



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 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. ... cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ... / ... /...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... transmisă prin fax, de către ... cu sediul în municipiul ... str. ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având C.U.I. RO ... reprezentată legal prin ... și consilier juridic ... împotriva invitației de participare și a documentației de atribuire publicate în SEAP de către ... cu sediul în localitatea ... str. ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Executarea lucrărilor de modernizare și reabilitare privind căile de comunicații din cadrul proiectului «Modernizare drumuri forestiere comuna ... județul ... cod CPV 45233140-2 lucrări de drumuri (Rev. 2)*”, se solicită admiterea contestației, remedierea documentației de atribuire și prelungirea termenului de depunere a ofertelor „cu o perioadă suficientă”. Totodată, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de ... cu sediul în municipiul ... str. ... județul ... în contradictoriu cu cu sediul în localitatea ... str. ... județul ...

Obligă autoritatea contractantă ca, în 11 zile de la primirea deciziei, să procedeze la rectificarea documentației de atribuire în sensul reținut în motivarea prezentei, termen în interiorul căruia modificările operate vor fi publicate în SEAP, concomitent cu prorogarea datei de depunere a ofertelor cu min. 5 zile față de data publicării modificărilor dispuse.

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

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. critică invitația de participare și documentația de atribuire elaborate de în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Executarea lucrărilor de modernizare și reabilitare privind căile de comunicații din cadrul proiectului «Modernizare drumuri forestiere comuna ... județul ... solicitând admiterea contestației, remedierea documentației de atribuire și prelungirea termenului de depunere a ofertelor „cu o perioadă suficientă”*. Totodată, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Contestatoarea susține că documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire conține cerințe abuzive, care încalcă legislația în domeniul achizițiilor publice, sens în care aceasta consideră că se impun demersuri ca:

1. Completarea cerinței de calificare conținută de cap. III.1.1.a) „Garanție de participare” al fișei de date a achiziției, prin care se solicită **„Cuantumul garanției de participare: 65.000 lei”**, în legătură cu care autoritatea contractanta a omis precizarea posibilității ca ofertanții din categoria IMM să depună 50 % din cuantum, în conformitate cu prevederile Legii nr. 346/2004, încălcându-se astfel, în opinia petentei, principiul transparenței, respectiv prevederile art. 2 și art. 17 din O.U.G. nr. 34/2006.

2. „Conformarea” cu prevederile legale în vigoare a cerinței minime de calificare de la Cap. III.2.2 „Capacitatea economică și financiară” al fișei de date a achiziției, prin care se solicită ofertanților să facă dovada că au capacitate de susținere financiară a lucrărilor pe o perioadă de 2 luni cu suma de 2.038.671 lei, pentru care s-au impus prezentarea de *„documente edificatoare din care sa rezulte capacitatea financiară pentru susținerea contractului de execuție, documente prin care*

*operatorul economic demonstrează ca **la data limita de depunere a ofertelor** va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banei ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru 2 luni de derulare a contractului conf. graficului de execuție”.*

Contestatoarea apreciază că cerința privind demonstrarea de către ofertanți a capacității financiare la momentul depunerii ofertelor este restrictivă și solicită Consiliului să constate faptul că, în conformitate cu Anexa nr. 1 la Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/2011, cerința în cauză „se solicită a fi îndeplinită **la momentul încheierii contractului**”.

3. Petenta critică clauza nr. 18.1 - „Modalități de plată” din Modelul de contract, potrivit căreia „achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 90 zile de la emiterea facturii, în funcție de tranșele acordate, graficul de plată și existența disponibilului în contul alocat finanțării”, susținând că, deși termenul de plată de 90 de zile este un termen „foarte generos”, inaplicabil în relațiile comerciale pure, achizitorul condiționează îndeplinirea propriilor obligații de plată față de executant de „existența disponibilului în contul alocat finanțării”, respectiv de propriul contract de finanțate.

Astfel, contestatoarea susține că, prin clauza mai sus redată, se încalcă nejustificat dreptul la plată al executantului care devine incert și dependent de relația obligațională născută dintr-un contract distinct încheiat între Comuna ... și terțul finanțator.

Invocând principiul de drept public potrivit căruia „statul și instituțiile publice sunt întotdeauna solvabile”, autoarea contestației opinează că, „indiferent de proiectul pe care Comuna ... își finanțează investiția supusă procedurii de atribuire, aceasta trebuie să-și onoreze obligațiile asumate, prin contract, cu executantul”.

Apreciind clauza mai sus redată ca fiind abuzivă, ... solicită eliminarea sintagmei „**în funcție de existența disponibilului în contul alocat finanțării**”.

4. Contestatoarea consideră că o altă clauză ce se impune a fi revizuită este cea de la art. 12 „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor” din Modelul de contract, potrivit căreia „12.1 „În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește sa-si îndeplinească obligațiile asumate prin contract într-o perioadă de 60 zile, atunci achizitorul este îndreptatit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cota procentuală de 0,1%, pe fiecare zi de întârziere din prețul contractului”.

Invocând faptul că, în propunerea de contract nu există penalități și în sarcina achizitorului pentru neîndeplinirea culpabilă a contractului, iar penalitățile de întârziere pentru executant sunt raportate la valoarea contractului și nu la valoarea lucrărilor neexecutate, petenta consideră că „se încalcă grav principiul proporționalității definit de O.U.G. nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, fiind de asemenea afectat și principiul fundamental al echivalenței prestațiilor consacrat de legislația europeană în vigoare”.

Totodată, ... afirmă că „nu are nici o acoperire legală, inechitatea ce apare între penalitățile impuse executantului care se raportează la întreaga valoare a contractului și cele impuse achizitorului care lipsesc cu desăvârșire”, fapt pentru care solicită Consiliului „să dispună revizuirea clauzei în sensul raportării penalităților la lucrările neefectuate și introducerea de penalități, în același quantum și pentru achizitor”.

5. Precizând că, la art. 12 „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor” din Modelul de contract, art. 12.4 prevede că „În cazul în care executantul întârzie execuția lucrărilor, iar din acest motiv, achizitorul este nevoit să solicite prelungirea contractului de finanțare încheiat cu APDRP peste data de 31.10.2014, executantul va suporta, la prima solicitare a beneficiarului, penalitățile percepute de către APDRP în vederea prelungirii contractului de finanțare. Aceste sume nu se pot constitui ca și scăzăminte din situațiile de plată fiind virate direct achizitorului”, petenta opinează că și această clauză este abuzivă și se impune a fi revizuită, în condițiile în care nu se precizează dacă penalitățile vor fi exigibile doar în situația în care executantul întârzie lucrările din vina sa exclusivă, dat fiind faptul că întârzierea lucrărilor poate surveni și din cauze care nu au nici o legătură cu vina exclusivă a executantului, respectiv: apariția de lucrări suplimentare, emiterea ordinului de execuție în lunile de iarnă, când nu se pot executa lucrări, etc.

6. ... mai susține că, în listele de cantități de lucrări încărcate în SEAP, s-a constatat existența unor tipuri de lucrări pe care executantul nu le poate executa decât dacă deține autorizație deținere, transport și folosire materii prime explozibile, conform Legii nr. 126/1995, fapt pe care autoritatea contractantă nu l-a adus la cunoștința ofertanților, neinformându-i corect și complet.

Astfel, arată petenta, în volumul PT-PS3, apare precizată categoria de lucrări „Săpătura în stâncă prin explozivi” :

- pag. 159 – Tronson 2 – categoria săpătură de pământ: art. 2 TSB02C1 – săpătură în stâncă prin forare cu explozivi = 1.132,00 mc;

- pag. 199 – Tronson 1 ... – categoria săpătură de pământ. Art. 2 TSB02C1 - săpătură în stâncă prin forare cu explozivi = 263,10 mc.

Contestatoarea subliniază că, în conformitate cu prevederile art. 8 din Legea nr. 126/1995 privind regimul materiilor explozive, doar persoanele autorizate în baza acestui act normativ pot deține și folosi explozibili, iar potrivit art. 37 alin. (3) „Orice operațiune cu articole pirotehnice, efectuată fără un drept, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an”.

7. O altă critică a petentei vizează includerea, de către autoritatea contractantă, în listele cu cantități de lucrări a unor tipuri lucrări pe care executantul nu le poate realiza decât dacă este autorizat pentru defrișări în activitatea de exploatare forestieră, fapt pe care autoritatea contractantă nu l-a adus la cunoștința ofertanților, neinformându-i corect și complet.

În acest sens, se arată următoarele: la pagina 197 Tronson 2, la categoria de lucrări „Defrișări”, apar următoarele articole: art. 1 TSG04A1 - Defrișare mecanică = 0,09 hectare; art. 3 TSG07G1 - Scoatere cioate = 120 buc; la pagina 236 Organizare șantier - categoria „Curățare platformă masă lemnoasă”: art. 1TSG04A1 - Defrișare mecanică = 0,085 hectare; la pagina 237 Organizare șantier - categoria „Dezrădăcinare cioate”: art. 1TSG07G1 - „Scoatere cioate” = 20 buc.

Invocând prevederile cap. VIII din Legea nr. 46/2008 privind Codul silvic, petenta redă dispozițiile art. 62 alin. (2) - *„Exploatarea masei lemnoase se face de persoane juridice atestate de autoritatea publică centrala care răspunde de silvicultură”* și pe cele ale art. 108 - *„tăierea copacilor fără drept constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea”*.

În raport de cele prezentate la pct. 7 și 8 ale contestației, petenta apreciază că, prin neinformarea potențialilor participanți la procedura de atribuire despre faptul că în situația în care nu dețin autorizații sau nu subcontractează aceste lucrări (cu declararea legală a subcontractanților la depunerea ofertei), vor fi puși în situația de a nu putea finaliza contractul de lucrări și de a plăti astfel autorității daune și penalități, susținând că astfel autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței, fapt pentru care petenta solicită Consiliului să dispună revizuirea cerințelor de calificare.

În drept, au fost invocate prevederile O.U.G. nr. 3472006, H.G. nr. 925/2006, Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, Legea nr. 126/1995 privind regimul materiilor explozibile, Legea 46/2008, Legea nr. 346/2004.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Prin adresa nr. 694/14.02.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 5152/14.02.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... solicitând respingerea acesteia, cu precizarea că toate cerințele privind documentele de calificare au fost verificate de către ANRMAP înaintea publicării acestora.

În ceea ce privește critica contestatoarei potrivit căreia nu a menționat în fișa de date a achiziției faptul că, potrivit prevederilor legale IMM-urile beneficiază de o reducere de 50% din cuantumul garanției de participare, apreciază că acest fapt „nu înseamnă că nu se respectă legea care primează întotdeauna”.

Referitor la critica petentei vizând cerința privind demonstrarea capacității de susținere financiară, opinează că ... *„nu a înțeles faptul că el trebuie sa demonstreze, la data limita de depunere a ofertelor, că va avea acces la resurse, ceea ce intră în vigoare (cele 2 luni) după începerea lucrărilor”*.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la aspectele financiare ale contractului de la pct. 18 „Modalități de plată” din modelul de contract, organizatoarea procedurii precizează că *„fiind vorba de fonduri europene (...) nu are nici o posibilitate de a le gestiona altfel”*, iar penalitățile în cuantum de 0,1% din prețul contractului ce ar urma să fie aplicate executantului ca penalități în caz de întârziere „sunt

conforme cu legislația în vigoare”, întrucât „fiind vorba de fonduri europene, contractul nu poate depăși data de 31.10.2014”.

Referitor la observațiile de la punctele 6 și, respectiv, 7 din cuprinsul contestației, prin care ofertantul sesiza existența unor tipuri de lucrări pe care executantul nu le poate executa decât dacă deține autorizațiile necesare realizării acestora, și anume categoriile de lucrări „Săpătură în stancă cu ajutorul explozivilor” și „Defrișări”, COMUNA ... subliniază faptul că „în cadrul proiectului sunt propuse tehnologii de execuție alcatuite cu articole de lucrări din cadrul Indicatoarelor de norme deviz, ediția 1981, care sunt în conformitate cu cerințele din legislația din construcții, aflate în vigoare”, iar proiectul tehnic, partea scrisă, partea desenată, caietele de sarcini și liste de cantități au fost pus la dispoziția ofertanților.

Astfel, organizatoarea procedurii precizează că „la întocmirea ofertei, ofertantul se va asigura că deține resurse pentru materiale necesare, personal calificat, echipamente necesare, mijloace de transport, autorizații necesare pentru realizarea lucrării conform prevederilor proiectului. În caz contrar ofertantul nu îndeplinește condițiile de depunere a ofertei pentru lucrările de execuție”.

Prin adresa nr. 770/93 din 20.02.2014, transmisă prin fax, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 5405/20.02.2014, intitulată „Completare la punctul de vedere inițial, comunicat cu adresa nr. 694/14.02.2014”, autoritatea contractantă, referindu-se la criticile petentei de la pct. 7 al contestației, precizează următoarele: „Referitor la categoria de lucrări «Defrișări» în vederea clarificărilor care fac trimitere la Legea nr. 46/2008, privind Codul silvic, cap. VIII, art. 62, alin. (2) «Exploatarea masei lemnoase se face de persoane juridice atestate de autoritatea publică centrală care răspunde de agricultură», menționăm faptul că ne-am adresat RPL Ocolul Silvic, care administrează fondul forestier din zona adiacentă drumului forestier studiat și, potrivit răspunsului primit, pentru execuția lucrărilor de defrișări cuprinse în proiect și descrise mai jos, nu este necesar ca ofertantul lucrărilor de execuție să fie atestat de autoritatea publică centrală care răspunde de silvicultură.

Descrierea lucrărilor de Defrișare necesare și cuprinse în cadrul proiectului: Pentru asigurarea lățimii amprizei drumului (partea carosabilă, acostamente, șanțuri și platforme de încrucișare) și pentru a fi posibilă manevra și accesul utilajelor la execuție sunt necesare lucrări de degajare și îndepărtare vegetație, tăiere crengi care formează efectul de tunel peste partea carosabilă, defrișarea tufișurilor și arbuștilor cu diametru mai mic de 10 cm și scoaterea manuală a cioatelor din zona de amplasament a: șanțurilor, ziduri de sprijin de rambleu, platforme de încrucișare și a zonelor unde sunt necesare lucrări de reprofilări taluz debleu. Menționăm că amplasamentului platformelor de încrucișare din proiect s-a prevăzut în zonele în care lățimea platformei existente permite amenajarea acestora respectiv platformele de încrucișare nu sunt prevăzute în zone împădurite.

2. Referitor la solicitarea privind personalul calificat și echipamentele acestea vor corespunde cu prevederile articolelor de lucrări: TSG04A1 - defrișat mecanic..., TGS07G1 - scos man.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documente ale dosarului achiziției publice.

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

.... ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin cerere de oferte cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Executarea lucrărilor de modernizare și reabilitare privind căile de comunicații din cadrul proiectului «Modernizare drumuri forestiere comuna ... județul ... cod CPV 45233140-2 lucrări de drumuri (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... atașat căreia a fost publicată documentația de atribuire.

Valoarea estimată a contractului este de 6.192.023 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În invitația de participare nr. ... la secțiunea „Stare procedură” se regăsește mențiunea: „suspendată (din 19.02.2014)”.

Considerând nelegale anumite prevederi și cerințe ale documentației de atribuire, ... a atacat în termen legal respectiva documentație prin contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

Raportat la susținerile părților, documentele depuse la dosarul cauzei și normele legale în vigoare în materia achizițiilor publice, Consiliul constată următoarele:

1. Referitor la solicitarea petentei de completare a cerinței de calificare conținută de cap. III.1.1.a) „Garanție de participare” al fișei de date a achiziției, prin care se solicită „**Cuantumul garanției de participare: 65.000 lei**”, în legătură cu care autoritatea contractanta a omis precizarea posibilității ca ofertanții din categoria IMM să depună 50% din quantum, în conformitate cu prevederile Legii nr. 346/2004, Consiliul are în vedere faptul că facilitatea IMM referitoare la reducerea nivelului garanțiilor ce se constituie în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică este reglementată de art. 16 alin. (2) din Legii nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii.

Întrucât, prin art. 16 alin. (2) din Constituția României se statuează că „*nimeni nu este mai presus de lege*”, ceea ce semnifică faptul că legea are forță obligatorie față de toți, în timp ce principiul de drept „*nemo censetur ignorare legem*” consacră prezumția absolută a cunoașterii legii, menționarea, sau nu, de către autoritatea contractantă, în documentația de atribuire, a posibilității operatorilor economici IMM de a constitui garanția de participare redusă cu 50% nu prezintă relevanță, fiind interesul fiecărui operator economic de a-și valorifica facilitățile acordate prin lege, autoritatea contractantă având doar obligația de a se supune legii în sensul de a accepta necondiționat quantumul redus al garanției de către IMM-uri.

Cum facilitatea reducerii garanției de participare este reglementată de drept, astfel că lipsa unei astfel de precizări din documentație nu poate produce niciun prejudiciu petentei, neputând fi considerată nici abatere de la obligațiile autorității contractante instituite de art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, solicitarea contestatoarei de completare a documentației de atribuire cu mențiunea invocată este neîntemeiată.

2. Solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la conformarea acesteia la reglementările Anexei nr. 1 a Ordinului Președintelui ANRMAP nr. 509/2011 în ceea ce privește cerința minimă de calificare impusă prin pct. III.2.2 „Capacitatea economică și financiară” al fișei de date a achiziției, prin care se solicită ofertanților să facă dovada că au capacitate de susținere financiară a lucrărilor pe o perioadă de 2 luni cu suma de 2.038.671 lei, prin prezentarea de *„documente prin care operatorul economic demonstrează că, **la data limita de depunere a ofertelor**, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii (...)*” se va analiza în raport de prevederile legale invocate conform cărora: *„**Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului**, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de executie a lucrării pentru perioada precizata”*.

Critica petentei fiind întemeiată, autoritatea contractantă va fi obligată la modificarea cerinței criticate în sensul reglementat prin Ordinului Președintelui ANRMAP nr. 509/2011, respectiv la înlocuirea sintagmei *„**la data limita de depunere a ofertelor**”*, cu precizarea *„**la momentul semnării contractului**”*, fără a se înțelege însă prin aceasta că dovada accesului la resurse ar trebui constituită la o dată, diferită de data depunerii ofertelor.

3. Critica societății contestatoare privitoare la clauza nr. 18.1 - *„Modalități de plată”* din Modelul de contract, potrivit căreia *„achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 90 zile de la emiterea facturii, în funcție de tranșele acordate, graficul de plată și existența disponibilului în contul alocat finanțării”*, referitor la care petenta menționează că este nelegală condiționarea îndeplinirii obligațiilor de plată ale autorității contractante de *„existența disponibilului în contul alocat finanțării”* se va analiza în raport de prevederile Legii 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, respectiv:

- art. 1 alin. (1) - *„Prezenta lege se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile”;*

- art. 3 alin. (2) „Dobânda penalizatoare curge de la scadență până la momentul plății, în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare”;

- art. 12 – „**Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă**”;

- art. 15 alin. (1) – „**Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută**”.

Fiind o clauză abuzivă, Consiliul va anula partea clauzei nr. 18.1 - „*Modalități de plată*” din Modelul de contract constituită de condiția „*în funcție de (...) existența disponibilului în contul alocat finanțării*”.

4. În analiza susținerilor societății contestatoare conform cărora clauza art. 12 din proiectul de contract - „*Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor*”, subclauza „12.1 *În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește sa-si îndeplinească obligațiile asumate prin contract într-o perioadă de 60 zile, atunci achizitorul este îndreptatit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cota procentuală de 0,1%, pe fiecare zi de întârziere din prețul contractului*” este nelegală din două considerente:

- raportarea penalităților de întârziere pentru executant *la valoarea contractului* și nu la valoarea lucrărilor neexecutate;

- neinclusiunea în proiectul de contract de penalități și în sarcina achizitorului pentru neîndeplinirea culpabilă a contractului,

Consiliul se va raporta la prevederile Legii 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, art. 1 alin. (1) – „**Prezenta lege se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile**”; art. 12 – „**Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă**”.

Astfel, „*penalitatea în sumă echivalentă cu o cota procentuală de 0,1%, pe fiecare zi de întârziere din prețul contractului*” este nelegal stabilită, aceasta putând a fi aplicată doar **creanțelor certe, lichide și exigibile**, creanțe în rândul cărora nu intră partea executată, recepționată și decontată la timpul convenit prin contract, obiectul penalităților de întârziere fiind constituit de partea rămasă de executat din contract și care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor.

Întrucât, Legea nr. 72/2013 adoptată în transpunerea Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale reglementează **impunerea de obligații deplin echitabile** între părțile contractului încheiat între profesioniști și o autoritate contractantă, reglementând în mod egal în cazul fiecărei părți, în funcție de calitatea de debitor sau creditor al obligației/dreptului, Consiliul constată că neincluderea în proiectul de contract de penalități și în sarcina achizitorului pentru neîndeplinirea culpabilă a contractului este o clauză abuzivă.

Astfel, clauza nr. 12.1 din proiectul de contract se va anula, iar autoritatea contractantă va fi obligată la rescrierea clauzei respective cu respectarea legislației în vigoare în materie.

5. În raport de dispozițiile legale antemenționate, și clauza 12.4 din proiectul de contract prin care se prevede că *„În cazul în care executantul întârzie execuția lucrărilor, iar din acest motiv, achizitorul este nevoit să solicite prelungirea contractului de finanțare încheiat cu APDRP peste data de 31.10.2014, executantul va suporta, la prima solicitare a beneficiarului, penalitățile percepute de către APDRP în vederea prelungirii contractului de finanțare. Aceste sume nu se pot constitui ca și scăzăminte din situațiile de plată fiind virate direct achizitorului”*, este abuzivă și nelegală, fapt pentru care se va anula, iar autoritatea contractantă va fi obligată la rescrierea acesteia, doar dacă va considera că aceasta se impune și are vreun suport legal.

6. Referitor la susținerea petentei conform căreia, în listele de cantități de lucrări încărcate în SEAP, există tipuri de lucrări pe care executantul nu le poate executa decât dacă este autorizat să dețină, transporte și folosească materii prime explozibile, conform Legii nr. 126/1995, fapt pe care autoritatea contractantă nu l-a adus la cunoștința ofertanților, neinformându-i corect și complet, Consiliul are în vedere prevederile art. 6-7 alin. (1) din Legea nr. 126/1995 privind regimul materiilor explozive potrivit căreia: art. 6 – *“Prin deținător de materii explozive, în sensul prezentei legi, se înțelege orice persoană juridică sau fizică în posesia sau detenția căreia se află, licit, astfel de materii”*; art. 7 - (1) *Persoanele fizice nu au dreptul să dețină, să utilizeze, să transporte, să depoziteze, să experimenteze ori să mănuiască explozivi de uz civil sau articole pirotehnice dacă nu fac dovada calității de artificier, respectiv de pirotehnician autorizat și nu reprezintă o persoană juridică autorizată și înregistrată conform prevederilor legale”*

În condițiile în care autoritatea contractantă a precizat execuția categoriei de lucrări *„săpătură în stâncă prin forare cu explozivi”*, ofertanții sunt informați asupra rigorilor presupuse de respectivele lucrări, aceștia urmând a prezenta o anumită modalitate legală de executare a respectivelor lucrări speciale (subcontractare, prestări de servicii etc.), autoritatea contractantă neputând obliga operatorii economici de profil (constructori) la a se autoriza și înregistra în deținerea și utilizarea de materii explozive, deoarece o astfel de rigoare

ar conduce la restricționarea drastică a accesului la procedură și la distorsionarea nejustificată a concurenței.

Astfel, critica petentei este neîntemeiată.

7. În analiza criticii petentei vizând includerea, de către autoritatea contractantă, în listele cu cantități de lucrări a unor tipuri lucrări pe care executantul nu le poate realiza decât dacă este autorizat pentru defrișări în activitatea de exploatare forestieră, cum ar fi lucrările de „Defrișări”, Consiliul are în vedere adresa nr. 91 din 20.02.2014, prin care RAL Ocolul Silvic precizează: *„Pentru lucrările de defrișări (...) nu este necesar ca executantul să dețină «certificat de atestare ca operator economic în activitatea de exploatare forestieră» emis de autoritatea publică centrală care răspunde de silvicultură”*.

Astfel, critica se dovedește a fi neîntemeiată.

Față de cele constatate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ... în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 11 zile de la primirea deciziei, să procedeze la rectificarea documentației de atribuire în sensul reținut în prezenta motivare.

Autoritatea contractantă va fi obligată ca, în interiorul aceleiași termen, să aducă modificările operate la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea acestora în SEAP, iar în raport de dispozițiile art. 179 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, termenul de depunere a ofertelor se va prelungi cu min. 5 zile față de data publicării modificărilor efectuate.

Întrucât autoritatea contractantă a suspendat voluntar procedura de atribuire, cererea petentei de suspendare a procedurii este rămasă fără obiect urmând a fi respinsă ca atare.

Conform dispozițiilor art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

.....