



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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. ... formulată de ... cu sediul în ... Județul ... având ... și C.U.I. ..., reprezentată legal prin Timari Benjamin-Ioan - ... și ... - consilier juridic, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... cu sediul în ... Str. ... nr. ..., Județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire organizată prin „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea drumurilor de acces la exploatațile forestiere în orașul ... jud. ... cod CPV 455233120-6, sursa de finanțare: „Programul Național de Dezvoltare Rurală - PNDR”, s-a solicitat „suspendarea procedurii până la soluționarea prezentei contestații, admiterea contestației, adoptarea unor măsuri de remediere și prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă”.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obliga autoritatea contractantă să procedeze la rectificarea documentației de atribuire în sensul reținut în prezenta motivare. Remedierea și publicarea măsurilor se vor face în termen de 10 zile de la comunicare.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

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

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... formulată de ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire organizată prin „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea drumurilor de acces la exploatațile forestiere în orașul ... jud. ... cod CPV 455233120-6, sursa de finanțare: „Programul Național de Dezvoltare Rurală – PNDR”, s-a solicitat „suspendarea procedurii până la soluționarea prezentei contestații, admiterea contestației, adoptarea unor măsuri de remediere și prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă”.

În fapt, contestatorul menționează că autoritatea contractantă a organizat procedura în cauză prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ...

În opinia sa, documentația de atribuire conține cerințe abuzive și restrictive, încălcând în mod nejustificat prevederile legislative în vigoare.

Astfel, în fișa de date a achiziției - III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională se solicită: *„Prezentarea unei liste a lucrărilor executate în ultimii 5 ani însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivul certificări vor indica beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și totodată precizează dacă au fost efectuate în*

conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit. Această listă va fi însoțită de documente justificative din care să rezulte faptul că ofertantul a dus la bun sfârșit cel puțin un contract în care să se fi realizat lucrări similare pentru cel puțin 18,70 km de drumuri”.

Față de cele de mai sus, contestatorul consideră restrictivă cerința autorității contractante de a demonstra experiența similară, respectiv executarea celor 18,70 km de drumuri prin prezentarea a cel puțin unui contract de lucrări care să cuprindă această cantitate, deoarece experiența similară se poate dovedi din două sau mai multe contracte care să însumeze această cantitate de lucrări.

În acest sens, contestatorul invocă atât Decizii ale Consiliului, prevederile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, precum și decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiției.

Contestatorul solicită Consiliului să dispună conformarea cerinței privind experiența similară cu prevederile legale în vigoare proporționat cu complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit.

De asemenea, contestatorul precizează că în fișa de date cerința nr. IV. 4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice prevede *„Pentru organizarea de șantier ofertanții vor prezenta proiectul organizării de șantier cu listele de cantități de lucrări aferente, fără valori (în alb). Nerespectarea solicitărilor cu privire la propunerea tehnică determină declararea acesteia ca fiind neconformă”.*

Față de cele de mai sus, contestatorul solicită eliminarea acestei cerințe.

Referitor la aspectele financiare ale contractului care face obiectul prezentei proceduri de atribuire, contestatorul susține că există o neregulă la art. 13 din proiectul de contract; în condițiile în care în proiectul de contract penalitățile ce cad în sarcina achizitorului pentru neîndeplinirea culpabilă a contractului se raportează la valoarea plății neefectuate, iar penalitățile de întârziere pentru executant sunt raportate la valoarea contractului și nu la valoarea lucrărilor neexecutate, acesta consideră că s-a încălcat principiul proporționalității așa cum este definit în O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006.

De asemenea, contestatorul consideră ca abuzivă și neechitabilă și clauza care obligă achizitorul la plata penalităților de întârziere doar după trecerea a 28 de zile de la expirarea perioadei convenției, respectiv data scadenței facturii.

În acest sens, contestatorul solicită revizuirea clauzei în conformitate cu legislația în vigoare.

În concluzie, contestatorul consideră că documentația de atribuire conține clauze abuzive și nu respectă prevederile art. 2) alin. 2), art. 17, art. 33 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 7 din H.G. nr. 925/2006, Ordinul 509/2011, Legea nr. 72/2013.

Prin adresa nr. .../... înregistrată la CNSC sub nr. .../... autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca fiind nefondată, precizând următoarele:

Referitor la cerința din fișa de date a achiziției privind experiența similară, aceasta a fost motivată de nota justificativă privind stabilirea criteriilor minime de calificare.

Autoritatea contractantă susține că nu a restricționat sau limitat participarea la procedură dând posibilitatea, conform legislației în vigoare, la asociere sau susține tehnică și/sau profesională.

În ceea ce privește solicitarea din fișa de date a achiziției referitoare la prezentarea pentru organizarea de șantier a unui proiect însoțit de liste de cantități de lucrări aceasta, este în opinia autorității contractante firească, în sensul în care nu a solicitat elaborarea unui proiect tehnic conform legislației în vigoare ci a unui proiect în sensul unei plănșe sau schițe din care să rezulte modul de amplasare a acesteia cu liste de cantități aferente.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră această cerință ca fiind justificată.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că nu pot fi considerate ca fiind abuzive clauzele contractuale referitoare la sancțiunea pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor, deoarece respectă prevederile Legii nr. 72/2013, în sensul în care termenul de plată este de 30 de zile și în situații temeinic justificate poate fi de 60 de zile (potrivit contractului de finanțare termenul de plată al APDRP România, reprezentantul investitorului) față de ... este de 90 de zile iar cel maxim între aceasta și executant de 56 de zile), nu există recepții provizorii, ci doar recepție la terminarea lucrărilor - HG 273/1994, iar prejudiciul generat pentru neîndeplinirea contractului de execuție de către executant este dublat pentru autoritatea contractantă în sensul în care aceasta pe lângă faptul că nu are lucrarea finalizată și recepționată este obligată să plătească penalități atât la nivelul contractului de finanțare, inclusiv returnarea integrală a sumelor din contractul de finanțare, cât și la nivelul avansului solicitat sau al creditului contractat pentru acoperirea părții sale de cofinanțare (dobânzi pe fiecare lună indiferent de utilizarea fondurilor sau neutilizarea acestora, indiferent de perioadele de tragere).

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că, aceste clauze contractuale nu încalcă principiul proporționalității.

Mai mult, autoritatea contractantă subliniază faptul că aspectele de mai sus puteau fi clarificate mai întâi printr-o solicitare de clarificări formulată de operatorul economic.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră documentația de atribuire ca fiind obiectivă, cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 34/2006, H.G. nr. 925/2006 Ordinul nr. 509/2011 și cele ale Legii nr. 72/2013 și nu poate fi considerată restrictivă.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, îl reprezintă adresa nr. .../06.06.2014, înregistrată la CNSC sub nr. ...

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

... .. în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „cerere de oferte”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizarea drumurilor de acces la exploatațile forestiere în orașul ... jud. ... cod CPV 455233120-6, sursa de finanțare: „Programul Național de Dezvoltare Rurală – PNDR”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în S.E.A.P. invitația de participare nr. ... potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este de 6.145.362,04 lei, respectiv echivalentul a 1.365.636,00 euro; criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de ... Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire în discuție. Astfel, sunt avute în vedere aspecte legate de anumite cerințe din cadrul documentației de atribuire, respectiv cerința privind experiența similară la cap. III 2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, solicitarea prezentării proiectului de organizare de șantier și aspecte legate de anumite clauze contractuale.

În Fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în discuție, au fost menționate cerințele minime de calificare ce urmau a fi îndeplinite de către operatorii economici participanți la procedură. Între acestea, autoritatea contractantă a stabilit la pct. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, ca ofertanții să prezinte:

„Prezentarea unei liste a lucrărilor executate în ultimii 5 ani însoțita de certificări de buna executie pentru cele mai importante lucrări. Respectiv certificatele vor indica beneficiarii, indiferent dacă

acestia sunt autoritati contractante sau clienti privati, valoarea, perioada si locul executiei lucrarilor si totodata precizeaza daca au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu si daca au fost duse la bun sfârșit. Aceasta lista va fi însoțita de documente justificative din care sa rezulte faptul ca ofertantul a dus la bun sfârșit cel puțin un contract în care sa se fi realizat lucrari similare pentru cel puțin 18,70 km de drumuri”.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerința în discuție și care a fost clarificată ulterior, Consiliul constată că aceasta, dorește ca operatorii economici să demonstreze în ultimii 5 ani că au executat cel puțin un contract „în care sa se fi realizat lucrari similare pentru cel puțin 18,70 km de drumuri”.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă, în favoarea argumentelor potrivit cărora cerința în discuție este restrictivă, motivat de faptul că „Îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară din mai multe contracte nu prezintă relevanță în cazul acesta, autoritatea contractantă nefiind interesată de lungimea totală de drumuri realizate și de rutina execuției unor astfel de lucrări sau de nivelul valoric al acestora, ci pur și simplu de capacitatea și mai ales experiența dobândită în gestionarea și executarea unui contract care să fi avut ca și obiect execuția de lucrări similare pe o lungime de minim 18,70 km drumuri în condiții de termene stricte de finalizare” nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din următoarele considerente:

- Înainte de a dezbate aspectele criticate se impune a fi determinate principalele categorii de lucrări care intră în componența obiectivului supus procedurii de atribuire în cauză, pentru a se evidenția nivelul de complexitate pe care îl presupune contractul în cauză. Astfel, potrivit documentației de atribuire, contractul în cauză presupune:

*„II.1.5) Descrierea succinta a contractului sau a achizitiei/achizițiilor
Executie lucrari având ca tema:*

„Modernizarea drumurilor de acces la exploatațile forestiere în orasul ... jud. ...

Drumurile forestiere studiate sunt următoarele:

- *Drum forestier Mátyus L = 1,170 km, este un drum slab pietruit.*
- *Drum forestier Stanciu L = 1,330 km, este un drum slab pietruit.*
- *Drum forestier Fata Sacadatului L = 2,100 km, este un drum foarte slab pietruit.*
- *Drum forestier Taieturi L = 3,210 km, este un drum slab pietruit.*
- *Drum forestier Tivoli L = 2,960 km, este un drum foarte slab pietruit.*

• *Drum forestier Sebes L = 8,000 km, între km 0+000 ÷ 0+164 și km 7+164 ÷ 15+000 este un drum pietruit iar între km 0+164 ÷ 7+164 este modernizat .*

Suprafata de padure deservita de drumurile forestiere studiate este de 4.227,77 ha, din care 678,50 ha sunt proprietati publice din care în proprietatea Consiliului local al orasului ... 190,20 ha (conform amenajamentului silvic în vigoare și a titlului de proprietate) și 3.549,27 ha de padure care este în posesia proprietarilor privati.

Drumurile forestiere au o lungime de totala de 18,770 km.

Analizând această cerință de calificare privind experiența similară, Consiliul consideră că este restrictivă, în raport cu natura și complexitatea contractului, deoarece are rolul de a restrânge aria de participare a operatorilor economici interesați, permițând accesul la procedură doar acelor operatori economici care au derulat anterior cel puțin un contract în care să se fi realizat lucrări similare pentru cel puțin 18,70 km de drumuri.

Consiliul consideră că un operator economic ce a executat, spre exemplu 10 de km de drumuri, poate executa și 18,70 sau 25 de km de drumuri, deoarece, în opinia sa, scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară poate fi atins, fără echivoc și în situația în care ofertantul prezintă mai multe contracte de execuție pentru lucrări similare de drumuri. Aceste contracte pot releva în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare în situația în care dovada se realizează prin executarea unui singur contract.

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare cu cea ce urmează a fi executat în urma atribuirii contractului care face obiectul acestei proceduri, că are cunoștințele/ experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte similare.

Cerința de calificare, impusă de autoritatea contractantă, nu este în concordanță cu scopul noii legislații privind achizițiile publice, acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia.

În cauză, Consiliul determină că este relevantă și următoarea prescripție legală, respectiv art. 2 alin. (2) lit. e) din Ordonanța de

urgență a Guvernului nr. 34/2006: „*principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea*”. Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat următoarele prevederi legale:

- art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006:

„autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”;

- art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006:

„(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească”.

- art. 8 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 925/2006:

„autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională.

În conformitate cu dispozițiile art. 188 alin. (3) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, *„o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivul certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia*

sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit”.

În conformitate cu dispozițiile Anexei nr. 1 la Ordinul președintelui Autorității Naționale de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice nr. 509/2011, este considerată nerrestrictivă următoarea formulare din documentația de atribuire/ anunțul de participare/invitația de participare:

„a) O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări Această listă poate fi însoțită de cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de recepție etc.] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și, după caz, având o capacitate de ...”

Referitor la condiția ca experiența similară să fie dovedită prin prezentarea a cel puțin un contract în care să se fi realizat lucrări similare pentru cel puțin 18,70 km de drumuri, Consiliul reține că aceasta încalcă regulile stabilite de Autoritatea Națională de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice prin Ordinul nr. 509/2011. Posibilitatea de stabilire nerrestrictivă a cerinței de calificare vizând experiența similară, prevăzută în Ordinul nr. 509/2011, este aceea prin care se solicită prezentarea a cel puțin unui contract sau a unui număr maxim indicat de contracte prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoarea/cantitatea impusă de autoritatea contractantă.

Cu alte cuvinte autoritatea contractantă trebuie să stabilească un număr maxim de contracte, astfel încât operatorii economici să aibă posibilitatea ca însumând numărul de km executați să se ajungă la valoarea totală de 18,70 km de drumuri.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, prin stabilirea unor cerințe limitative/restrictive, a încălcat atât scopul achizițiilor publice, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, cât și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice. Limitarea demonstrării experienței similare prin prezentarea unui singur contract (în care s-a executat minim), în loc de prezentarea mai multor contracte (care prin însumare să rezulte numărul minim de km solicitați prin fișa de date), este contrară principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității (art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006).

Exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale de elaborare a documentației de atribuire nu trebuie să conducă la

înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Extinzând posibilitatea demonstrării experienței similare prin prezentarea mai multor contracte (care însumate să îndeplinească cerința de calificare), autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă procedează în mod legal prin stabilirea posibilității demonstrării experienței similare prin cumularea mai multor contracte similare.

Autoritatea contractantă justifică solicitarea cerinței astfel cum a fost formulată *„Îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară din mai multe contracte nu prezintă relevanță în cazul acesta, autoritatea contractantă nefiind interesată de lungimea totală de drumuri realizate și „de rutina” execuției unor astfel de lucrări sau de nivelul valoric al acestora, ci pur și simplu de capacitatea și mai ales de experiența dobândită în gestionarea și executarea unui contract care să fi avut ca și obiect execuția de lucrări similare pe o lungime de minim 18,70 km de drumuri în condiții de termene stricte de finalizare”*.

Explicațiile produse de autoritatea contractantă în punctul de vedere aflat la dosar, nu sunt în măsură să reflecte imposibilitatea operatorilor economici care au executat anterior lucrări similare pe lungimi mai mici decât 18,70 km de drumuri, de a îndeplini corespunzător contractul supus licitației.

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngrădesc *cel mai puțin* operatorii economici, după cum prescrie și Ordinul nr. 509/2011.

Raportat la toate dispozițiile legale enumerate și la cele statuate mai sus, Consiliul stabilește că cerința evocată îngrădește accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare, dovedită prin experiența similară în executarea de

lucrări de drumuri similare cu cele aferente obiectului supus procedurii de atribuire.

Nu trebuie uitat că scopul cerințelor de calificare este de a se confirma capacitatea corespunzătoare a ofertanților, iar nu de a face dificilă participarea operatorilor economici la procedură. Autoritatea nu este abilitată să introducă cerințe care nu îi servesc la nimic sau care au ca unică menire (nelegală) excluderea participării la licitație a anumitor potențiali ofertanți.

Urmare celor antemenționate, Consiliul constată că solicitarea contestatorului privind demonstrarea experienței similare prin prezentarea a două sau mai multe contracte care să însumeze cantitatea de lucrări solicitată, respectiv 18,70 km de drumuri este justificată, urmând a fi admisă de Consiliu.

În ceea ce privește criticile formulate de ... care vizează nelegalitatea solicitarea prezentării proiectului de organizare de șantier, Consiliul constată următoarele:

- în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a consemnat la capitolul IV) *„Prezentarea ofertei”*, pct. IV.4.1) *„Modul de prezentare a propunerii tehnice”*, printre altele și *„Pentru organizarea de șantier ofertanții vor prezenta proiectul organizării de șantier cu listele de cantități de lucrări aferente, fără valori (în alb)”*;

- în cadrul punctului de vedere formulat asupra contestației depuse, autoritatea contractantă justifică solicitarea acestei cerințe, în sensul că *„nu a solicitat elaborarea unui proiect tehnic conform legislației în vigoare, ci a unui proiect în sensul unei planșe sau schițe din care să rezulte modul de amplasare a acesteia cu liste de cantități aferente”*;

- tot în favoarea argumentelor pentru care a impus această solicitare menționează și faptul că la capitolul II.1.5) *„Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”*, unde este detaliată valoarea contractului, este menționată și valoarea aferentă organizării de șantier, respectiv 141.571,00 lei;

- ca și corespondent față de mențiunile consemnate de autoritatea contractantă, la pct. IV.4.1) *„Modul de prezentare a propunerii tehnice”*, aceasta a solicitat la pct. IV.4.2) *„Modul de prezentare a propunerii financiare”* ca operatorii economici să depună *„Pentru organizarea de șantier, ofertanții vor prezenta proiectul organizării de șantier cu devizul financiar aferent”*;

- în cadrul Formularului F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv, autoritatea cocontractantă a consemnat la poziția 7, la denumirea capitolului de cheltuieți, o singură linie, respectiv *„5.1. Organizare de șantier”*;

- analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat această cerință, Consiliul constată că aceasta solicită ca operatorii economici să depună, în cadrul propunerii tehnice, o planșă sau schiță din care să rezulte modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în ceea ce privește organizarea de șantier, amplasarea surselor de apă, energie electrică, telefon, gaze și altele asemenea, care să fie însoțită de listele de cantități de lucrări aferente;

- potrivit Hotărârii Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții”, devizul general privind cheltuielile necesare realizării unui obiectiv cuprind, la capitolul 5 „Alte cheltuieli”, capitolul 5.1 Organizare de șantier, cu subcapitolele „5.1.1. – Lucrări de construcții și 5.1.2. – Cheltuieli conexe organizării de șantier”;

- potrivit Ordinului nr. 863/2008, pentru aprobarea „Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții”, printre părțile scrise care alcătuiesc proiectul tehnic sunt și listele cu cantitățile de lucrări, iar în cadrul acestora se regăsesc și listele cu cantități de lucrări pentru construcții provizorii OS (organizare de șantier).

Față de toate aspectele mai sus reținute, susținerile societății contractante, potrivit cărora listele de cantități aferente organizării de șantier sunt atributul proiectantului, sunt judicioase în cauză, astfel autoritatea contractantă fie solicită depunerea de către operatorii economici a unei planșe sau schițe din care să rezulte modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în ceea ce privește organizarea de șantier, fără depunerea unor liste de cantități, operatorii economici trebuind să oferteze o valoare aferentă organizării de șantier, în limitele valorii menționată în cadrul fișei de date a achiziției, la capitolul II.1.5) „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”, sau în cazul în care dorește ca operatorii economici să cuantifice valoric liste de cantități de lucrări aferente, să pună la dispoziția acestora liste de cantități, care potrivit Ordinului nr. 863/2008 mai sus reținut, fac parte din cadrul proiectului tehnic.

În considerarea celor antemenționate, criticile formulate de ... cu privire la organizarea de șantier, sunt întemeiate, Consiliul urmând să le admită.

Referitor la cea de-a treia critică formulată de ... cu privire la clauzele contractuale din cadrul modelului de contract pus la dispoziția operatorilor economici, Consiliul constată următoarele:

- privitor la clauza de la capitolul 13 *„Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”*, pct. 13.1 *„În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din prețul contractului. Cota procentuală stabilită este de 0.1% pe zi de întârziere”*, societatea contestatoare consideră că principiul proporționalității este încălcat, întrucât penalitățile impuse executantului se raportează la întreaga valoare a contractului, în timp ce penalitățile impuse achizitorului se raportează la valoarea lucrărilor neexecutate;

- Consiliul va lua în considerare dispozițiile 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”*.

Prin urmare, din perspectiva coroborării cadrului juridic anterior invocat, *„penalitatea în sumă echivalentă cu o cotă 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.

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.

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că se impune obligarea autorității contractante la rescrierea clauzei respective cu respectarea legislației în vigoare în materie.

Societatea contestatoare consideră că și în cazul clauzei care obligă achizitorul la plata penalităților de întârziere este încălcat principiul proporționalității, întrucât acestea trebuiesc plătite *„doar după trecerea a 28 de zile de la expirarea perioadei convenite (adică data scadenței facturii). În acest sens nu se mai respectă termenul de plată de 28 de zile de la data acceptării situațiilor de plată și a facturii (art. 19.1 din Proiectul de contract), acesta devenind de 56 de zile (28 de zile de la data acceptării facturii + încă 28 de zile de la scadența celor 28 de zile). Clauza este neechitabilă având în vedere că executantul este obligat la plata penalităților din prima zi de întârziere a executării lucrărilor, neavând un termen de grație de la scadență, așa cum are achizitorul”*.

Raționamentul conturat de Consiliu, în cazul clauzei privind penalitățile impuse executantului este valabil și în cazul clauzei de la art. 13.2 din contract, respectiv *„ În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din plata neefectuată. Cota procentuală stabilită este de 0.1% pe zi de întârziere”*.

Pe cale de consecință, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la reformularea cerinței clauzei, în așa fel încât părțile să fie egale din punct de vedere juridic, cu respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013.

Față de toate aspectele evocate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să admită

contestația depusă de ... în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă, să procedeze la rectificarea documentației de atribuire în sensul reținut în prezenta motivare. Remedierea și publicarea măsurilor se vor face în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006 va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincizece) pagini.