare de primire.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă, MUNICIPIUL ... a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică lucrări având ca obiect „*Retehnologizarea cazanului de apă fierbinte CAF1, din CET1 ... cod CPV 45255400-3 (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.... 20.04.2013 , stabilind data de deschidere a ofertelor la 12.06.2013, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată fără TVA de 14.987.078,3 lei.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată prin Decizia Consiliului nr. ...s/.../07.05.2013, în sensul că aceasta a fost admisă și s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire.

Văzând excepția de tardivitate a contestației, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere comunicat și contestatoarei, Consiliul constată lipsa de temei a acesteia, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, o respinge ca nefondată, pentru considerentele ce urmează.

Având în vedere faptul că, în cauza dedusă soluționării este vorba despre atribuirea unui contract de achiziție publică de lucrări, a cărui valoare estimată este de 14.987.078,3 lei fără TVA, fiind mai mică 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, Consiliul constată că sunt incidente prevederile art. 256² alin. (1) lit.b) și alin. (2) din același act normativ, potrivit cărora: (1) „*Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de:*

[...]

b) 5 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 mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2). (...)

(2) În cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Termenul de 5 zile se calculează în conformitate cu prevederile art. 3 lit. z) din OUG nr. 34/2006, care prevede că: „zile - zilele

calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. 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. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”.

În condițiile în care documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 20.04.2013, termenul limită de contestare a prevederilor acesteia s-a împlinit la data de ...

Din probatoriul administrat în cauză de către contestatoare, Consiliul constată că la data de ... (prin urmare în ultima zi a termenului legal de formulare a contestației), aceasta a comunicat prin poștă, atât Consiliului cât și autorității contractante, contestația care formează obiectul prezentului contract.

Astfel, raportat la dispozițiile art. 183 alin. (1) din codul de procedură civilă care stipulează că: *„Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen”*, Consiliul constată că autoarea contestației și-a îndeplinit obligația prevăzută de art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, înaintând contestația atât Consiliului cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului prevăzut la art. 256² (1) lit.b) din OUG nr. 34/2006.

În consecință, transmiterea contestației de către ... s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în materie, excepția de tardivitate invocată de către autoritatea contractantă fiind neîntemeiată.

În continuare, Consiliul procedează la analiza criticilor pe care contestatoarea le-a formulat cu privire la dispozițiile documentației de atribuire.

Prima critică se referă la alegerea criteriului de atribuire menționat în anunțul de participare nr. ...20.04.2013, la punctul IV.2.1.), contestatoarea considerând „absolut oportună și necesară modificarea criteriului de atribuire din «prețul cel mai scăzut» în «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic»”.

Raportat la acest aspect criticat, Consiliul apreciază incidența în cauză a următoarelor prevederi legale:

- art. 197 din OUG nr. 34/2006: *„Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în anunțul de participare criteriul de atribuire*

a contractului de achiziție publică, care, odată stabilit, nu poate fi schimbat pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire”.

- art. 198 alin. (1) din ordonanță: *„Fără a aduce atingere dispozițiilor legislative sau administrative privind remunerarea anumitor servicii, criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică poate fi numai:*

a) fie oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic;

b) fie, în mod exclusiv, prețul cel mai scăzut”.

- art. 200 alin. (1) din ordonanță: *„(...) autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în invitația de participare/anunțul de participare și în documentația de atribuire, dacă oferta respectivă îndeplinește toate condițiile de admisibilitate care rezultă din documentația de atribuire și actele anexate”;*

- Art. 13 din HG nr. 925/2006: *„(1) În cazul în care criteriul utilizat este «prețul cel mai scăzut», astfel cum este prevăzut la art. 198 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență, 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.*

(2) Oferta care este declarată câștigătoare în acest caz trebuie să îndeplinească specificațiile tehnice minime considerate obligatorii, astfel cum au fost acestea stabilite în caietul de sarcini”.

Având în vedere textele legale mai sus menționate, Consiliul apreciază că singura în măsură să stabilească criteriul de atribuire aplicabil în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică este autoritatea contractantă; în mod clar există o strânsă legătură între criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, prevăzut de art. 2 lit. f) din OUG nr. 34/2006.

Nu se poate susține că alegând acest criteriu de atribuire, autoritatea contractantă nu este interesată „să achiziționeze o lucrare la standarde performante și în conformitate cu necesitatea pentru care a organizat această licitație”, de vreme ce specificațiile tehnice sunt menționate în mod clar în cuprinsul vol. 3 și 4 ale documentației de atribuire, iar conform dispozițiilor art. 36 alin. (2) lit. a) din HG nr. 925/2006, oferta este considerată neconformă în situația în care nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

În plus, Consiliul constată că autoritatea contractantă a întocmit Nota justificativă nr. 33923/09.04.2013 privind alegerea

criteriului de atribuire, în cuprinsul căreia s-au menționat următoarele: „Având în vedere precizările Ministerului Mediului și Schimbărilor Climatice prin Consultanța de specialitate RABBOLL – Denmark cu privire la elaborarea documentației de atribuire și Asistenței tehnice și management proiect, Asocierea ... SRL – ... SRL, motivat de faptul că în criteriile de selecție au fost inserate criterii de performanță relevante, care conferă garanția selectării unei firme cu capabilitate, personal și dotări care să garanteze din prima fază de selecție calitatea lucrărilor și implicit încadrarea în termen, s-a stabilit ca eficient și eficace, în vederea achiziției contractului de lucrări: criteriul de atribuire «prețul cel mai scăzut»”.

În acest sens, Consiliul apreciază că potrivit principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) lit. g) din același act normativ, autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, cu atât mai mult cu cât riscul neîndeplinirii contractului aparține acesteia.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază această critică a contestatoarei ca nefondată și procedează la analiza în mod unitar a criticilor pe care contestatoarea le-a formulat cu privire la modelul contractului de proiectare și execuție de lucrări, inclus în documentația de atribuire.

Conform dispozițiilor art. 33 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, documentația de atribuire cuprinde:

- a) fișa de date;
- b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;
- c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii.

Din verificarea conținutului Fișei de date a achiziției, Consiliul reține că la punctul IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„ (...) Clauzele/articolele contractuale obligatorii din modelul de contract atasat pe SEAP sunt:

- Art.4 - Obiectul contractului;
- Art.5 - Prețul contractului;
- Art.6 - Durata contractului;
- Art.7 - Executarea contractului;
- Art.8 - Documentele contractului;
- Art.9 - Protecția patrimoniului cultural național;
- Art.10 - Obligațiile executantului;
- Art.10.10 - Proiectarea;
- Art.10.11 - Execuția lucrărilor;
- Art.10.12 - Codul de conduită;

Art.10.13 - Conflictul de interese;
Art.11 - Obligațiile achizitorului;
Art.12 - Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor;
Art. 13 - Garanții;
Art. 15 - Începerea și execuția lucrărilor;
Art.16 - Întarzierea, suspendarea și reluarea execuției lucrărilor;
Art.18 - Testarea;
Art. 19 - Teste la terminarea lucrărilor;
Art. 20.1 - Finalizarea și recepția lucrărilor;
Art. 20.2 - Recepția finală;
Art. 21 - Perioada de garanție acordată lucrărilor;
Art. 22 - Modalități de plată;
Art. 23 - Ajustarea prețului contractului;
Art. 24 - Asigurări;
Art. 28 - Încetarea și rezilierea contractului;
Art. 30 - Soluționarea litigiilor;
Art. 31 - Limba care guvernează contractul;
Art. 33 - Legea aplicabilă contractului.

Se va permite formularea de amendamente cu privire la clauzele care nu au fost declarate obligatorii, odată cu depunerea ofertei”.

Analizând cele mai sus menționate, Consiliul constată că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația legală de a menționa clauzele contractuale obligatorii respectând dispozițiile art. 33 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea ... înțelegând să facă propriile propuneri de modificare a clauzelor contractuale, așa cum apreciază aceasta că ar fi corect și i-ar fi satisfăcute interesele individuale, evident diferite față de cele ale altor posibili ofertanți.

Legislația în vigoare în materia achizițiilor publice nu recunoaște dreptul operatorilor economici interesați de a participa la întocmirea documentației de atribuire, acesta constituind atributul exclusiv al autorității contractante.

La data inițierii procedurii de atribuire în cauză, respectiv 20.04.2013, intrase în vigoare OUG nr. 77/2012, astfel că definiția contractului de achiziție publică, stipulată de art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006, este următoarea: „*contractul, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), cu titlu oneros, încheiat în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul ori mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii*”.

Conform Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ Art. 1 alin. (1) lit. c), actul administrativ este „*actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ*”.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că regimul juridic al contractului în discuție este unul special. Fiind un contract cu ajutorul căruia autoritatea contractantă își realizează o parte din sarcinile sale, regimul juridic aplicabil acestui contract este unul preponderent de drept public, având și clauze care pot fi negociate fapt care îi conferă un regim mixt de drept public și privat. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare și chiar de reziliere a contractului. Voința autorității contractante ca parte a acestui contract este subordonată realizării interesului general.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, acest contract se deosebește de contractul de drept comun, privat, el având o natură juridică preponderent de adeziune și mai puține clauze negociate.

Acesta a fost și motivul pentru care legiuitorul a înțeles să precizeze în mod clar natura juridică a acestui contract, înainte de intrarea în vigoare a OUG nr. 77/2012, contractul de achiziție publică fiind definit ca un „contract comercial”.

Legislația în vigoare în materia achizițiilor publice conține reglementări cu privire la procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică și nu reglementări cu privire la conținutul contractelor care urmează a se încheia, ceea ce raportat la cele reținute anterior face ca în realitate conținutul acestora, respectiv stabilirea clauzelor obligatorii, să rămână la aprecierea exclusivă a autorității contractante care își cunoaște cel mai bine interesele, va fi parte în contract și va urmări îndeaproape realizarea acestuia.

În aceste condiții, Consiliul nu poate cenzura clauzele obligatorii, mai ales în condițiile în care obiectul contestației îl

constituie propuneri concrete de modificare a clauzelor și nu o reconsiderare a caracterului de clauză obligatorie, așa cum a fost calificat de către autoritatea contractantă.

În cazul de față, autoritatea contractantă a stabilit aceleași cerințe pentru toți posibiii ofertanți, aceștia având libertatea de a participa sau nu la procedura de atribuire în cauză, în condițiile contractuale impuse de către autoritatea contractantă.

În speță, obiectul contractului îl constituie „Retehnologizarea cazanului de apă fierbinte CAF1 din CET 1 ...”. Autoritatea contractantă este municipiul ... însă lucrarea urmează a fi exploatată de către ... SA societate care are calitatea de concesionar exclusiv al serviciului de alimentare cu energie termică al municipiului ... fără a fi implicată în contractul supus licitației.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că prin executarea cu bună credință a contractului de către ambele părți nu vor deveni incidente dispozițiile referitoare la penalități, despăgubiri generale, reziliere etc., aspecte puse în discuție de către contestatoare.

În ceea ce privește practica CNSC invocată de către contestatoare, Consiliul apreciază că aceasta nu are nicio relevanță, fiecare speță în parte având specificul său, iar precedentul nu constituie izvor de drept în legislația românească.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca nefondate toate propunerile contestatoarei de modificare a clauzelor contractuale.

Referitor la critica autoarei contestației cu privire la prevederile din Fișa de date a achiziției, punctul II.2.1), care stipulează următoarele:

„ (...) Valoarea estimată fără TVA este de 14.987.078,30 lei, (valoarea cuprinde cuantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute în procent de 1,683% aplicată la valoarea estimată a contractului).

Valoarea aferentă procentului de diverse și neprevăzute, astfel cum acestea au fost definite de proiectant în Devizul General este de 252.233 lei fără TVA)”, Consiliul o apreciază ca fiind nefondată, deoarece în speță are incidență principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă fiind responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, inclusiv pentru stabilirea valorii estimate care se realizează conform regulilor menționate la art. 25 și următoarele din OUG nr. 34/2006.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în

contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...