



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO ... reprezentantă legal prin împotriva documentației de atribuire elaborată de către ... cu sediul în având C.I.F. RO ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare sistem rutier pe DJ ..., județul ...” cod CPV 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), se solicită obligarea autorității contractante la modificarea contractului propus în cadrul documentației de atribuire, respectiv a art. 17.1, în sensul adaptării acestuia la condițiile imperative prevăzute în Legea nr. 72/2013, precum și la eliminarea dublei clauze penale din contractul de lucrări propus.

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de către ... cu sediul în în contradictoriu cu ... cu sediul în

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică documentația de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare sistem rutier pe DJ ..., județul ...” solicitând admiterea contestației și obligarea autorității contractante la modificarea contractului propus în cadrul documentației de atribuire, respectiv a art. 17.1, în sensul adaptării acestuia la condițiile imperative prevăzute în Legea nr. 72/2013, precum și la eliminarea dublei clauze penale din contractul de lucrări propus.

Contestatorul arată că interesul său în promovarea contestației există și este motivat de intenția certă de participare la procedura de atribuire, manifestat prin accesarea invitației de participare, iar pentru participarea la procedură și câștigarea acesteia, urmărește ca documentația de atribuire să fie clară, completă și conformă cu dispozițiile legale.

Precizează faptul că este vizat, prin criticile formulate, în primul rând, textul art. 17.1 din modelul de contract propus de către autoritatea contractantă, în care se arată că achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de maxim 60 zile de la îndeplinirea cumulativă a 3 condiții, care sunt menționate, legate de acceptarea situațiilor de lucrări, emiterea facturii de către executant după acceptarea situațiilor de lucrări și asigurarea efectivă a sumelor în bugetul propriu al județului.

Sunt invocate, de către contestator, prevederile imperative ale art. 4 alin. (3) și (4), art. 94 din H.G. nr. 925/2006, art. 14 alin. (4), art. 41 alin. (2) din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, art. 14 alin. (3), art. 61 alin. (2) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, anexa 1 - Capitolul 1 - „Angajarea cheltuielilor” din Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 1792 din 24 decembrie 2002 - pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale (publicat în Monitorul Oficial nr. 37 din 23.01.2003)

Cele de mai sus, se arată în contestație, instituie prezumția legală absolută că, la momentul semnării unui contract de achiziție publică, care reprezintă un angajament legal, unitatea - administrativ teritorială achizitoare dispune integral de sumele de bani necesare pentru plata lucrărilor angajate prin contractul încheiat. În opinia contestatorului, din

interpretarea normelor invocate mai sus, rezultă clar interdicția autorităților contractante de semnare a unui contract de achiziție publică fără a avea fondurile necesare îndeplinirii obligației de plată asumate prin contract.

În contestație se învederează că, înainte de a demara o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să identifice oportunitățile de finanțare pentru îndeplinirea în bune condiții a respectivului contract, ceea ce înseamnă că, practic, la momentul încheierii contractului, sumele necesare pentru executarea integrală a obligațiilor de plată asumate prin contractul respectiv trebuie să existe cu certitudine.

Menționează contestatorul că numai în măsura în care poate identifica fondurile necesare în vederea îndeplinirii contractului de achiziție publică ce se dorește a fi atribuit, autoritatea contractantă are dreptul de a continua aplicarea procedurii potrivit legislației în vigoare, însă, la momentul încheierii contractului, sursele de finanțare trebuie obligatoriu să fie sigure.

În contestație se subliniază că angajamentul legal constituie o fază din procesul execuției bugetare și este reprezentat de orice act juridic din care rezultă, sau ar putea rezulta, o obligație pe seama fondurilor publice, așa cum a fost definit la art. 2 alin. (1) punctul 3 din Legea nr. 273/2006 și de art. 2 punctul 3 din Legea nr. 500/2002.

Contestatorul precizează că, pe lângă angajamentul juridic, care generează drepturi și obligații, prin normele imperative care guvernează finanțele publice s-a definit și angajamentul bugetar, care își are originea în autorizarea bugetară, și care nu este un act juridic, ci o operațiune particulară a contabilității publice, menită să asigure respectarea obligațiilor instituției, ce decurg din angajamentele juridice, în speță - contractul de achiziție publică, precum și respectarea obligației instituției de a nu depăși autorizarea bugetară, respectiv creditul de care dispune.

Se menționează că angajamentul juridic coexistă cu angajamentul bugetar și sunt inseparabile, angajamentul juridic constituind un act juridic creator de drepturi și obligații, din care rezultă o obligație de plată, iar angajamentul bugetar reprezintă o rezervare de credite. În contestație se subliniază că, dacă se creează o obligație de a plăti, trebuie să se rezerve și creditele în baza cărora să se dispună plata, ca urmare a executării angajamentului juridic.

Invocând prevederile Ordinului Ministerului Finanțelor Publice nr. 1792/2002, ... arată că, în definirea angajamentului bugetar nu este esențială atât accentuarea faptului că acest angajament este o operațiune de rezervare a creditelor, ci scopul în care se face această rezervare, și anume punerea în rezervă a creditului pentru ca, atunci când trebuie executat un angajament juridic din care rezultă o obligație de plată, să existe creditul în baza căruia să se dispună plata.

În opinia contestatorului, contractul de achiziție publică nu poate fi un contract sub condiție, pentru că O.U.G. 34/2006 nu prevede, sub nicio formă, o asemenea ipoteză, astfel că, pe cale de consecință și față de

prevederile explicite și imperative ale art. 94 din H.G. 925/2006, ale Legii nr. 500/2002, ale Legii nr. 273/2006, Ordinului M.F.P. nr. 1792/2002, corelate cu cele ale art. 12, 14 și 15 din Legea nr. 72/2013, nici obligația de plată a județului ... nu va putea fi una afectată de o condiție pur potestativă, respectiv de „ ... asigurarea efectivă a sumelor în bugetul propriu al județului, în conturile de disponibilități ale ... deschise la Trezoreria Municipiului ... așa cum se prevede la art. 17.1 din contractul propus.

În contestație se citează din Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, publicată în 23.02.2011, și se invocă prevederile art. 4 alin. 1 lit. a)-c), alin. 2 și alin. 3, art. 7 alin. 1, art. 12, art. 14 lit. a)-f), art. 15 alin. 1 și alin. 2 prin Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, prin care această directivă a fost transpusă în legislația națională și se învederează riscul major la care se supune autoritatea contractantă când încheie contracte fără a exista creditul bugetar obligatoriu și, în cazul contractelor de lungă durată, fără a avea credite de angajament, situație care trebuie evitată, cu atât mai mult cu cât reprezintă o încălcare a legislației în domeniul finanțelor publice.

În acest sens, se invocă și prevederile art. 26 „Condiții de executare a contractului” din cadrul capitolului IV „Norme speciale privind caietul de sarcini și documentele contractului” din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii.

Contestatorul susține că regulile fundamentale din timpul desfășurării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, precum și principiile tratamentului egal și proporționalității, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și f) din O.U.G. nr. 34/2006 trebuie să fie menținute și ulterior, în timpul derulării contractului de achiziție publică.

Menționează că forma actuală a contractului propus în cadrul documentației este cea a unui contract de adeziune, ale cărui clauze esențiale sunt impuse ori sunt redactate de către achizitor, conducând la crearea unui exces de protecție a achizitorului în raport cu executantul și în detrimentul acestuia din urmă și, totodată, conducând la plasarea acestuia într-o poziție de inferioritate, cu certe dezavantaje economice, suprimându-se, în acest fel, noțiunea de echilibru contractual între obligațiile asumate și contraprestațiile oferite.

O a doua critică din contestație vizează prevederile art. 11.5 din contractul propus, prin care autoritatea contractantă instituie o clauză suplimentară celei deja stabilită prin art. 11.1 și 11.2.

Invocând prevederile art. 1350 alin. (3) din Codul Civil (Legea nr. 287/2009), contestatorul învederează că prevederile art. 11.5 din contract reprezintă o dublă sancționare a aceleiași situații și, implicit, o

dublă reparație a unuia și aceluiași prejudiciu, deși Codul civil permite părților să stabilească, ele însele, cuantumul despăgubirilor pentru situația neexecutării culpabile a obligațiilor.

Precizează că, în forma actuală, contractul instituie în sarcina viitorului executant două categorii distincte de sancțiuni pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate prin contract, ambele sancțiuni contractuale având natura unor daune - interese, iar cumulul acestora nu este permis deoarece ambele au aceeași finalitate și ar echivala cu aplicarea a două sancțiuni de același fel pentru aceeași faptă, respectiv cu o dublă reparație a uneia și aceleiași încălcări a contractului.

În opinia contestatorului, clauza penală trebuie menținută într-o asemenea manieră încât să-i fie înlăturat caracterul excesiv, în dauna vreuneia dintre părțile contractului și să asigure sancționarea rezonabilă a debitorului.

Invocând prevederile art. 1533 și art. 1537 din Noul Cod Civil, contestatorul arată că aplicarea extremă și exclusivă a unor clauze contractuale, fără a avea în vedere legislația relevantă, conduce la crearea unor situații de dezechilibru, care vin în contradicție evidentă cu scopul urmărit de actele normative aplicabile.

În opinia contestatorului, refuzul constant al autorității contractante de a se conforma legislației imperative nu poate fi apreciat ca dovadă de bună credință.

În probațiune, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: invitația de participare nr. ... din 03.10.2013, fișa de date a achiziției și modelul de contract din documentația de atribuire.

Cu adresa nr. 12006 din 11.10.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34585 din 14.10.2013, ... a formulat, în temeiul prevederilor art. 274 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, punctul de vedere la contestația depusă de ... prin care arată că, prin nota nr. 1/11807 din 08.10.2013, publicată în SEAP în data de 09.10.2013, a dispus, ca măsură de remediere, modificarea articolului 17.1 din formularul de contract.

Cu privire la solicitarea de eliminare a dublei clauze penale din forma contractului propus de autoritatea contractantă, în punctul de vedere se arată că rațiunea adoptării Legii nr. 72/2013 vizează reglementarea unor măsuri pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor creanțe certe, lichide și exigibile, rezultând din contracte încheiate între profesioniști, pe o parte, și între aceștia și autorități contractante, pe de altă parte, deci domeniul de aplicare al acestei legi se limitează la existența unor creanțe certe, lichide exigibile, situație ce presupune îndeplinirea prealabilă a obligațiilor contractuale asumate, corespunzător facturilor emise/primate și însușite la plată de autoritatea contractantă, legea neavând în vedere combaterea întârzierii în executare obligațiilor de plată corelate cu executarea corespunzătoare a obligațiilor asumate de profesioniști.

Autoritatea contractantă susține că respectiva clauză penală impusă în formularul de contract vizează ipoteze de neexecutare sau executare

necorespunzătoare a obligațiilor asumate de profesioniști, și excede, fără echivoc, de la dispozițiile Legii nr. 72/2013, astfel că, prin raportare la rațiunea adoptării acestui act normativ expusă mai sus, aplicarea acesteia în contractele administrative este în deplină concordanță cu instrumentul de prezentare al legii. În acest sens se invocă și prevederile art. 1538 din Legea nr. 287/2009 - Noul Cod civil, care definesc clauza penală.

Sustine că situația de față nu este cea a instituirii unei duble clauze penale, în formularul de contract regăsindu-se atât clauze care se află în deplină concordanță cu dispozițiile Legii nr. 72/2013, cât și cu dispozițiile dreptului comun, care au caracter de lege generală, cu care se pot completa clauzele cuprinse într-un contract administrativ, precum cel în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că va menține clauza penală prevăzută la art. 11.5, întrucât contractul care urmează a fi atribuit are natura juridică a unui contract administrativ, a cărui trăsătură specifică este inegalitatea juridică a părților, în care autoritatea contractantă publică acționează ca titulară a unor prerogative publice care decurg din interesul general pe care îl apără și îl promovează.

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

În punctul de vedere se subliniază că se va activa clauza penală numai în situația în care se va constata neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a contractului, în raport de obligațiile contractuale asumate, și aceasta va avea menirea de a stabili, anticipat, cuantumul daunelor-interese.

Se menționează că această justificare se întemeiază pe dispoziții normative speciale, aplicabile în materia contractelor administrative, situație derogatorie de la prevederile art. 1350 alin. 3 din N.C.Civ.

Față de precizările enunțate, sub aspectul fondului cauzei, ... solicită Consiliului să constate remedierea motivelor criticilor vizând articolul 17.1 din formularul de contract și netemeinicia criticilor vizând clauza penală prevăzută la art. 11.5 din formularul de contract, respectarea principiilor prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor publice, și, pe cale de consecință, să respingă contestația, ca nefondată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare sistem rutier pe DJ ..., județul ...”, cod CPV 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a invitației de participare nr. ... din 03.10.2013.

Conform invitației de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 8.362.525 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, ... a formulat, în termen, contestație.

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

... critică, prin contestație, două clauze prevăzute de către autoritatea contractantă în modelul de contract, parte a documentației de atribuire.

Una dintre critici se referă la articolul 17.1, din modelul de contract, care prevede astfel: "Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de 60 de zile de la îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții: - acceptarea situațiilor de lucrări, în termenii și condițiile stabilite în prezentul contract (...); - emiterea facturii de către executant (...); - asigurarea efectivă a sumelor în bugetul propriu al județului, în conturile de disponibilități ale ... deschise la Trezoreria Municipiului ...

Consiliul reține, în legătură cu respectiva clauză, că, prin "Măsuri de remediere" nr. 1/11807, publicate în SEAP în data de 08.10.2013, autoritatea contractantă, în baza dispozițiilor art. 256³ alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, a modificat respectiva clauză contractuală în sensul eliminării paragrafului referitor la existența sumelor în bugetul propriu al județului, ca fiind o condiție de plată către executantul lucrărilor. Prin urmare, criticile referitoare la acest aspect constată Consiliul că sunt rămase fără obiect.

În cele ce urmează, Consiliul va analiza art. 11.5 din modelul de contract, în legătură cu care contestatorul formulează critici prin contestație, susținând că, prin respectivul articol, se introduce o clauză suplimentară celei stabilită prin art. 11.1 și 11.2.

Clauza în discuție are următorul conținut:

"11.5 CLAUZĂ PENALĂ

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

1. neexecutarea obligațiilor contractuale în termenul convenit atrage, în sarcina executantului, următoarele sancțiuni cu caracter patrimonial:
 - penalități conform art.11.1 din prezentul contract, în sumă de 0,06%/zi din prețul contractului cu TVA, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor;
 - reținerea garanției de bună-execuție, astfel cum a fost constituită la dispoziția
2. neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor asumate atrage, în sarcina executantului, următoarele sancțiuni cu caracter patrimonial:
 - reținerea garanției de bună-execuție, astfel cum a fost constituită la dispoziția

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

Consiliul determină că penalitățile de întârziere prevăzute la art. 11.1 și 11.2 au fost introduse ca urmare a punerii în aplicare a prevederilor 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 autoritățile contractante.

În ceea ce privește “clauza penală”, Consiliul are în vedere faptul că aceasta are un rol compensatoriu (de evaluare anticipată a prejudiciului creditorului în caz de neexecutare din partea debitorului) și rol sancționator (pedeapsa contractuală a debitorului pentru nerespectarea obligației). Scopul clauzei penale constă în protecția creditorului din contract, adică a aceluia care va fi prejudiciat de cealaltă parte contractantă pentru neexecutarea, executarea defectuasă etc. de către acesta a obligațiilor asumate prin contractul în cauză.

Mai mult decât atât, clauza penală îl scutește pe creditorul prejudiciat de dovedirea prejudiciului, adică, existența clauzei penale în contract face posibilă executarea clauzei penale, fără a fi nevoie ca prejudiciul să fie demonstrat de partea prejudiciată, în speță de autoritatea contractantă.

Având în vedere natura contractului de achiziție publică, ce este, conform dispozițiilor art. 3 lit. f) din ordonanța de urgență, un contract asimilat, potrivit legii, **actului administrativ**, Consiliul determină că autoritatea contractantă în mod corect a inclus “clauza penală” în modelul de contract, scopul fiind acela al protejării și promovării interesului general, pe care instituția în cauză, prin prerogativele sale, îl reprezintă, sens în care reglementează dispozițiile art. 8 alin. 3 din Legea nr. 554/2004: “La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care **principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public**”.

Mai mult decât atât, cauza dedusă judecății, de către contestator, referitoare la clauza din modelul de contract prezentat de către autoritatea contractantă, este reglementată de dispozițiile art. 36 alin. 2 lit. f) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora o ofertă este considerată neconformă dacă “**conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă** în cadrul documentației de atribuire, **care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă**, iar ofertantul deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”. Prin urmare, negocierea clauzelor contractuale se face, potrivit dispozițiilor legale invocate, prin propunerea, de către operatorul economic participant la procedură, în cadrul ofertei depuse, a unor modificări ale contractului, iar autoritatea contractantă dacă apreciază modificările propuse ca fiindu-i dezavantajoase, aduce la cunoștința ofertantului aspectul, și, în situația în care acesta nu renunță, oferta urmează a fi respinsă, ca neconformă.

Tot în acest sens reglementează și dispozițiile art. 33 alin. 2 lit. d) din ordonanța de urgență, în conformitate cu care documentația de atribuire cuprinde "informații referitoare la **clauzele contractuale obligatorii**".

Față de cele prezentate, Consiliul stabilește că în cauză nu sunt aplicabile dispozițiile art. 1350 alin. 3 din Codul Civil, invocate de către contestator în susținere.

De altfel, respectiva clauză din contract nu poate aduce prejudicii contestatorului, ci are scopul de a proteja autoritatea contractantă în cazul executării cu întârziere sau defectuase a obligațiilor contractuale, din culpa debitorului.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 5 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația depusă de către ... procedura urmând a fi continuată.

Decizia este obligatorie, potrivit prevederilor art. 280 alin. 3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 9 pagini.