



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, 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 Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de 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 sub nr. ... formulată de ... cu sediul în ... județul ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... împotriva de atribuire, elaborată de ... cu sediul în ... b-dul Republicii nr. 2, județul ... în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de având ca obiect „ coduri CPV ... *feroviare urbane (Rev. 2), ... de construcții de linii electrice (Rev. 2), ... auxiliare pentru conducte și cabluri (Rev. 2), ... de construcții de canalizări de ape reziduale (Rev. 2) și ... de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev. 2)*, s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea cerinței 5 „Omologare AFER” pentru materialele folosite, prevăzută la cap. IV.4.1 „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din fișa de date a achiziției, și la eliminarea din Formularul de contract de a clauzei prevăzute la art. 12.4 alin. (2), precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin decizia nr. ...

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

DECIDE:

În temeiul art. ... alin. (5) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție

publică, a contractelor de concesiune de publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune modificarea clauzei contractuale de la art. 12.4 alin. (2) din Formularul de contract de în sensul înlocuirii sintagmei "[...] în valoare de 53.456.644,28 lei [...]", cu sintagma "[...] în valoare de ... (valoarea ofertei) [...]", în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. În cadrul aceluiași termen, autoritatea contractantă va publica modificarea în SEAP.

În temeiul art. ... alin. (5) din OUG nr. 34/2006, ca nefondată solicitarea contestatoarei privind eliminarea din Formularul de contract de a clauzei prevăzute la art. 12.4 alin. (2).

În temeiul art. ... alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, ca rămasă fără obiect solicitarea privind modificarea cerinței 5 „Omologare AFER” pentru materialele folosite, prevăzută la cap. IV.4.1 „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din fișa de date a achiziției.

În temeiul art. ... alin. (6) din OUG nr. 34/2006 dispune continuarea procedurii, cu respectarea celor din motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația ce face obiectul prezentei cauze, ... a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei, arătând că, în cuprinsul de atribuire, la cap. IV.4.1 „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, s-a impus cerința 5, potrivit căreia ofertantul trebuia să prezinte omologarea AFER pentru următoarele materiale folosite: șina de tramvai, aparate de cale, prinderi șină, automatizare macaze, fir de contact, stâlpi rețea de contact.

Cerința amintită, este apreciată de contestatoare ca fiind restrictivă, în condițiile în care împiedică participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici care nu își procură materialele necesare execuției și de la producători români, AFER fiind autoritatea care autorizează operatorii economici români care produc astfel de materiale, conform art. 7 din Anexa 1 la Ordinul ministrului transportului nr. 290/2000.

În aceste condiții, contestatoarea arată că ordinul amintit reglementează aspectele referitoare la admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de

construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul, sens în care invocă prevederile art. 1, art. 7 alin. (1) din Anexa 1, art. 2 alin. (5) și art. 4 din respectivul ordin.

Raportat la aceste prevederi, autoarea contestației susține că produsele feroviare critice (produsele și serviciile feroviare care pot influența siguranța circulației și securitatea transporturilor, calitatea serviciilor de transport, sănătatea oamenilor sau protecția mediului) din import pot fi procurate de la agenți economici care dețin un agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs.

Sunt invocate și dispozițiile art. 177 alin. (2) și art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la capătul de cerere privind modificarea clauzelor contractuale, contestatoarea arată că, în cadrul Formularului de contract de , autoritatea contractantă a prevăzut la art. 12.4 alin. (2) faptul că „în caz de întârziere majoră a lor, 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 , în favoarea ... în valoare de 53.456.644,28 lei, valabil pe toată durata contractului”.

Contestatoarea consideră clauza amintită ca fiind nelegală și abuzivă, având în vedere următoarele considerente:

Potrivit clauzei amintite, ofertantul desemnat câștigător, pentru a putea semna contractul, trebuie să prezinte autorității contractante un instrument de asigurare constituit la data încheierii contractului de , în favoarea ... în valoare de 53.456.644,28, valabil pe toată durata contractului.

În conformitate cu clauza impusă, ofertantul desemnat câștigător, pentru a putea semna contractul, trebuie să mai îndeplinească o cerință care nu a fost prevăzută în cadrul fișei de date, aceasta reprezentând astfel o „clauză nescrisă”, în înțelesul dispozițiilor art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

Totodată, contestatoarea supune atenției faptul că valoarea instrumentului de asigurare care trebuie prezentat este echivalentă cu valoarea estimată a contractului, iar potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. e) din HG nr. 925/2006, valoarea contractului care urmează a se atribui nu poate să depășească valoarea estimată de autoritatea contractantă.

Prin urmare, contestatoarea susține că valoarea instrumentului de asigurare este mai mare decât valoarea contractului care urmează a fi încheiat, având în vedere dispozițiile art. 36 alin. (1) lit.

e) din HG nr. 925/2006, iar pe de altă parte, faptul că, criteriul de atribuire al prezentei proceduri este „prețul cel mai scăzut”.

În aceste condiții, autoarea contestației arată că autoritatea contractantă se poate asigura de îndeplinirea corespunzătoare a contractului de către ofertantul desemnat câștigător, semnatar de contract, respectiv de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în termen a contractului, prin solicitarea constituirii unei garanții de bună execuție, potrivit dispozițiilor art. 89 din HG nr. 925/2006.

Totodată, contestatoarea arată că, pentru prezenta procedură, autoritatea contractantă a prevăzut o astfel de garanție, de bună execuție, în fișa de date, la cap. III.1.1 lit. b) în cuantum de 10% din valoarea contractului fără TVA, constituită conform prevederilor art. 90 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Mai mult, pentru a se proteja de neexecutarea corespunzătoare a contractului de către executant, în sensul că acesta nu își îndeplinește la termen obligațiile asumate prin contract autoritatea contractantă a prevăzut la art. 12.1 din cadrul Formularului de contract de clauza privind penalitățile de întârziere.

Față de acest aspect, autoarea contestației arată că potrivit art. 33 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, documentația de atribuire trebuie să cuprindă „informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”, clauza criticată putând fi asimilată clauzelor neuzuale, reglementate de codul civil, care potrivit art. 1203 nu produc efecte decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte.

Pentru motivarea în drept a celor criticate, contestatoarea a invocat prevederile OUG nr. 34/2006 și actele normative invocate.

Prin adresa nr. 9298/ înregistrată la CNSC sub nr. 19318/ ... a transmis copia dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând rea acesteia și continuarea procedurii de atribuire.

Cu privire la primul capăt de cerere invocat de contestatoarea, respectiv obligarea autorității contractante la modificarea cerinței 5 “Omologarea AFER” pentru materialele folosite, prevăzută la cap. IV.4.1 “Modul de prezentare a propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a arătat că a hotărât adoptarea unor măsuri de remediere a de atribuire care constau în completarea cerinței de la punctul IV.4.1 “Modul de prezentare a propunerii tehnice”, subpct.5 din fișa de date a achiziției, astfel: “Se acceptă ca, în cadrul propunerii tehnice, pentru produsele feroviare critice provenite din import să se prezinte acorduri tehnice emise în condițiile Ordinului ministrului transporturilor nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant pentru transportul feroviar și cu metroul”.

Totodată, autoritatea contractantă a arătat că, în temeiul art. 253³ din OUG nr. 34/2006, măsurile de remediere au fost comunicate și contestatoarei, fiind publicate și în SEAP în data de "08.06.2013".

Referitor la cel de-al doilea motiv invocat în cuprinsul contestației, autoritatea contractantă a susținut că este nefondat deoarece, contrar susținerii acesteia, art. 12.4 alin. (2) din Formularul de contract nu reprezintă o clauză nescrisă în înțelesul dat de dispozițiile art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, nefiind o cerință/criteriu de calificare și/sau selecție prevăzută în caietul de sarcini care să nu fi fost preluată în fișa de date a achiziției, respectiv în anunțul de participare.

Referitor la valoarea instrumentului de asigurare care trebuie constituit și prezentat de ofertant, autoritatea contractantă a susținut că este la nivelul valorii estimate a lor care urmează a fi achiziționate, motiv pentru care, în opinia sa, argumentația contestatoarei este neîntemeiată, la acest moment niciunul dintre actorii implicați în procedura de achiziție publică nu poate ști care va fi valoarea contractului de .

Totodată, autoritatea contractantă a învederat faptul că în estimarea de costuri realizată la nivelul proiectului tehnic, a fost inclus costul acestei asigurări, alocându-se maximum prevăzut de diversele standarde de cost pentru cheltuielile indirecte și anume 10% din valoarea cheltuielilor directe. În conformitate cu prevederile Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, indicative P 91/1-02, costurile cu asigurările sunt incluse în categoria cheltuielilor indirecte.

Referitor la asimilarea de către contestatoare a asigurării solicitate cu categoria garanțiilor prevăzute de legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice, învederând în acest sens prevederile HG nr. 925/2006 ori a penalităților de întârziere, autoritatea contractantă a subliniat caracterul nefondat al acestei motivații, întrucât prin art. 12.4 alin. (2) nu este solicitată o garanție suplimentară, ci s-a nominalizat cel mai mare risc avut în vedere în derularea contractului, dintre cele prevăzute cu caracter general la art. 20.1, fiind clarificat care este condiția de declarare a cheltuielilor ca neeligibile din vina executantului și anume "depășirea termenului de mai 2015" și care este valoarea maximă care trebuie acoperită de către această asigurare, respectiv 53.456.644,28 lei.

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.

Conținutul clauzei 20.1 este prevăzut și în Formularul de contract de recomandat de ANRMAP care, fără a fi obligatoriu, reprezintă un model atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici.

De asemenea, autoritatea contractantă a arătat că, în contractele de tip FIDIC, asimilate în legislația națională în cazul execuției lor pentru proiecte finanțate prin POS Transporturi și POS Mediu, garanția de bună execuție este diferită de asigurarea de 100-110% din valoarea i care trebuie încheiată de către executant și menținută până la recepția lor (conform clauzei 18.2 din condițiile generale ale contractului de).

Condițiile generale și condițiile specifice pentru contractele tip FIDIC pentru execuția de în cadrul proiectelor POS Transporturi și POS Mediu sunt transpuse în legislația națională prin HG nr. 1405/2010, precum și Ordinele ANRMAP nr. 138/2013 și 335/2012. În aceste acte legislative, legiuitorul nu a considerat, precum contestatoarea, că o asigurare pe întreaga valoare a lor este asimilabilă garanției de bună execuție, ci a făcut deosebire între cele două, fiindu-le rezervate două clauze distincte în condițiile generale de contract. Cu alte cuvinte, există acte legislative, care nu modifică prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, în care legiuitorul a prevăzut coexistența acelor clauze referitoare la garanția de bună execuție și la asigurarea totală a lor, indicând că asigurarea respectivă nu intră în categoria garanțiilor de bună execuție.

S-a susținut că folosirea modelelor de contract tip FIDIC nu este obligatorie decât pentru beneficiarii de finanțare prin programele POS Transporturi și POS Mediu.

În aceste condiții, autoritatea contractantă a învederat că scopul garanției de bună execuție, al clauzelor de reziliere, precum și al celei privind penalitățile de întârziere nu este același cu cel al asigurării solicitate, având în vedere următoarele:

- asigurarea solicitată permite achiziției ca în cazul unui contractor culpabil să acopere bugetul necesar finalizării lor prin compensarea sumelor nerambursabile ce le va pierde;
- pactul comisoriu de la art. 12.4 alin. (1) arată în ce condiții autoritatea contractantă poate rezilia contractul;
- clauza penală permite perceperea de penalități de la executant în cazul în care acesta își execută cu întârziere obligațiile contractuale, dar nu acoperă situația probabilă în care întârzierile conduc la imposibilitatea finalizării proiectului și la pierderea finanțării nerambursabile.

Contestatoarea induce prin argumentații false și contradictorii, ideea controlului absolut al autorității contractante asupra desfășurării contractului, aceasta evitând 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 nemaifiind nicio posibilitate să se finalizeze proiectul dacă se va rezilia contractul și se va pierde finanțarea nerambursabilă, deoarece nu va mai exista timpul fizic necesar organizării unei noi proceduri de atribuire pentru finalizarea lor.

Un alt scenariu, ar fi acela în care le nu pot fi finalizate înainte de termenul limită datorită unui furnizor al executantului (de exemplu furnizorul de șină), asigurarea solicitată protejând atât interesele autorității cât și cele ale executantului împotriva unui astfel de risc.

Totodată, autoritatea contractantă învederează faptul că art. 12.4 alin. (2) din Formularul de contract nu reprezintă, așa cum în mod eronat a susținut contestatoarea, o clauză neuzuală dintre cele reglementate de art. 1203 Codul civil.

Prin adresa nr. 11225/..., înregistrată la CNSC sub nr. 21679/..., autoritatea contractantă a transmis extras din contractul de finanțare, precizând totodată că Autoritatea de Management (AMPOR) a impus ca ultima cerere de finanțare să nu depășească iulie 2015, astfel că, pentru a se realiza recepția și transmiterea cererii de plată este necesar ca execuția lor să se finalizeze înainte de mai 2015.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de având ca obiect „ coduri CPV ... *feroviare urbane* (Rev. 2), ... *de construcții de linii electrice* (Rev. 2), ... *auxiliare pentru conducte și cabluri* (Rev. 2), ... *de construcții de canalizări de ape reziduale* (Rev. 2) și ... *de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor* (Rev. 2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... Din informațiile anunțului de participare s-a reținut că valoarea estimată a contractului de achiziție publică este de 53.456.644,28 lei, fără TVA, data de depunere a ofertelor este stabilită la 17.07.2013, iar criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*.

Nemulțumită de conținutul de atribuire, respectiv de fișa de date și Formularul de contract, pentru motivele evocate anterior, ... a depus contestația în analiză, solicitând modificarea cerinței 5 „Omologare AFER” pentru materialele folosite, prevăzută la cap. IV.4.1 „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din fișa de date a achiziției, și eliminarea din Formularul de contract a clauzei prevăzute la art. 12.4 alin. (2).

În ceea ce privește critica contestatoarei formulată împotriva cerinței 5 de la pct. IV.4.1 „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din fișa de date a achiziției, apreciată ca restrictivă,

Consiliul constată că este rămasă fără obiect, fiind modificată de autoritatea contractantă în data de 07.06.2013.

În fișa de date a achiziției, cerința criticată a fost formulată astfel: „Omologarea AFER pentru următoarele materiale folosite: șină de tramvai, aparate de cale, prinderi șină, automatizare macaze, fir de contact, stâlpi rețea de contact. Se solicită prezentarea omologărilor în copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea *conform cu originalul*, valabile la data limită de depunere a ofertelor. Notă: în cazul în care ofertantul nu dispune de certificate de omologare AFER pentru stâlpi rețea de contact, valabile la data limită de depunere a ofertelor, se acceptă prezentarea unei declarații pe proprie răspundere din care să reiasă fără echivoc, că în cazul în care ofertantul este declarat câștigător, va prezenta certificatele valabile de omologare tehnică AFER pentru stâlpi rețea de contact”.

Ulterior, ca urmare a contestației ... prin clarificarea nr. 9298/07.06.2013, publicată în SEAP la data de 07.06.2013, autoritatea contractantă a remediat cerința criticată, aducând acesteia următoarea completare: „ ... Se acceptă ca, în cadrul propunerii tehnice, pentru produsele feroviare critice provenite din import să se prezinte acorduri tehnice emise în condițiile Ordinului ministrului transporturilor nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul. Notă ...”.

Se determină astfel că autoritatea contractantă a modificat cerința criticată, permițând operatorilor economici să prezinte acorduri tehnice emise în condițiile Ordinului ministrului transporturilor nr. 290/2000, pentru îndeplinirea cerinței 5 criticate, în sensul celor susținute de contestatoare.

Referitor la critica contestatoarei formulată împotriva clauzei de la art. 12.4 alin. (2) din cadrul Formularului de contract, prin care s-a solicitat ca, „în caz de întârziere majoră a lor, 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 , în favoarea ... în valoare de 53.456.644,28 lei, valabil pe toată durata contractului”, Consiliul constată temeinicia în parte acesteia.

În cadrul Formularului de contract de , parte a de atribuire, la art. 12 „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, în care a fost cuprinsă și clauza criticată s-au prevăzut: „12.1 – În

cazul în care executantul nu își îndeplinește la termen obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,5% din valoarea aferentă părții neexecutate din contract, pentru fiecare zi de întârziere, calculată de la data scadenței obligației de îndeplinit când executantul este de drept în întârziere.

12.2 – În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termenul convenit la art. 18.1, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,5% din plata neefectuată, pentru fiecare zi de întârziere, calculată de la data scadenței obligației de îndeplinit când achizitorul este de drept în întârziere.

12.3 – Achizitorul își rezervă dreptul de a renunța oricând la contract, printr-o notificare scrisă adresată executantului fără nici o compensație, dacă acesta din urmă dă faliment, cu condiția ca această renunțare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul de acțiune sau despăgubire pentru executant. În acest caz, executantul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract executată până la data denunțării unilaterale a contractului.

12.4 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 ... a contractului de finanțare;

(2) În caz de întârziere majoră a lor, 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 , în favoarea ... în valoare de 53.456.644,28 lei, valabil pe toată durata contractului;

(3) În cazurile de neexecutare, executare necorespunzătoare ori întârziere în îndeplinirea obligațiilor o perioadă mai mare de 20 de zile, pentru care a intervenit sancțiunea rezilierii, 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 quantum 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 lor 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 lor neexecutate, executantul datorează achizitorului daune compensatorii în quantum 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 quantum 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.

12.5 – Pact comisoriu (1) În caz de neexecutare, executare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale principale (art. 11) de către achizitor, precum și al întârzierii în îndeplinirea obligațiilor o perioadă mai mare de 20 zile de la data scadenței, produse din vina achizitorului, executantul are dreptul de a considera contractul desființat de plin drept, fără intervenția instanței de judecată; (2) În caz de reziliere a contractului achizitorul datorează prestatorului, cu titlu de daune compensatorii o sumă egală cu 10% din valoarea contractului, fără TVA.

12.6 – Daunele prevăzute la art. 12.1 și art. 12.4 se vor scădea, în principal, din obligațiile de plată scadente pe care achizitorul le are față de executant și/sau vor fi acoperite prin executarea garanției de bună execuție și a poliței de asigurare (dacă acestea nu sunt îndestulătoare achizitorul va acționa conform art. 26)“.

Față de contractul care urmează a se atribui, în conformitate cu anunțul de participare, pct. III.1.2, s-a avut în vedere și că finanțarea se va realiza din Bugetul local al ... și Asistență financiară nerambursabilă din cadrul Programului Operațional Regional 2007-2013, Axa prioritară 1 – Sprijinirea dezvoltării durabile a orașelor – pol urban de creștere, Domeniul major de intervenție 1.1 – Planuri integrate de dezvoltare urbană, Sub-domeniul: Poli de creștere, COD SMIS: 40253”, iar execuția lor ar trebui finalizată înainte de mai 2015.

Totodată, s-a reținut, potrivit „Raportului de specialitate”, că obiectivul general al proiectului privește „Reabilitarea infrastructurii de transport public aferentă liniei de tramvai 101 etapa II, pe o lungime de 5,85 km cale simplă de rulare și a sistemului rutier adiacent într-o perioadă de 28 de luni de la semnarea contractului de finanțare. Pentru atingerea acestui obiectiv specific, se vor realiza următoarele măsuri: refacerea infrastructurii și suprastructurii căii de rulare a tramvaiului; refacerea peroanelor; refacerea stațiilor ce alimentează cu energie electrică rețeaua de contact a

tramvaiului; refacerea cablurilor de curent continuu; refacerea telecomenzilor cofreților cu separatori cu motor aferenți centrelor de alimentare și secțiunilor din rețeaua de contact; refacerea liniei aeriene de contact, cu asigurarea compensării rețelei prin compensatori cu greutate și suspensie izolată *delta*; refacerea stâlpilor de susținere a rețelei de contact; refacerea sistemului rutier adiacent căii de rulare a tramvaiului”.

Având în vedere complexitatea și anvergura contractului care urmează a se atribui, descris în cele mai sus precizate, clauza contractuală care a făcut obiectul contestației apare ca oportună, protejând autoritatea contractantă de situația în care, executantul, din culpa exclusivă a acestuia poate determina pierderii finanțării nerambursabile, prin depășirea termenului pentru depunerea ultimei cereri de rambursare, ceea ce poate conduce la imposibilitatea finalizării contractului.

Într-o astfel de situație, prin clauza contractuală criticată, executantul poate suporta integral suma nerambursabilă din contractul de finanțare, dintr-un instrument de asigurare constituit în acest sens, în favoarea

Faptul că în cadrul Formularului de contract de au fost cuprinse clauze referitoare la „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor” (art. 12), „Garanția de bună execuție a contractului” (art. 13), pe lângă cea privind asigurarea constituită la data încheierii contractului de , în favoarea ... nu poate atrage caracterul restrictiv sau ilegal al clauzei criticate.

Nici chiar clauza cuprinsă la art. 20 „Asigurări” în referire la asigurarea pe care executantul o va încheia pentru le executate, utilajele, instalațiile de lucru, echipamentele, materialele pe stoc, personalul propriu și reprezentanții împuterniciți să verifice, să testeze sau să recepționeze le, nu poate avea o astfel de consecință în raport cu clauza care a făcut obiectul contestației.

În condițiile în care valoarea corespunzătoare asigurării criticate a fost cuprinsă în valoarea estimată a contractului de , în cadrul procentului de cheltuieli indirecte, potrivit celor precizate de autoritatea contractantă, iar ofertanții nu au obligația de a prezenta în ofertă dovada constituirii respectivei polițe de asigurare, ci doar valoarea primei de asigurare, nu se poate considera că autoarea contestației ar putea suferi vreun prejudiciu din acest punct de vedere.

Pe de altă parte, obligația dovezii constituirii poliței de asigurare va reveni ofertantului a cărei ofertă va fi declarată câștigătoare, iar valoarea primei de asigurare va fi decontată integral de autoritatea contractantă, asigurând astfel îndeplinirea contractului.

Mai mult, contestatoarea nu a făcut dovada imposibilității încheierii unei astfel de polițe de asigurare, de tipul celei criticate.

Separat de cele constatate, Consiliul are în vedere că suma avută în vedere pentru clauza contractuală 12.4 alin. (2) coincide cu valoarea estimată a contractului de , valoare pentru care operatorii economici nu au motive de a obține prima de asigurare, aceasta urmând a fi calculată la valoarea ofertată. Având în vedere că se urmărește obținerea unei polițe de asigurare pentru contractul care se va atribui, relevanță pentru ofertanți în stabilirea primei de asigurare prezintă valoarea ofertată și nu valoarea estimată a contractului. În consecință, se impune modificarea clauzei contractuale criticate, în sensul înlocuirii sintagmei "[...] în valoare de 53.456.644,28 lei [...]", cu sintagma "[...] în valoare de ... (valoarea ofertei) [...]".

Totodată, susținerea contestatoarei privind faptul că autoritatea contractantă se poate asigura de îndeplinirea corespunzătoare a contractului de către ofertantul desemnat câștigător, semnatar de contract, respectiv de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în termen a contractului, prin garanția de bună execuție, potrivit dispozițiilor art. 89 din HG nr. 925/2006, este considerată de Consiliu nefondată.

În timp ce garanția de bună execuție se constituie ca fond la dispoziția autorității contractante în perioada de garanție a lor, asigurarea impusă vizează doar situația de pierdere a finanțării nerambursabile, prin depășirea termenului de „mai 2015 sau de 2 luni înainte de termenul dat de AMPOR pentru depunerea cererii de rambursare”, asigurând astfel autorității contractante posibilitatea finalizării contractului.

Se constată în aceste condiții că, clauza contractuală criticată nu este o clauză nescrisă în înțelesul dat de dispozițiile art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, nefiind incidente prevederile acestui articol [*Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise.*], clauza asigurând autoritatea contractantă pentru o eventuală imposibilitate a îndeplinirii contractului.

În aceste condiții, Consiliul ca nefondată solicitarea contestatoarei privind eliminarea din Formularul de contract de a clauzei prevăzute la art. 12.4 alin. (2).

Față de cele constatate, în temeiul art. ... alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune modificarea clauzei contractuale de la art. 12.4 alin. (2) din Formularul de contract de în sensul înlocuirii sintagmei "[...] în valoare de 53.456.644,28 lei [...]", cu sintagme "[...] în valoare de ... (valoarea ofertei) [...]", în termen

de 10 zile de la data primirii prezentei. În același interval, autoritatea contractantă va publica modificarea în SEAP.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,

Redactată în 4 exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.