



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 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.... ..C10/...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în municipiul având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de cerere de oferte, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „DOTĂRI AFERENTE PROIECTULUI «PARC DE RECREERE ÎN”, cod CPV 43325000-7, s-a solicitat:

- anularea procedurii și obligarea autorității contractante la întocmirea unei documentații complete, cu respectarea legislației și normativelor în vigoare în domeniu;
- în baza prevederilor art. 275¹ din OUG nr. 34/2006 suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (1) teza a I-a din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge excepția inadmisibilității contestației formulată de ... invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 278 alin. (2) alin.(4) și alin.(6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Dispune continuarea procedurii prin modificarea clauzei contractuale 12-Penalități din modelul de contract de furnizare potrivit motivării, publicarea acestei modificări în SEAP și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor de minim 10 zile de la data publicării eratei în SEAP.

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca rămas fără obiect primul capăt de cerere și ca nefondat capătul de cerere nr.3 din contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Termenul de aducere la îndeplinire a dispozițiilor prezentei este de 10 zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și alin.(3) 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

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de cerere de oferte, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „DOTĂRI AFERENTE PROIECTULUI «PARC DE RECREERE ÎN”, cod CPV 43325000-7, solicitând:

- anularea procedurii și obligarea autorității contractante la întocmirea unei documentații complete, cu respectarea legislației și normativelor în vigoare în domeniu;

- în baza prevederilor art. 275¹ din OUG nr. 34/2006 suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

În fapt, contestatorul consideră nelegale următoarele cerințe ale documentației de atribuire:

- Nu au fost atașate anexele ce conțin caracteristicile și dimensiunile produselor ce urmează a fi achiziționate

În caietul de sarcini nu sunt detaliate produsele ce urmează a fi achiziționate. În tabelul în care sunt enumerate produsele și numărul acestora se fac trimiteri la Anexa 3, Anexa 4, Anexa 11, Anexa 12, Anexa 25, Anexa 20, Anexa 13, Anexa 26, fără însă a atașa în cadrul documentației publicate pe SEAP aceste anexe.

Fără aceste anexe publicate ofertanții nu pot întocmi oferte conforme astfel încât să satisfacă cerințele autorității contractante, întrucât fără acestea ofertanții nu pot ști care sunt cerințele tehnice ale produselor pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze.

Autoritatea contractantă nu a asigurat informații complete necesare elaborării unor oferte complete.

În aceste condiții contestatorul consideră că se impune remedierea documentației de atribuire (prin modificare și/sau completare), în condițiile prevăzute la art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În sensul prevederilor evocate contestatorul arată că autoritatea contractantă este obligată să asigure operatorilor economici o informare corectă, completă și explicită.

Prin faptul că nu a asigurat potențialilor ofertanți toate informațiile necesare, autoritatea contractantă a afectat și principiul transparenței (art. 2 din ordonanță), întrucât toate condițiile și modalitățile de derulare a procedurii de atribuire trebuie să fie formulate clar în anunțul de participare și în documentația de atribuire.

Aplicarea unei cote de penalități diferite și a unor cerințe de calificare în modelul de contract

Contestatorul arată că în modelul de contract la art. 12. Penalități se menționează „12.1 În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract, achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu rata dobânzii de referință comunicată la începutul semestrului plus 8 puncte procentuale per an. 11.2. Dacă sunt întrunite condițiile întârzierii la plată, furnizorul poate pretinde achizitorului plata contravalorii în lei la data plății a sumei de 40 euro, reprezentând daune-interese suplimentare minimale. Executantul se obligă să dispună de resurse financiare și materiale, inclusiv cash-flow pentru susținerea lucrării și a fluxului de execuție, pe perioada execuției, fiind obligat deopotrivă să susțină financiar lucrările de investiții până la efectuarea plăților. Plata oricăror penalități sau dobânzi nu poate depăși 20 % din plata neefectuată”.

Contestatorul consideră că părțile contractuale, achizitor și executant, nu sunt tratate în mod egal în acest contract, achizitorul fiind net favorizat în defavoarea executantului. Conform acestor clauze executantul trebuie să plătească penalități mai mari decât achizitorul. Însă, în ceea ce privește autoritatea contractantă, penalitățile nu pot depăși 20% din valoarea contractului. Mai mult decât atât în cadrul acestui articol se solicită "Executantul se obligă să dispună de resurse financiare și materiale, inclusiv cash-flow

pentru susținerea lucrării și a fluxului de execuție, pe perioada execuției, fiind obligat deopotrivă să susțină financiar lucrările de investiții până la efectuarea plăților".

În cadrul fișei de date a achiziției contestatorul susține că nu este solicitată nicio cerință minimă referitoare la obligația asigurării unui cash-flow pentru susținerea lucrării. Contestatorul consideră că acestei solicitări îi sunt incidente prevederile art. 33 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că în fișa de date se menționează că durata minimă de furnizare și montare a dotărilor achiziționate termenul de 1 săptămână iar în contract o durată de plată de 30 zile. În aceste condiții, contestatorul nu înțelege care este justificarea acestei clauze abuzive, care nu are alt scop decât a prejudicia operatorii economici.

Contestatorul solicită modificarea acestei cerințe în conformitate cu prevederile legislative.

- Valoarea estimată nu este realistă, contractul fiind clar subevaluat având în vedere prețurile practicate pe piață.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă prin acest contract dorește să achiziționeze un număr impresionant de echipamente pentru dotarea a 4 parcuri din localitate, inclusiv montajul acestora. Cerințele tehnice (pentru un număr mic din produsele dorite de autoritatea contractantă) regăsite în caietul de sarcini impun un preț total mult mai mare față de estimarea autorității contractante. Aceste prețuri ridicate provin de la producătorii echipamentelor, nefiind aplicate cheltuieli de transport, montaj, profit, indirect sau alte categorii de cheltuieli ce se impun în situația de față.

În aceste condiții, contestatorul consideră că se impune anularea procedurii pentru o aplicare greșită a prevederilor legislației în domeniul achizițiilor publice dar mai ales pentru un calcul greșit al valorii estimate.

Având în vedere cele antementionate, contestatorul solicită Consiliului să constate temeinicia contestației, admiterea acesteia în tot și dispunerea suspendării procedurii până la soluționarea pe fond a contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15933/20.05.2014, ... în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de

1. Pe cale de excepție, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației formulată de

Sub acest aspect, autoritatea contractantă precizează că ... a formulat contestație cu nesocotirea prevederilor legale care

reglementează abaterile și încălcările săvâșite în actele sale administrative de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție publică desfășurată.

Astfel, invocarea cu titlul de motiv al formulării contestației, a argumentului potrivit căruia „*valoarea estimată este nerealistă, fiind clar subevaluat având în vedere prețurile practicate pe piață*” atrage după sine inadmisibilitatea contestației formulate, fiind cunoscut faptul că în situația în care autoritatea contractantă are în vedere achiziționarea unui număr de bunuri a căror valoare estimată se dovedește a fi prea mică față de estimările pieței, unica „sanctiune” poate fi lipsa prezentării unei ofertei care să se înscrie în prețul estimat și nicidecum, anularea procedurii doar pentru că un ofertant nu se poate înscrie în valoarea estimată, încălcându-se astfel principiul tratamentului egal consacrat de legiutor în cuprinsul art. 2 lit. b) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

De altfel, dată fiind formularea de solicitări de clarificări din partea mai multor operatori economici care nu au evidențiat o subestimare a valorii de achiziție și având în vedere că a realizat evaluarea prin realizarea inițială a unei cercetări proprii de piață prin consultarea inclusiv a prețurilor contestatorului - așa după cum o indică și corespondența purtată între instituția sa și contestator - autoritatea contractantă consideră că nu se află în prezența unei valori subestimate, ci doar în prezența unei valori în care operatorul economic care a formulat contestația pretinde că nu se poate înscrie.

Autoritatea contractantă precizează că a avut o atitudine receptivă la punctele de vedere expuse de contestator și a publicat în SEAP, anexate invitației de participare măsurile de remediere pe care le consideră oportune față de contestația formulată, explicând, totodată, că, în ceea ce privește argumentul că „*valoarea estimată nu este realistă, contractul fiind subevaluat având în vedere prețurile practicate pe piață*” nu se poate adopta o măsură de remediere pentru mai multe motivații pertinente - precizarea contestatorului cu privire la faptul că valoarea estimată nu este realistă este lipsită de temei și nelegală, neputând face obiectul unei clarificări sau erate, valoarea estimată fiind aprobată odată cu încheierea contractului de finanțare și de către evaluatorii independenți, Organismul Intermediar și Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Regional, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte planul de achiziții asumat conform contractului de finanțare și cererii de finanțare în forma sa aprobată.

Valoarea estimată nu poate fi modificată, aceasta fiind verificată conform studiilor de piață efectuate de autoritatea

contractantă, fiind valorile exprimate de societatea de proiectare, iar orice precizare contrară nu poate fi definită ca temeinică și legală pentru a sta la baza formulării unei contestații.

În opinia autorității contractante complet eronată este și aprecierea contestatorului care consideră că se încalcă procedurile de achiziție prin estimarea la prețul cuprins în invitația de participare a dotărilor pentru Parcul de recreere, întrucât estimarea valorii este atributul autorității contractante și aceasta este îndrituită să efectueze propriile estimări cu respectarea principiului cheltuirii eficiente a fondurilor publice, neexistând un temei legal care să permită unui operator economic să oblige autoritatea contractantă la modificarea valorii estimate după bunul său plac, astfel cum în mod nelegal încearcă să o facă contestatorul.

În speță, autoritatea contractantă apreciază inadmisibilă contestația, drept pentru care consideră că se impune respingerea acesteia și în temeiul acestei excepții.

2. Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă apreciază că formularea contestației este netemeinică, pentru următoarele aspecte care au fost învederate și contestatorului:

2.1. În ceea ce privește precizarea contestatorului referitoare la faptul că *„nu au fost atașate anexele ce conțin caracteristicile și dimensiunile produselor ce urmează a fi achiziționate”*, autoritatea contractantă consideră că operatorul economic a abuzat de dreptul de a formula o contestație împotriva actelor administrative vătămătoare față de drepturile sale în cadrul unei proceduri de achiziție publică, pentru motivația că, la data formulării contestației, se afla la doar o zi de la momentul în care acesta formulase o solicitare de clarificări în acest sens, mai mult decât atât, acest capăt de contestație putea face obiectul cel mult a unei solicitări de clarificări și nicidecum unei contestații, acesta arătând tendința vădită a contestatorului de a bloca tendențios procedura de achiziție publică, mai ales, având în vedere că se află în cadrul unei proceduri desfășurate în cadrul unui proiect finanțat din fonduri structurale în cadrul Programului Operațional Regional, proceduri care au termene asumate de finalizare.

De altfel, autoritatea contractantă menționează că, așa cum a indicat și în documentul care cuprinde măsurile de remediere pentru acest aspect sesizat de contestator, nu se impunea adoptarea unei măsuri de remediere dat fiind faptul că a publicat în termenul legal toate anexele solicitate, scanate, în SEAP, anexa la invitația de participare.

Autoritatea contractantă învederează faptul că acestea au fost publicate în termenul legal de 3 zile lucrătoare de la primirea solicitării din partea operatorului economic, data de 22.04.2014

fiind a treia zi lucrătoare de la primirea solicitărilor de clarificări, perioada ... - 21.04.2014 fiind sărbători legale.

2.2 Cu privire la critica contestatorului referitoare la *„aplicarea unei cote de penalități diferite și a unor cerințe de calificare în modelul de contract”*, autoritatea contractantă reiterează că la nivelul documentului referitor la măsurile de remediere publicat în SEAP a precizat că introducerea la nivelul contractului a clauzei referitoare la faptul că *„executantul se obligă de resurse financiare și materiale, inclusiv cash-flow pentru susținerea lucrării și a fluxului de execuție, pe perioada execuției, fiind obligat să susțină financiar lucrările de investiții până la efectuarea plăților”* nu se poate aprecia ca fiind o condiție de eligibilitate, nefiind solicitat nici un quantum, fiind în fapt doar o consecință a faptului că, potrivit legii, autoritatea contractantă nu poate achita decât produsele furnizate și montate corespunzător prevederilor caietului de sarcini, neputând fi efectuate plăți în avans.

Autoritatea contractantă arată că, pentru a evita orice neînțelegere determinată de interpretarea excesivă a clauzelor contractuale, pe cale de remediere a eliminat din contract mențiunea referitoare la faptul că *„executantul se obligă să dispună de resurse financiare și materiale, inclusiv cash-flow pentru susținerea lucrării și a fluxului de execuție, pe perioada execuției, fiind obligat deopotrivă să susțină financiar lucrările de investiții până la efectuarea plăților. Plata oricăror penalități sau dobânzi nu poate depăși 20% din plata neefectuată”*, clauza menționată urmând să aibă următorul conținut: *„dacă sunt întrunite condițiile întâzierii la plată, furnizorul poate pretinde achizitorului plata contravalorii în lei la data plății a sumei de 40 euro, reprezentând daune-interese suplimentare minimale”*.

În ceea ce privește mențiunile referitoare la faptul că durata de plată diferă față de cea pe care ofertantul și-o asumă la nivelul ofertei cu privire la furnizarea produselor, autoritatea contractantă consideră neavenită aprecierea acestei clauze ca fiind „abuzivă” din moment ce termenul de furnizare face parte din oferta prezentată - deci reprezintă manifestarea unilaterală de voință a ofertantului, iar termenul de plată de 30 de zile este menționat în contract în conformitate cu prevederile legale.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă arată că contestatorul apelează la argumente contradictorii, precizând că suspendarea se impune pentru că un s-ar mai putea remedia solicitările sale, dar pe de altă parte unca sa solicitare este anularea procedurii de atribuire. Și sub acest aspect, autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia act de faptul că din lipsa unui temei care să permită formularea unei contestații pertinente, contestatorul arată că deși solicită anularea procedurii, singura

soluție față de solicitările sale este adoptarea unor măsuri de remediere, pe care autoritatea contractantă le-a aprobat cu celeritate.

Față de motivele expuse mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca inadmisibilă și pe fondul cauzei constatarea netemeinicii și nelegalității contestației și continuarea procedurii.

Prin adresa nr. 1155/22.05.2014 înregistrată la Consiliu sub nr. 16350/22.05.2014, contestatorul solicită respingerea excepției inadmisibilității invocată de autoritatea contractantă întrucât:

- această solicitare poate avea aplicabilitate doar în cazul capătului de cerere privind estimarea valorii de care autoritatea contractantă;

- având în vedere că estimarea valorii unei proceduri de achiziție publică trebuie să fie reală, echitabilă și pertinentă, autoritatea contractantă având obligația de a respecta prevederile art. 25, art. 26 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, respectiv, chiar dacă valoarea estimată a fost stabilită prin proiectul tehnic și cererea de finanțare aprobate de Organismul Intermediar și Autoritatea de Management POR, valoarea estimată trebuie să fie valabilă la momentul transmiterii spre publicare a invitației de participare. În cazuri motivate proiectul tehnic poate fi modificat, modificarea fiind supusă verificării și aprobării OI și AM POR.

Contestatorul precizează că nu a fost solicitată modificarea valorii estimate după bunul său plac ci doar s-a supus verificării Consiliului respectarea prevederilor legale de către autoritatea contractantă cu privire la estimarea valorii, având în vedere prețurile produselor ce urmează a fi achiziționate practicate în momentul demarării procedurii pe piața de profil.

Cu privire la fondul contestației, contestatorul solicită admiterea contestației în tot, având în vedere că:

- Autoritatea contractantă menține cotele de penalități diferite între prestator și achizitor. În acest sens contestatorul invocă Decizia CNSC nr. ..., în care se menționează la pag. 51 următoarele: "*O penalitate în sarcina constructorului de 0,7% din rest pentru fiecare zi de întârziere este flagrant disproporționată față de cea de 0,15% rezervată autorității și rupe echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 - 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. Totodată, clauza se vădește a fi abuzivă și prin prisma faptului că peste plafonul de 10% din*

valoarea contractului autoritatea contractantă este exonerată de orice penalitate prin modelul de contract, în contextul în care la art. 14 din Legea nr. 2/20/3 se prevede că sunt calificate drept abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specific cauzei, clauzele contractuale care exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare (pentru una sau ambele părți). Prin urmare, clauzele care reglementează penalitățile trebuie revizuite pentru a se asigura tratamentul egal între părțile contractante și corelarea cu dispozițiile Legii nr. 72/2013”.

Contestatorul solicită Consiliului să constate reau-voință din partea autorității contractante și superficialitatea cu care a tratat contestația având în vedere următoarele:

- în cadrul punctului de vedere face referire la un număr de invitație diferit față de cea care face obiectul contestației;
- tardivitatea transmiterii punctului de vedere către Consiliu, în data de 20.05.2014, în condițiile în care societatea sa a depus contestație în data de În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 274, art. 274¹, art. 276 alin (1) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de cerere de oferte, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „DOTĂRI AFERENTE PROIECTULUI «PARC DE RECREERE ÎN”, cod CPV 43325000-7. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Împotriva conținutului documentației de atribuire ... a formulat contestația ce formează obiectul dosarului nr..../2014.

Prin decizia nr. ... Consiliul a admis cererea de suspendare formulată de ... și a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției inadmisibilității contestației formulată de către ... invocată de către autoritatea contractantă.

În soluționare, Consiliul reține că în speță sunt incidente prevederile art. 255 alin (1) și (2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

„Art. 255. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia

achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.

(2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire."

Prin urmare orice operator economic interesat de o procedură de achiziție publică are dreptul să critice un act administrativ emis autoritatea contractantă în respectiva procedură al cărui conținut consideră că îi lezează interesele.

Având în vedere că valoarea estimată este aprobată printr-un act administrativ emis în cadrul prezentei procedurii de achiziție publică, respectiv nota justificativă privind valoarea estimată, iar valoarea estimată este făcută publică prin invitația de participare publicată în SEAP, rezultă că ea poate să facă obiectul unei contestații înaintată CNSC, drept pentru care Consiliul apreciază excepția invocată de autoritatea contractantă ca fiind nefondată, urmând să procedeze la soluționarea pe fond a contestației.

În ceea ce privește fondul contestației ... analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită în parte, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Față de primul aspect criticat de ... Consiliul reține că autoritatea contractantă a corectat această eroare, în sensul că în data de 22.04.2014, anexat invitației de participare, a publicat în SEAP toate anexele privind caracteristicile și dimensiunile produselor ce urmează a fi achiziționate, astfel că acest capăt de cerere apare ca rămas fără obiect.

În ceea ce privește criticile referitoare la conținutul clauzei contractuale 12-Penalități din modelul de contract de furnizare, Consiliul constată că aceasta, potrivit documentației de atribuire, avea următorul conținut: „12.1 În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract, achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu rata dobânzii de referință comunicată la începutul semestrului plus 8 puncte procentuale per an. 11.2. Dacă sunt întrunite condițiile întârzierii la plată, furnizorul poate pretinde achizitorului plata

contravalorii în lei la data plății a sumei de 40 euro, reprezentând daune-interese suplimentare minimale. Executantul se obligă să dispună de resurse financiare și materiale, inclusiv cash-flow pentru susținerea lucrării și a fluxului de execuție, pe perioada execuției, fiind obligat deopotrivă să susțină financiar lucrările de investiții până la efectuarea plăților. Plata oricăror penalități sau dobânzi nu poate depăși 20 % din plata neefectuată".

Urmare contestației formulate de ... autoritatea contractantă a eliminat din modelul de contract mențiunea referitoare la faptul că „*executantul se obligă să dispună de resurse financiare și materiale, inclusiv cash-flow pentru susținerea lucrării și a fluxului de execuție, pe perioada execuției, fiind obligat deopotrivă să susțină financiar lucrările de investiții până la efectuarea plăților. Plata oricăror penalități sau dobânzi nu poate depăși 20% din plata neefectuată*” și a publicat în SEAP în data de 23.04.2014 această măsură de remediere.

Analizând însă conținutul clauzei contractuale 12 din modelul de contract de furnizare, astfel cum a fost modificată prin clarificarea publicată în SEAP în data de 23.04.2014, Consiliul apreciază că aceasta menține cote de penalități diferite între achizitor și prestator. Astfel, dacă *furnizorul nu reușește să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract, achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu rata dobânzii de referință comunicată la începutul semestrului plus 8 puncte procentuale per an iar dacă sunt întrunite condițiile întârzierii la plată, furnizorul poate pretinde achizitorului plata contravalorii în lei la data plății a sumei de 40 euro, reprezentând daune-interese suplimentare minimale.*

În acest context, Consiliul reține că penalitățile stipulate în sarcina furnizorului sunt vădit disproporționate față de penalitățile ce cad în sarcina achizitorului, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 – 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. Chiar dacă nivelul daunelor interese-minimale este cel prevăzut de art.10 Legea nr. 72/2013, clauza se vădește a fi abuzivă și prin prisma faptului că pentru achizitor nu sunt prevăzute dobânzi penalizatoare în modelul de contract în contextul în care la art. 14 din Legea nr. 72/2013 se prevede că sunt calificate drept abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare (pentru una sau ambele părți).

Prin urmare, clauzele care reglementează penalitățile trebuie revizuite pentru a se asigura tratamentul egal între părțile contractante și corelarea cu dispozițiile Legii nr. 72/2013.

Față de criticile formulate în contestație de ... referitoare la valoarea estimată a contractului de achiziție publică, Consiliul le apreciază ca fiind nesusținute, și, pe cale de consecință, ca fiind neîntemeiate. Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, contestatorul nu a adus nicio probă pentru dovedirea afirmațiilor referitoare la subevaluarea valorii estimate raportată la prețurile practicate pe piața de profil. Potrivit dispozițiilor art.249 Cod proc. civ. *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*. Ori, în speță, simpla afirmație prin care ... susține că viitorul contract de achiziție publică nu poate fi realizat întrucât produsele solicitate impun un preț total mult mai mare față de estimarea autorității contractante este insuficientă fără a fi însoțită de probe concludente în acest sens.

De altminteri, Consiliul reține că valoarea estimată a fost aprobată odată cu încheierea contractului de finanțare, prezentul contract de achiziție publică fiind finanțat din fonduri europene prin Programul Operațional Regional, astfel că autoritatea contractantă este oricum obligată să respecte planul de achiziții asumat conform contractului de finanțare și cererii de finanțare în forma sa aprobată.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), alin.(4) și alin.(6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... va dispune continuarea procedurii prin modificarea clauzei contractuale 12- Penalități din modelul de contract de furnizare potrivit motivării, publicarea acestei modificări în SEAP și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor de minim 10 zile de la data publicării eratei în SEAP.

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca rămas fără obiect primul capăt de cerere și ca nefondat capătul de cerere nr.3 din contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...