



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ... 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 nr. ... transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și respectiv sub nr. 413/08.01.2014, formulată de ... – SUCURSALA ... cu sediul social în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI RO..., reprezentată convențional prin Cabinetul de Avocat ... cu sediul în ... unde solicită și comunicarea actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de construcții și instalații aferente obiectivului Lucrări de reabilitare a podurilor de cale ferată peste Dunăre – km 152+149 și km 165+817, linia CF ... – Constanța, SRCF Constanța”, cod CPV 45221112-0, 80511000-9 (Rev. 2), organizată de ... S.A., cu sediul în municipiul ... sector 1, în calitate de autoritate contractantă și a solicitat, în principal, suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr.34/2006 și anularea prevederilor nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și modificarea cerințelor nelegale astfel încât aceasta să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor, respectiv: modificarea sub-clauzei 4.1 - Obligațiile generale ale Antreprenorului, modificarea sub-clauzei 8.7 - Penalități de întârziere, modificarea sub-clauzei 4.22 - Securitatea șantierului, modificarea sub-clauzei 16.2 - Rezilierea contractului de către antreprenor, lit. b, în sensul înlocuirii termenului de 420 de zile cu

termenul de 42 de zile și în subsidiar, în măsura în care se va respinge în tot sau în parte capătul de cerere formulat în principal, anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

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

DECIDE

Respinge, ca nefondată, contestația înaintată de ... – SUCURSALA ... cu sediul social în ... reprezentată convențional prin Cabinetul de Avocat ... cu sediul în ... unde solicită și comunicarea actelor de procedură, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., cu sediul în municipiul ... sector 1 și dispune continuarea procedurii.

Respinge, cererea de suspendare a procedurii ca rămasă fără obiect.

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 nr. ... transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și respectiv sub nr. 413/08.01.2014, formulată de ... – SUCURSALA ... reprezentată convențional prin Cabinetul de Avocat ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., împotriva documentației de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de construcții și instalații aferente obiectivului Lucrări de reabilitare a podurilor de cale ferată peste Dunăre – km 152+149 și km 165+817, linia CF ... – Constanța, SRCF Constanța”, cod CPV: 45221112-0, 80511000-9 (Rev. 2) și a solicitat, în principal, suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr.34/2006 și anularea prevederilor nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și modificarea cerințelor

nelegale astfel încât aceasta să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor, respectiv: modificarea sub-clauzei 4.1 - Obligațiile generale ale Antreprenorului, modificarea sub-clauzei 8.7 - Penalități de întârziere, modificarea sub-clauzei 4.22 - Securitatea șantierului, modificarea sub-clauzei 16.2 - Rezilierea contractului de către antreprenor, lit. b, în sensul înlocuirii termenului de 420 de zile cu termenul de 42 de zile și în subsidiar, în măsura în care se va respinge în tot sau în parte capătul de cerere formulat în principal, anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

În susținerea contestației și a cererii de suspendare a procedurii, contestatoarea arată că fiind interesată de participarea la procedura de atribuire în cauză, a descărcat din S.E.A.P. documentația de atribuire și a procedat la analiza conținutului acesteia în vederea pregătirii ofertei, constatând că modelul de Contract a fost redactat cu încălcarea gravă a prevederilor legale și a principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice. În acest sens, contestatoarea susține că modelul de Contract pus la dispoziție de autoritatea contractantă constă în Condițiile Generale aferente contractului de tip FIDIC pentru clădiri și lucrări ingineresti proiectate de beneficiar și Condițiile Speciale aferente acestui tip de contract. Contestatoarea susține de asemenea că în cuprinsul contestației va demonstra nelegalitatea anumitor clauze contractuale impuse de autoritatea contractantă în modelul de Contract, precum și necesitatea modificării acestora astfel încât să se asigure accesul nerestricționat al tuturor operatorilor economici la procedura de atribuire.

Contestatoarea apreciază că dispunerea măsurii asigurătorii a suspendării se impune pentru a se garanta accesul în condiții egale la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați, participarea la procedura de atribuire a contractului de lucrări fiind strict dependentă de punerea documentației de atribuire în conformitate cu prevederile legale aplicabile.

Contestatoarea susține că în ipoteza în care nu s-ar dispune suspendarea procedurii de atribuire, aceasta ar fi privată de posibilitatea de a depune ofertă în cadrul procedurii, dat fiind caracterul restrictiv și disproporționat al clauzelor contractuale a căror legalitate o contestă. Astfel, paguba ar rezulta tocmai din pierderea posibilității de a oferta pentru acest contract, chiar dacă ar avea câștig de cauza în cadrul prezentei contestații.

În plus, contestatoarea arată că în lipsa suspendării procedurii de atribuire, operatorii economici nu ar beneficia de intervalul de timp suficient și necesar pentru pregătirea ofertelor, iar în cazul în care operatorii economici ar demara pregătirea ofertei încă din acest moment, fără a avea certitudinea modificării clauzelor contractuale în concordanță cu prevederile legale, ar însemna practic să antameze o serie de costuri pe care se vor afla în imposibilitate de a le recupera (salariile personalului pe care ar trebui alocat pregătirii ofertei, costurile aferente obținerii de la autoritățile competente a certificatelor solicitate etc.).

Contestatoarea susține că un alt aspect demn de subliniat este acela că, lipsa unei măsuri de suspendare, autoritatea contractantă poate întârzia, în mod voit, soluționarea contestației până după finalizarea procedurii de atribuire, având în vedere prevederile art. 276 alin. (1) și art. 274 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea susține de asemenea că suspendarea procedurii de atribuire se impune în virtutea art. 275¹ alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și prin raportare la necesitatea protejării interesului public, în sensul că dacă autoritatea contractantă continuă procedura de atribuire inclusiv cu etapa de deschidere a ofertelor, în situația în care contestația sa va fi admisă de Consiliu, autoritatea contractantă se va afla în imposibilitate de a lua măsurile de remediere corespunzătoare, singura soluție posibilă fiind aceea de anulare a procedurii de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea de modificare a clauzelor contractuale, respectiv modificarea sub-clauzei 4.1 - Obligațiile generale ale Antreprenorului, modificarea sub-clauzei 8.7 - Penalități de întârziere, modificarea sub-clauzei 4.22 - Securitatea șantierului, modificarea sub-clauzei 16.2 - Rezilierea contractului de către antreprenor, lit. b, în sensul înlocuirii termenului de 420 de zile cu termenul de 42 de zile, contestatoarea susține că aceste încălcă principiul transparenței și eficienței utilizării fondurilor publice și prevederile Ordinului nr. 5.../2013, restricționează în același timp concurența, autoritatea contractantă încălcând dispozițiile art. 2 alin. 2 din OUG nr.34/2006

De asemenea, contestatoarea susține că aceste clauze contractuale apar ca ambigue și excesive prin raportare la obiectul contractului, autoritatea contractantă încălcând în mod flagrant legislația în domeniul achizițiilor publice, respectiv art. 33 din OUG nr.34/2006.

Astfel, contestatoarea susține că potrivit sub-clauzei 4.1 din Condițiile Speciale de Contract, „Antreprenorul va proiecta (atât cât se specifică în contract), executa și termina lucrările în conformitate

cu prevederile Contractului și va remedia orice defecțiuni ale lucrărilor. [...] Antreprenorul va furniza echipamentele și documentele Antreprenorului specificate în Contract, precum și tot personalul Antreprenorului, bunurile, consumabilele și alte produse sau servicii, provizorii sau permanente, necesare pentru proiectarea, execuția, terminarea lucrărilor și remedierea defecțiunilor". De asemenea, contestatoarea susține că sub-clauza 4.1. face vorbire despre obligația Antreprenorului de a proiecta „atât cât se specifică în contract", fără ca în Contract să se regăsească precizări suplimentare în acest sens, în timp ce, doctrina de specialitate, se arată că sintagma „atât cât se specifică în contract" trebuie descrisă în mod clar în Caietul de sarcini astfel încât ofertanții să nu fie în dubiu cu privire la obligațiile pe care Antreprenorul și le asumă prin Contract.

Contestatoarea solicită modificarea sub-clauzei 8.7 - Penalități de întârziere susținând că acestea sunt lipsite de claritate și sunt discreționare. Astfel, contestatoarea susține că potrivit sub-clauzei 8.7 din Condițiile Generale de Contract, suma totală datorată de Antreprenor cu titlu de penalități de întârziere este limitată la un plafon maxim prevăzut în Anexa la ofertă. În contractele de tip FIDIC, acest plafon maxim variază, în general, între 5% și 15% iar în doctrina de specialitate, rațiunea limitării acestei sume este reprezentată de faptul că în etapa de pregătire a ofertelor, ofertanții își evaluează răspunderea contractuală față de Beneficiar și au în vedere eventuala plată a penalităților de întârziere specificate în documentația de atribuire. Prin urmare, contestatoarea apreciază că stipularea de către autoritatea contractantă a unei limite clare și transparente a penalităților de întârziere este esențială în luarea deciziei de a participa la o anumită procedură de atribuire.

Referitor la modificarea subclauzei 4.22 - Securitatea șantierului, conform căreia „In cazul nerespectării de către Antreprenor a obligației de a asigura implementarea și menținerea unui astfel de plan de management al traficului[...] Beneficiarul are dreptul, în baza subclauzei 2.5, să solicite despăgubiri din partea Antreprenorului, în raport cu prejudiciul creat și potrivit instrucțiunii/ determinării Inginerului", contestatoarea susține că autoritatea contractantă stabilește din nou în mod netransparent dreptul său de a solicita despăgubiri, fără a arăta care este cuantumul acestora sau cel puțin limita minimă/maximă a despăgubirilor.

Contestatoarea susține că subclauza 16.2 din Condițiile Speciale stabilește dreptul Antreprenorului de a rezilia Contractul pentru neexecutarea de către autoritatea contractantă a obligației

de plată numai dacă acesta nu primește suma datorată în termen de 420 de zile după expirarea termenului la care trebuia efectuată plată și consideră că autoritatea contractantă stabilește prin Condițiile Speciale, în favoarea sa, un termen în care poate efectua plata fără ca Antreprenorul să fie îndreptățit la reziliere la un nivel de 10 ori mai mare decât cel al termenului stipulat în Condițiile Generale de Contract. Potrivit art. 16.2 din Condițiile Generale, Antreprenorul era îndreptățit la reziliere după expirarea unui termen de 42 de zile. În acest context, contestatoarea apreciază că introducerea acestui termen în favoarea autorității contractante este vădit disproporționată întrucât este extrem de oneroasă pentru Antreprenor, existând riscul ca acesta să fie nevoit să finanțeze din surse proprii execuția lucrărilor pentru o perioadă de peste 1 an, fără a avea posibilitatea de a înceta Contractul; este profund dezechilibrată având în vedere că în temeiul sub-clauzei 15.2 din Contract, Beneficiarul are dreptul de a rezilia Contractul potrivit pactului comisoriu de gradul IV, după doar 14 zile de la transmiterea unei înștiințări către Antreprenor; restrânge accesul la procedura de atribuire având în vedere că impunerea unor clauze contractuale restrictive are drept efect descurajarea operatorilor economici de a mai participa cu ofertă la procedură.

De asemenea, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu numai că a eliminat prin Condițiile Speciale limita maximă a penalităților specifică contractelor de tip FIDIC, dar a înțeles să și opteze pentru o formulare ambiguă, care face referire la orice alte sume datorate de beneficiar către terți, potrivit determinării Inginerului. Contestatoarea apreciază că o asemenea formulare lipsește Antreprenorul de orice fel de predictibilitate în estimarea riscului pe care și-l asumă prin semnarea contractului, acesta devenind practic subordonat determinării arbitrare a Inginerului în ceea ce privește cuantumul penalităților datorate.

Concluzionând, contestatoarea subliniază faptul că prevederile documentației de atribuire sunt nelegale, considerând că se impune, în principal, modificarea clauzelor contractuale, astfel încât acestea să fie puse în concordanță cu legislația achizițiilor publice sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006 cu consecința reluării acesteia de către autoritatea contractantă.

Contestatoarea precizează faptul că își rezervă dreptul de a completa prezenta contestație, atât sub aspectul capetelor de cerere, cât și cu privire la suplimentarea motivelor, după ce va lua cunoștință de toate documentele aflate în dosarul de achiziție publică.

În dovedirea contestației sale, ... - SUCURSALA ... reprezentată convențional prin Cabinetul de Avocat ... a depus, în copie, un set de documente.

Prin adresa nr. 218/... .. transmisă prin fax și recepționată de către autoritatea contractantă ... S.A. în aceeași zi, Consiliul a solicitat, printre altele, comunicarea, până la data de 09.01.2014 ora 12⁰⁰, a susținerilor sale referitoare la cererea de suspendare a procedurii formulată de contestatoare în cuprinsul contestației sale.

Autoritatea contractantă ... S.A a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 18/1/13/09.01.2014, transmisă pe fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 593/09.01.2014, solicitând respingerea contestației pentru toate capetele de cerere și continuarea procedurii.

În punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă prezintă susținerile sale privind fondul contestației, subliniind faptul că modelul de contract, despre care contestatoarea susține că a fost „redactat cu încălcarea gravă a prevederilor legale”, este conform Anexei nr. 2 la Ordinul Ministrului Transporturilor nr.774/2013 publicat în Monitorul Oficial al României nr. 294 bis/ 23 mai 2013.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă susține că potrivit prevederilor H.G. nr. 1405/2010 art.2 și 3, CNCF ... SA în calitate de autoritate contractantă și companie aflată în subordinea Ministerului Transporturilor, are obligația de a folosi și respecta modelul de contract prevăzut în Anexa la OMT 774/2013.

Ordinul a fost emis și publicat în condițiile legii privind emiterea unor acte normative, a fost trecut prin procedura consultării publice prin publicarea pe site-ul Ministerului Transporturilor. Autoritatea contractantă susține de asemenea că „CNCF ... SA a răspuns solicitărilor transmise de operatorii economici și a obținut avizul Consiliului de Dialog Social, motiv pentru care a fost publicat în această formă. Având în vedere cele prezentate, în ce privește modificarea clauzelor contractuale respectiv Condițiile Speciale de Contract, autoritatea contractantă apreciază solicitarea contestatoarei ca fiind tardivă.

Referitor la afirmațiile contestatoarei potrivit cărora prin aplicarea subclauzelor (SC) care fac parte din condițiile speciale publicate în OMT 774/2013 acestea ar fi „discreționare”, autoritatea contractantă susține că „aceasta este o interpretare eronată a textelor” și exemplifică cu interpretarea contestatoarei privind SC 8.7 prin care solicită un plafon maxim al penalităților. Astfel, autoritatea contractantă susține că odată cu publicarea și aplicarea OMT 774/2013, s-a renunțat la acest plafon deoarece din

implementarea altor contracte FIDIC, s-a constatat că pentru două contracte cu obiecte diferite adjudecate de același ofertant, dar care erau dependente ca timp, la un contract întârzia cu finalizarea și datora penalități de întârziere în limita unui plafon de „15% din valoarea de contract” care era de 10 ori mai mică decât valoarea de contract în care autoritatea contractantă urma să predea amplasamentul, în speța aceluiași antreprenor care solicita la rândul său penalități pentru întârzierea predării amplasamentului de către autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind eronată interpretarea contestatoarei cu privire la faptul că „măsura rezilierii contractului de către Antreprenor după expirarea unui termen de 420 zile pentru neplată ar face ca lucrările să fie efectuate din *surse proprii* ale Antreprenorului” deoarece aceștia au la dispoziție pârghia penalităților de întârziere și procedura instanțelor civile, în situația când autoritatea contractantă ar fi într-o dificultate de plăți și nicidecum o rea voință.

Concluzionând, autoritatea contractantă susține că aplicarea condițiilor speciale publicate prin OMT 774/2013 crește siguranța că autoritatea contractantă va promova un climat concurențial, nediscriminatoriu și va duce la o mai mare eficiență a utilizării fondurilor publice și UE.

Apreciind că problema de fond a fost lămurită, autoritatea contractantă susține că eventuala admitere a cererii de suspendare a procedurii este lipsită de temei și rămâne nemotivată.

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind nefondată cererea contestatoarei de suspendare a procedurii și interpretarea acesteia în ceea ce privește dispozițiile art. 275¹ din OUG nr.34/2006 privind „prevenirea unei pagube iminente” și susține că, având ca sursă de finanțare fonduri obținute de la Comisia Europeană, respectă procedura de publicare și forma de contract ca urmare a aplicării OMT 774/2013 și nu produce nici o pagubă nici unui operator economic.

Autoritatea contractantă precizează faptul că a publicat contestația în SEAP la data de 09.01.2014 și a transmis punctul său de vedere contestatoarei, atât pe fax cât și e-mail la adresele menționate în contestația depusă.

Punctul de vedere al autorității contractante este însoțit de Programul anual al achizițiilor publice nr.9/3/953/2013, Nota justificativă privind estimarea valorii contractului nr. 17/ UMP/ 11/ 162/ 2013, Nota justificativă privind alegerea criteriilor de calificare și a criteriilor de atribuire pentru atribuirea contractului nr. 18/ 1/ 1693/ 19.12.2013 și anunțul de participare publicat în SEAP sub nr.

1487 15/ 25.12.2013, documente care alături de documentația de atribuire publicată în SEAP la aceeași dată cu anunțul arătat, constituie, conform art. 213 și 215 din OUG nr.34/2006, dosarul achiziției publice în actualul stadiu al procedurii.

Având în vedere stadiul procedurii și obiectul contestației Consiliul constată că cererea de studiere a dosarului achiziției publice nu îi poate aduce contestatoarei nici o informație în plus necesară susținerii cauzei constituind doar un motiv de amânare neîntemeiată a soluționării cauzei, astfel încât Consiliul, a respins această cerere a contestatoarei și față de documentele aflate la dosar, va proceda la soluționarea cauzei pe fond.

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

Autoritatea contractantă ... S.A a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de construcții și instalații aferente obiectivului *Lucrări de reabilitare a podurilor de cale ferată peste Dunăre – km 152+149 și km 165+817, linia CF ... – Constanța, SRCF Constanța*”, cod CPV 45221112-0, 80511000-9 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare (utilități) nr. ... stabilind data de depunerii ofertelor la 25.02.2014 ora 11⁰⁰ și data deschiderii ofertelor la data de 25.02.2014 ora 13⁰⁰, criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” și o valoare estimată fără TVA de 154.987.060 RON.

În cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP se regăsește formularul denumit „Acord contractual. Contract (număr)”, ce urmează a fi încheiat de către autoritatea contractantă și operatorul economic declarat câștigător, document din conținutul căruia rezultă că parte a contractului sunt și „d) Condițiile speciale ale contractului” și „e) Condițiile generale ale contractului”, mențiuni explicate la pagina 3 astfel: „Condițiile speciale ale contractului sunt cele prevăzute în Anexa nr. 2 la OMT nr. 774 din 15 mai 2013 /.../ publicat în Monitorul Oficial al României nr. 294 bis/ 23 mai 2013” și respectiv „Condițiile generale ale contractului sunt cele prevăzute în Anexa nr. 2 la HG nr. 1405/ 28.12.2010 /.../ publicat în Monitorul Oficial al României nr. 51/ 20 ianuarie 2011”.

În cadrul documentației de atribuire sunt publicate și anexele celor două acte normative.

Procedând la verificarea clauzelor contractuale criticate de contestatoare, Consiliul constată că acestea constituie de fapt clauze aprobate prin OMT nr. 774/ 2013 ceea ce face dovada că în realitate autoritatea contractantă a procedat la întocmirea

documentației de atribuire cu aplicarea întocmai a unor reglementări legale imperative astfel încât cererea contestatoarei de modificare a acestora ori de anulare a procedurii apare ca nefondată.

În raport de cele reținute anterior cererea de suspendare a procedurii apare ca fiind rămasă fără obiect.

Pentru motivele arătate și în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... - SUCURSALA ... reprezentată convențional prin Cabinetul de Avocat ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A. și va dispune continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică în discuție.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 4 exemplare originale, conține 10 pagini.