



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 25804/... depusă de către ... cu sediul în având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... formulată împotriva adresei nr. 8746/19.07.2013, ce cuprinde răspunsurile la solicitările de clarificări, postată în SEAP în data de 19.07.2013, emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Execuție lucrări în cadrul proiectului «Reabilitare Drum Județean ...»”, coduri CPV 45233120-6, 45112100-6, 45233142-6, 45233220-7, 45233221-4, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la precizarea clară a sursei de finanțare a investiției;
- obligarea autorității contractante la modificarea contractului propus în cadrul documentației de atribuire, în sensul adaptării sale la condițiile imperative stabilite prin Legea nr. 72/2013;
- eliminarea dublei clauze penale din contractul de lucrări propus.

În baza prevederilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite excepția tardivității contestației formulată de ... invocată de către autoritatea contractantă.

În temeiul art. 278 alin. (5) și alin. (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul respinge ca tardivă contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire.

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:

... a formulat contestație împotriva adresei nr. 8746/19.07.2013, ce cuprinde răspunsurile la solicitările de clarificări, postată în SEAP în data de 19.07.2013, emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Execuție lucrări în cadrul proiectului «Reabilitare Drum Județean ...»”, coduri CPV 45233120-6, 45112100-6, 45233142-6, 45233220-7, 45233221-4, solicitând:

- obligarea autorității contractante la precizarea clară a sursei de finanțare a investiției;
- obligarea autorității contractante la modificarea contractului propus în cadrul documentației de atribuire, în sensul adaptării sale la condițiile imperative stabilite prin Legea nr. 72/2013;
- eliminarea dublei clauze penale din contractul de lucrări propus.

În prealabil, contestatorul precizează că potrivit dispozițiilor art. 255 din OUG nr. 34/2006 poate fi contestat orice act al autorității contractante care încalcă dispozițiile legale incidente în materia achizițiilor publice, iar prin alin. (3) din același act normativ se circumscrie în sfera acestor acte orice acte act administrativ precum și orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire. În consecință, contestatorul opinează că în domeniul de aplicare al Ordonanței, pot face obiectul contestării nu numai actele administrative determinate prin art. alin. (1) lit.c) din

Legea nr. 554 ci și operațiunile administrative ale autorității contractante, care în lipsa precizării făcute de art. 255 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, ar fi fost supuse contestării numai odată cu actele administrative la baza cărora stau ori la formarea cărora contribuie.

Totodată, contestatorul afirmă că în materia achizițiilor publice, intenția legiuitorului a fost de a deroga de la dreptul comun în direcția extinderii posibilității de contestare, în mod distinct, a operațiunilor administrative, această derogare justificându-se prin particularitățile procedurii de achiziție publică, mai cu seamă în condițiile în care se impune derularea cu celeritate a acesteia prin clarificarea definitivă a oricăror situații juridice neclare sau neconcordanțe cu legislația direct aplicabilă, în condiții de transparență.

În contextul celor anteprecizate, contestatorul susține că răspunsul la clarificări se încadrează în noțiunea de operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, prevăzută de art. 255 alin. (3) din Ordonanță și din acest motiv este supusă contestării în procedura prevăzută de acest articol.

În susținerea sa contestatorul menționează că prezenta contestație se raportează, din punct de vedere al termenului de depunere, la răspunsul autorității contractante la clarificări, comunicat prin adresa nr. 8746/19.07.2013 și în consecință aceasta este formulată în interiorul termenului prevăzut de art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Cu privire la interesul ... în formularea acestei contestații, contestatorul arată că acesta este motivat de intenția certă de participare la procedura de atribuire, prin achiziționarea documentației, precum și de solicitarea pe care a adresat-o autorității contractante prin intermediul adresei cu nr. 733 din 16.07.2013, conținând solicitări de clarificare sau, după caz, de modificare a contractului propus. În opinia acestuia, interesul său constă în participarea la procedură și câștigarea acesteia, urmărind în acest sens să aibă la dispoziție o documentație de atribuire clară, completă și conformă cu dispozițiile legale.

1. În ceea ce privește primul capăt de cerere, contestatorul critică faptul că în cuprinsul anunțului de participare nr. ... din 15.06.2013, la rubrica III.1.2), rezervată indicării principalelor modalități de finanțare și plată, autoritatea contractantă face trimitere la "*fonduri structurale, în cadrul Programului Operațional Regional 2007 - 2013*", excluzând orice detaliu de natură a servi celor interesați la identificarea concretă a instrumentului structural utilizat, a mecanismului exact de finanțare ori la stabilirea certitudinii că sursele de finanțare există, sunt certe și susceptibile să asigure plata integrală a lucrărilor.

În susținerea sa contestatorul invocă prevederile art. 4 alin. (3) și pe cele ale art. 94 din HG nr. 925/2006 precum și prevederile art. 41 alin. (2) din Legea nr. 273/2006, menționând totodată că participarea la o procedură de atribuire se fundamentează pe certitudinea rezultată din legislația finanțelor publice și din cea a achizițiilor publice care impun autorității contractante ca la semnarea contractului fondurile necesare plății integrale a lucrărilor să fie asigurate. Contestatorul mai adaugă că nu are relevanță că finanțarea este asigurată prin POR 2007-2013 atâta vreme cât și autoritatea contractantă este indiscutabil obligată ca în prealabil, ca și condiție a rambursării cheltuielilor să achite integral executantului contravaloarea lucrărilor executate.

2. Referitor la cel de-al doilea capăt de cerere, contestatorul precizează că prin art. 11.5. din contractul propus, autoritatea contractantă instituie o clauză suplimentară celei deja stabilite prin art. 11.1. și 11.2. :

„11.5 CLAUZĂ PENALĂ

- Spre a da asigurare pentru executarea obligațiilor asumate prin prezentul contract, de comun acord, se stabilește:

1. *neexecutarea obligațiilor contractuale în termenul convenit atrage, în sarcina executantului, următoarele sancțiuni cu caracter patrimonial:*

- penalități conform art. 11.1 din prezentul contract, în sumă de 0,06%/zi din prețul contractului cu TVA, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor;

- reținerea garanției de bună-execuție, astfel cum a fost constituită la dispoziția ...

2. *neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor asumate atrage, în sarcina executantului, următoarele sancțiuni cu caracter patrimonial:*

- reținerea garanției de bună-execuție, astfel cum a fost constituită la dispoziția ...

- plata în favoarea ... cu titlu de daune-interese (despăgubiri), a unei sume egale cu 40% din prețul contractului cu TVA inclus."

Contestatorul arată că potrivit art. 1350 alin. (3) al actualului Cod Civil (Legea nr. 287/2009), "dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părți nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile."

Ca răspuns la întrebarea nr. 27.9, autoritatea contractantă precizează:

„Răspuns:

Clauza penală prevăzută la art.11.5 se menține, întrucât contractul care urmează a fi atribuit are natura juridică a unui

contract administrativ, a cărei trăsătură specifică este inegalitatea juridică a părților.

Prin urmare, autoritatea contractantă publică acționează ca titulară a unor prerogative publice care decurg din interesul general pe care îl apără și îl promovează.

Specificul contractului administrativ constă în recunoașterea dreptului autorității contractante publice de a agrava condițiile contractuale, având în vedere principiul de drept administrativ reglementat în materia contractelor administrative de art.8, alin.3 din Legea contenciosului administrativ nr.554/2004, potrivit căruia libertatea contractuală este subordonată priorității interesului public.

De altfel, clauza penală se activează numai în situația în care se constată neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a contractului, prin prisma obligațiilor contractuale asumate, și are menirea de a stabili anticipat cuantumul daunelor-interese.

În aceste condiții, este clar că justificarea noastră se întemeiază pe dispoziții normative speciale, aplicabile în materia contractelor administrative, situație derogatorie, de la art.1350, alin.3 din N.C.Civ. invocat."

Contestatorul susține că interpretarea ... nu poate fi acceptată, iar conformarea fidelă la dispozițiile unei legi nu poate fi sub nicio formă apreciată ca fiind în opoziție cu interesul public. Acesta invocă în susținerea sa Legea nr. 72/2013 - privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante - așadar de un act normativ cu caracter imperativ, obligatoriu pentru toți destinatarii săi, și care în opinia contestatorului impune subiectelor de drept cărora li se adresează o anumită conduită și anumite obligații.

Cât privește legalitatea clauzei penale stabilite la art. 11.5. din contract, contestatorul subliniază că este vorba de o dublă sancționare a aceleiași situații și implicit de o dublă reparație a unuia și aceluiași prejudiciu în timp ce Codului civil permite părților să stabilească ele însele cuantumul despăgubirilor pentru situația neexecutării culpabile a obligațiilor, fiind astfel realizată o evaluare convențională prin intermediul clauzei penale

Concluzionând, contestatorul precizează că în forma sa actuală, contractul instituie în sarcina viitorului executant două categorii distincte de sancțiuni pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate prin contract, ambele sancțiuni contractuale având natura unor daune - interese, iar cumulul acestora nu este permis deoarece ambele au aceeași finalitate. De asemenea, contestatorul arată că un asemenea cumul ar echivala cu aplicarea a două

sanțiuni de același fel pentru aceeași faptă, respectiv cu o dublă reparație a uneia și aceleiași încălcări a contractului. În final, contestatorul învederează că clauza penală trebuie menținută într-o asemenea manieră încât să-i fie înlăturat caracterul excesiv în dauna vreuneia din părțile contractului și să asigure sancționarea rezonabilă a debitorului.

Prin adresa nr. 9097/29.07.2013, ... în calitate de autoritate contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ... în care invocă excepția tardivității contestației. În acest sens autoritatea arată că documentația de atribuire a fost atașată anunțului de participare nr. .../15.06.2013 ce a fost publicată în data de 15.06.2013, dată de la care se calculează termenul legal de depunere a contestației. Aceasta invocă prevederile art. 256² alin. (1) lit.a) și alin. (2) și menționează că data luării la cunoștință se consideră a fi data publicării documentației de atribuire.

În continuare autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr. 733/16.07.2013, ... a solicitat clarificări cu privire la documentația de atribuire, după 30 de zile de la data publicării anunțului de participare, respectiv a documentației de atribuire, la această adresă autoritatea răspunzând prin adresa nr. 8746/19.06.2013, postată în SEAP în data de 19.07.2013.

Autoritatea contractantă afirmă că în condițiile în care contestația a fost înregistrată la contestator în data de ... iar la ... în data de 26.07.2013 este evidentă nerespectarea termenului legal de formulare a contestației.

Prin adresa nr. 9126/30.07.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. ... autoritatea contractantă formulează completare la punctul de vedere arătând că bugetul este asigurat conform contractului de finanțare astfel:

86,50 % din FEDR; 11,50% din bugetul național; 2% din contribuția proprie a beneficiarului.

Autoritatea precizează și faptul că după primirea contestației a luat decizia de a suspenda administrativ procedura până la soluționarea pe fond a contestației.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă” cu fază finală de licitație electronică pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Execuție lucrări în cadrul proiectului «Reabilitare Drum Județean ...»”, coduri CPV 45233120-6, 45112100-6, 45233142-6, 45233220-7, 45233221-4. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

... din data de 15.06.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind "prețul cel mai scăzut".

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr.34/2006, Consiliul procedează la analizarea excepției tardivității depunerii contestației ... invocată de autoritatea contractantă.

În soluționare Consiliul reține că ... susține faptul că actul atacat prin contestație este adresa nr. 8746/19.07.2013, ce cuprinde răspunsurile la solicitările de clarificări, postată în SEAP în data de 19.07.2013, contestația fiind transmisă și înregistrată la Consiliului sub nr. 225084/....

Analizând contestația formulată prin prisma actului atacat, Consiliul reține că, deși adresa antemenționată clarifică aspecte ce privesc documentația de atribuire, răspunsul autorității la întrebarea nr. 27.9, criticat de contestator nu modifică în niciun fel documentația de atribuire.

Totodată, Consiliul reține că solicitarea de clarificări a fost transmisă autorității de către contestator în data de 16.07.2013, după 30 de zile de la data publicării documentației de atribuire, atașat anunțului de participare nr. ... din data de 15.06.2013

Consiliul admite faptul că răspunsurile la solicitările de clarificări ale operatorilor economici reprezintă „(...) orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire”, așa cum prevăd dispozițiile art. 255 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 însă, apreciază că modificarea documentației de atribuire, solicitată de contestator a fost în fapt respinsă de autoritatea contractantă, astfel că singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului, este documentația de atribuire, act de care ... a luat la cunoștință în data de 15.06.2013, data publicării acesteia în SEAP, atașat anunțului de participare nr. .../15.06.2013.

În aceste condiții, nu are nicio relevanță faptul că ... susține în mod formal contestarea răspunsului la clarificări, întrucât prevederile pretins nelegale sunt cuprinse în documentația de atribuire și nu în actul mai sus menționat.

Ținând cont de data luării la cunoștință a prevederilor considerate nelegale, raportat la data formulării contestației, Consiliul reține următoarele:

Potrivit dispozițiilor art. 271 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, „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”.

Potrivit prevederilor art. 256² alin. (1) lit. a) din actul normativ antemenționat, și anume „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 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, (...) 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)”, iar potrivit art. 256² alin. (2) „în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP (...), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de lucrări care face obiectul contestației, este, potrivit anunțului de participare nr. .../15.06.2013 publicat în SEAP, de 68.633.415,77 RON, prin urmare mai mare decât valoarea prevăzută la art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, având în vedere cele mai sus menționate și ținând cont de dispozițiile art. 271 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, și de cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ, respectiv „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” se constată că, în speță, contestația împotriva documentației de atribuire, de care contestatorul a luat la cunoștință în data de 15.06.2013, trebuia înaintată atât Consiliului, cât și autorității contractante, până la data de 25.06.2013 inclusiv.

Așadar, prin transmiterea contestației la Consiliu la data de ... împotriva unor prevederi considerate nelegale cunoscute încă din data de 15.06.2013, ... nu a respectat termenul prevăzut de legiuitor, sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardivă.

Față de considerentele anterior expuse, Consiliul, având în vedere dispozițiile art. 278 alin.(1) din O.U.G. nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora “Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și

de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, în temeiul art.278 alin.(5) din același act normativ va respinge ca tardivă contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii.

Fără pronunțarea asupra fondului contestației.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...