

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la... cu nr...., formulată de către.... cu sediul în....., Nr...., Br. 6..., Et...., Sector..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului J2....., reprezentată prin ADMINISTRATOR, domnul..., în calitate de operator interesat de participarea la procedura simplificată organizată de...., în calitate de entitate contractantă....., nr...., Județul..., Cod de identificare fiscală RO..., în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect "... 20 kV dintre LEA 20 kV Runcu si LEA 20 kV Muntenia - Derivația 20 kV..., jud.... ", procedură inițiată conform anunț de participare simplificat nr...., la data de..., contestația a solicitat:

- admiterea contestației, anularea documentației de atribuire în partea contestată, respectiv:

- a) Publicarea caietului de sarcini al achiziției;
- b) Publicarea formularelor de propunere tehnică în documentația de atribuire;
- c) ... contractuale care stabilesc un termen de plată de 120 de zile din documentația de atribuire și din modelul de contract;
- d) Eliminarea duratei termenelor de garanție extinsă din cadrul factorilor de evaluare „Componenta tehnică 1: Garanția acordată lucrării”;
- e) Eliminarea duratei termenelor de garanție extinsă din cadrul factorilor de evaluare „Componenta tehnică 2: Durata garanției echipamentelor tehnologice și funcționale care necesită montaj”;
- f) Clarificarea prevederii prin care planul calității trebuie avizat de specialiști sau de organe abilitate în acest sens.

- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, în conformitate cu prevederile legale.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

...

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care... solicită cele redată în partea introductivă.

În fapt, contestatoarea arată că, procedând la analiza diligentă a documentelor publicate în SEAP, a constatat absența unor elemente esențiale, vitale pentru pregătirea corespunzătoare a unei oferte tehnice și financiare. Deși au fost publicate fișiere denumite generic "CS", acest fișier conține mai multe documente, dar nici unul fiind Caiet de Sarcini propriu-zis, în accepțiunea legală a art. 22, alin. (10) și alin (11) din HG nr. 394/2016, care să cuprindă în mod exhaustiv cerințele tehnice, specificațiile și listele de cantități de lucrări (antemăsurători).

În strânsă legătură cu această omisiune, se constată și lipsa unui formular standardizat aferent..., fapt ce generează o stare de incertitudine majoră și lasă loc arbitrariului în procesul de evaluare, neasigurând o abordare unitară pentru toți ofertanții.

Analizând, de asemenea, condițiile contractuale impuse prin documentația de atribuire, respectiv prin proiectul de contract (fișierul [SCN1... /... 04] Anexa 4 Contract...), a identificat la clauza 14, art.... și clauza 20, art.... o prevedere referitoare la termenul de plată. Entitatea contractantă a stabilit în mod unilateral un termen de plată de 120 de zile, care excede cu mult maximumul de 30 de zile (sau, în mod excepțional... de zile) prevăzut de legislația imperativă în vigoare. Impunerea acestei clauze are un caracter vădit disproporționat și plasează o sarcină financiară excesivă asupra executantului, descurajând participarea la procedură.

În ceea ce privește criteriul de atribuire, cel mai bun raport calitate preț și respectiv factorii de evaluare stabiliți în Fișa de Date a Achiziției (fișierul [SCN1... /... 06] FisaDate_DF1....pdf), la secțiunea....5, a constatat că entitatea contractantă a introdus factori de evaluare pe care îi apreciem ca fiind nerelevanți și restrictivi. În mod specific, "Componenta tehnică 1: Garanția acordată lucrării" și "Componenta tehnică 2: Durata garanției echipamentelor tehnologice și funcționale care necesită montaj" acordă punctaj pentru o simplă prelungire a duratelor de garanție peste minimumul obligatoriu. Acești factori nu reflectă o superioritate tehnică reală a ofertei și nu sunt în legătură cu obiectul contractului, având doar rolul de a distorsiona concurența.

În absența unor prevederi specifice în Caietul de Sarcini, singura cerință referitoare la Planul Calității este menționată în Fișa de Date, la Cap. IV.... lit. c), care solicită ca acesta să fie „avizat de specialiști sau de organisme abilitate în acest sens". Această formulare este vagă și creează confuzie, nelămurind cine sunt

„specialiștii” sau „organisme abilitate”
în accepțiunea entității contractante.

Coroborând aceste aspecte - absența documentelor tehnice esențiale (Caiet de Sarcini și Formular de...), impunerea unor clauze de plată nelegale și utilizarea unor factori de evaluare restrictivi - consideră că se află în imposibilitatea obiectivă de a elabora și depune o ofertă fundamentată, competitivă și conformă. Prin modul în care a fost întocmită, actuala documentație de atribuire încalcă grav principiile transparenței, tratamentului egal și proporționalității.

Unul dintre principiile fundamentale ale achizițiilor publice este transparența, care conferă o garanție a utilizării eficiente a fondurilor publice, iar aplicarea concretă a principiului este de natură a spori încrederea în procesul de achiziție publică.

Deficiențele ale documentației de atribuire: lipsa caietului de sarcini și a formularului de propunere tehnică:

Entitatea contractantă a procedat la inițierea procedurii simplificate fără caiet de sarcini și formular de propunere tehnică, contrar art. 164 alin. (1) din Legea 99/2016, cu modificările și completările ulterioare. Această lipsă conduce la încălcarea principiului transparenței, care presupune punerea la dispoziția operatorilor economici a tuturor informațiilor relevante pentru elaborarea ofertei.

Lipsa documentației complete creează o situație de opacitate procedurală, contrară normelor legale și principiului securității juridice.

De asemenea, conduce la afectarea egalității de tratament, deoarece operatorii economici nu au acces la informații complete și echitabile, ceea ce poate conduce la interpretări diferite și favorizarea unor participanți.

Lipsa clarității privind cerințele tehnice face imposibilă ofertarea exactă a soluției tehnice care trebuie ofertată, a resurselor umane și materiale necesare pentru îndeplinirea cerințelor și, în mod subsecvent, fundamentarea corectă a propunerii financiare. Mai mult, în absența unui formular standardizat, devine imposibilă și asigurarea unei abordări unitare în prezentarea ofertei, fapt ce lipsește de predictibilitate atât procesul de ofertare, cât și pe cel de evaluare, lăsând loc arbitrariului.

Documentul „Parte scrisă... rev. 1.pdf” nu poate să fie considerat un caiet de sarcini deoarece acela este un Proiect tehnic, căruia i s-a atribuit și un număr de proiect respectiv nr.... și deci nu poate să fie considerat un caiet de sarcini, acela fiind un alt document al documentației de atribuire; La pagina 74 din același document există un document numit... dar care face referire doar la detalierea lucrărilor de construcții pentru realizarea fundațiilor stâlpilor din proiectul amintit și nu la întreaga lucrare care urmează să fie realizată.

Analiza juridică a clauzei privind termenul de plată:

Contestatoarea consideră că termenul de plată de 120 zile încalcă dispozițiile legale aplicabile, respectiv art. 5 alin. (1), art. 12, art. 13 din Legea nr. 72/2013, care stabilesc termenul de plată între profesioniști, definesc clauza abuzivă și evidențiază criteriile de echilibru contractual, bune practici și transparență în stabilirea termenelor de plată.

Termenul de plată de 120 de zile excede limita legală, nu este justificat - nu există motive obiective sau justificări documentate pentru prelungirea..., contrar cerințelor art. 13 lit. d) din Legea 72/2013, creează un dezechilibru - debitorul obține un avantaj disproporționat, în timp ce creditorul suferă întârzieri nejustificate care afectează fluxul de numerar, încalcă principiul bunei-credințe și al echilibrului contractual - impunerea unui termen atât de lung este vădit inechitabilă, contravine practicilor comerciale standard - durata obișnuită a termenelor de plată între profesioniști fiind de 30 și în cazuri fundamentate de maxim... de zile, termenul de 120 de zile deviază semnificativ de la normele stabilite și perturbă competiția loială.

Caracterul abuziv al celor doi factori de evaluare tehnici:

Referitor la factorii de evaluare „Componenta tehnică 1: Garanția acordată lucrării” și „Componenta tehnică 2: Durata garanției echipamentelor tehnologice și funcționale care necesită montaj” acordarea unei perioade de garanție a lucrării și produselor peste cel minim stabilit prin lege, nu poate fi suficient pentru a garanta entității contractante că avantajul obținut pe perioada evaluării ofertelor va fi păstrat în implementarea contractului. Din informațiile înscrise la nivelul documentației de atribuire nu reiese cum a fost stabilită perioada minimă (36 luni) pentru garanția lucrărilor și produselor. Entitatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere ca limita maximă permisă pentru perioada de garanție (96 luni) să nu depășească perioada până la care sunt prevăzute reparațiile în normele tehnice pentru obiectul respectiv de investiție, în caz contrar se va considera că intenția entității contractante este de a finanța prin prezentul contract obligația proprie de întreținere a lucrărilor și echipamentelor. Garanția extinsă a produselor ar fi trebuit să fie cuantificată și inclusă ca poziție separată în valoarea estimată pe care entitatea a justificat-o în documentele procedurii și în strategia de contractare, fapt ce nu s-a întâmplat. În cazul în care ar fi menținută această prevedere, ar trebui solicitat ofertanților ca prin propunerea tehnică, aceștia să descrie modul în care planul de management al calității va asigura nivelul necesar de calitate al rezultatelor sale și al proceselor de lucru, prin prezentarea abordării generale și metodologiei pentru realizarea activităților din cadrul contractului (executarea lucrărilor), inclusiv descrieri detaliate ale metodelor de lucru pentru componentele majore ale lucrărilor precum și materialele pe care le va pune în operă, astfel încât ofertarea unei garanții extinse a lucrărilor să nu se facă doar la nivel declarativ în vederea obținerii unui punctaj mare

pentru acest factor de evaluare. Or în lipsa unui caiet de sarcini care să prevadă aceste aspecte, entitatea contractantă dorește să obțină avantaje economice fără să bugeteze aceste costuri.

În conformitate cu prevederile art. 12 lit. (a) din Instrucțiunea ANAP nr...., factorii de evaluare trebuie asociați unei/unor extinderi a cerinței minime obligatorii stabilite prin caietul de sarcini avantajul urmărit fiind în corelație cu valori superioare ale nivelurilor de calificare ce fac obiectul factorilor de evaluare, ori în lipsa caietului de sarcini acești factori sunt viciați și nu pot să fie îndepliniți.

Lipsa informațiilor detaliate privind planul calității:

Documentația de atribuire este lacunară și echivocă în ceea ce privește cerințele referitoare la Planul Calității, încălcând astfel principiile transparenței și tratamentului egal, statuate de legislația în domeniul achizițiilor publice.

În mod specific, fără prevederi în acest sens în Caietul de Sarcini, singura referire se regăsește în Fișa de Date, Cap. IV.... lit. c), care impune ca planul să fie „avizat de specialiști sau de organisme abilitate în acest sens”. Această sintagmă este nedefinită și necircumstanțiată, Autoritatea Contractantă omițând să indice care sunt organismele sau specialiștii a căror avizare este considerată acceptabilă.

Mai mult, documentația de atribuire omite să precizeze atât momentul la care se solicită prezentarea acestui plan, cât și gradul de detaliere necesar. Această lipsă de claritate lasă loc unei analize subiective din partea comisiei de evaluare și încalcă principiul transparenței, nepermițând ofertanților să elaboreze o propunere tehnică conformă și fundamentată.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu cu nr...., entitatea contractantă depune punct de vedere cu privire la contestația depusă, solicitând respingerea acesteia ca lipsită de interes și ca nefondată.

În susținerea excepției lipsei de interes, entitatea contractantă arată că... este o persoană juridică nou înființată, înregistrată în data de..., având cod CAEN principal... - Comerț cu ridicata al altor bunuri de uz gospodăresc, conform extras din certificatul constatator nr...., anexat, iar conform site-ului propriu, se prezintă ca fiind o companie dedicată creării de parteneriate solide și de succes în domeniul achizițiilor publice oferind suport pe tot parcursul procesului de licitație și implementare a proiectelor, pe scurt, se prezintă a fi o societate care oferă consultanță altor operatori economici în vederea participării acestora la diferite proceduri de achiziție publică/sectorială.

Astfel, contestatoarea nu îndeplinește criteriile de calificare pentru a putea depune ofertă în nume propriu, deci nu se poate dovedi existența interesului său legitim născut și actual, și nici nu poate fi vorba de un eventual prejudiciu cauzat de actul entității contractante.

Pe fondul contestației, arată următoarele:

a. Publicarea caietului de sarcini al achiziției.

În partea scrisă a Proiectului Tehnic de Execuție la pag. 26 - 85 există atât Caiet de sarcini pentru lucrări (pag. 26 - 68) cât și Condiții de ofertare, execuție, controlul calității și recepția lucrărilor (pag. 68-85). Acestea au fost întocmite cu respectarea HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, unde la Anexa 10 - Proiect Tehnic de Execuție la capitolul IV este prezentat modul de întocmire a Caietelor de sarcini.

b. Publicarea formularului de propunere tehnică în documentația de atribuire.

Entitatea contractantă va pune la dispoziția ofertanților formularul de propunere tehnică în vederea completării de către aceștia.

c)... contractuale care stabilesc un termen de plată de 120 de zile din documentația de atribuire și din modelul de contract.

Legea nr. 73/2013 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, distinge între contractele încheiate între profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante. Entitatea, având calitatea de profesionist, în sensul legii antementionată, reprezentând orice persoană fizică sau juridică care expozitează o întreprindere în scop lucrativ, se supune dispozițiilor prevăzute de Cap. II - Contracte între profesioniști.

În ceea ce privește termenul de plată.... intră sub incidența dispozițiilor prevăzute de art. 5 alin. (1) care stabilesc:

Regula: În raporturile dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de... de zile calendaristice.

Excepția: Prin excepție, părțile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, potrivit art. 12.

În aceste condiții, aplicarea excepției prevăzute la art. 5 alin. (1) presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții:

- să existe un acord de voință între părțile contractante în acest sens, adică să fie acceptată în scris de ambele părți, și
- noul termen de plată, mai mare de... zile, să nu fie apreciat ca fiind vădit inechitabil pentru creditorul obligației de plată.

Art. 12 din Legea nr. 72/2013 definește clauza abuzivă ca fiind acea clauza contractuală care stabilește drepturi și /sau obligații vădit inechitabile între părți. Prin urmare, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 5 alin. (1) din lege - respectiv 120 zile față de... zile calendaristice - este abuziv dacă este vădit inechitabil în raport de creditorul respectiv (executantul, prestatorul sau furnizorul din contractele...).

Din această perspectivă, caracterul de clauză abuzivă este determinat de creditorul obligației de plată, singurul care poate aprecia dacă un termen de plată de 120 zile este vădit inechitabil și care poate decide astfel dacă acceptă această clauză sau nu.

Totodată.... apreciază că stabilirea unui termen de plată de 120 de zile este în concordanță cu principiul tratamentului egal al contractanților, întrucât acesta se aplică în mod uniform tuturor partenerilor contractuali, fără a institui un regim discriminatoriu sau preferential pentru anumite categorii. Egalitatea de tratament presupune ca părțile aflate în situații comparabile să fie supuse acelorași condiții contractuale, iar termenul de plată de 120 de zile, fiind general și obiectiv determinat, nu crează dezechilibre sau avantaje nejustificate. În aceeași ordine de idei, acest termen poate fi justificat prin natura activității și particularitățile fluxului financiar al entității contractante, atâta timp cât este prevăzut expres în contract și acceptat de ambele părți, cu respectarea dispozițiilor legale.

d) Eliminarea duratei termenelor de garanție extinsă din cadrul factorilor de evaluare „Componenta tehnică 1: Garanția acordată lucrării”

Componenta tehnică 1: Garanția acordată lucrării este un element de control asupra calității execuției lucrării și scoate în evidență importanța respectării unei tehnologii de execuție corespunzătoare. Acest element determină calitatea prestației ofertantului, iar prin asumarea garanției de către acesta se urmărește realizarea unui nivel calitativ superior al execuției. În cazul apariției unor defecte în perioada garanției din cauza execuției necorespunzătoare a lucrărilor, potențialul executant va suporta cheltuielile privind remedierea defectelor. Evaluarea prin punctaj a garanției lucrării creează premisa îmbunătățirii indicatorilor de calitate stabiliți prin "Standardul de performanță pentru serviciul de distribuție a energiei electrice", aprobat prin Ordinul Președintelui ANRE nr...., respectiv continuitate în alimentare, siguranță în functionarea sistemului energetic, reducerea timpilor de realimentare, scăderea cheltuielilor de mentenanță.

Calitatea construcțiilor este o rezultată a totalității performanțelor de comportare a acestora în exploatare în scopul satisfacerii, pe întreaga durată de existență, a cerințelor fundamentale ale utilizatorilor și colectivităților, și este condiționată în mod direct atât de calitatea execuției cât și de calitatea materialelor și a echipamentelor încorporate. Prin urmare valoarea maximă a garanției acordate lucrării se stabilește la același nivel cu cel solicitat pentru garanția echipamentelor, respectiv 96 de luni.

Garanția acordată lucrării reprezintă un avantaj calitativ care se punctează cu maxim 10 puncte, după cum urmează:

- garanția acordată lucrării minimă acceptată este de 36 luni de la data semnării procesului verbal de punere în funcțiune fără observații; oferta cu garanția acordată lucrării mai mică de 36 luni va fi declarată neconformă; oferta cu durata garanției lucrării de 36 luni va fi declarată conformă;

- garanția acordată lucrării maximă este de 96 luni de la data semnării procesului verbal de punere în funcțiune fără observații; oferta cu durata garanției acordată lucrării mai mare de 96 luni nu va fi punctată suplimentar, va primi punctajul maxim de 10 puncte; oferta cu garanția acordată lucrării de 96 luni va primi punctajul maxim de 10 puncte;

- pentru ofertele cu garanția acordată lucrării cuprinsă între 36 și 96 luni (Durata gar. lucr. Of. N), punctajul va fi acordat proporțional aplicând formula:

$$\text{Punctaj} = 10 \text{ puncte} \times [(\text{Durata gar. lucr. oferta N} - 36 \text{ luni}) / \dots \text{luni}]$$

Perioada de... luni din formulă rezultă ca diferență dintre durata maximă a garanției de 96 luni și durata minimă de 36 luni.

e) Eliminarea duratei termenelor de garanție extinsă din cadrul factorilor de evaluare „Componenta tehnică 2: Durata garanției echipamentelor tehnologice și funcționale care necesită montaj”;

Componenta tehnică 2: Durata garanției echipamentelor tehnologice și funcționale care necesită montaj, ca element de control asupra calității echipamentelor privind importanța caracteristicii tehnice/funcționale a echipamentelor oferite - maxim 10 puncte, după cum urmează:

- Durata garanției echipamentelor minimă acceptată este de 36 luni de la data semnării procesului verbal de punere în funcțiune fără observații. Oferta cu durata garanției echipamentelor mai mică de 36 de luni va fi declarată neconformă. Oferta cu durata garanției echipamentelor de 36 luni va fi declarată conformă.

- Durata garanției echipamentelor maximă de 96 luni de la data semnării procesului verbal de punere în funcțiune fără observații. Oferta cu durata garanției echipamentelor mai mare de 96 luni nu va fi punctată suplimentar, va primi punctajul maxim de 10 puncte. Oferta cu durata garanției echipamentelor de 96 luni va primi punctajul maxim de 10 puncte.

- Pentru ofertele cu durata garanției echipamentelor cuprinsă între 36 și 96 luni (Durata gar. echip. oferta N), procentajul va fi acordat proporțional aplicând formula:

$$\text{Punctaj} = 10 \text{ puncte} \times [(\text{Durata gar. echip. oferta N} - 36 \text{ luni}) / \dots \text{luni}]$$

Perioada de... luni din formulă rezultată ca diferență dintre durata maximă a garanției

echipamentelor lucrări de 96 luni și durata minimă de 36 luni.

„Garanția echipamentelor” se referă la echipamentele cuprinse în lista cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, formularul F4 din partea economică.

În cazul ofertelor ce cuprind durate diferite de garanții ale echipamentelor, pentru factorul de evaluare Durata gar. echip. oferta N se va considera garanția medie asumată de ofertant pentru toate echipamentele din formularul F4 din partea economică.

Durata gar.echip.oferta N= SUM gar.Echip. / număr echipamente
Punctaj Total= PF+PT1+PT2

Consideră că în cazul în care cerințele privind garanția acordată lucrării și garanția echipamentelor ar fi expres stabilite prin documentația tehnică, respectiv prin caietul de sarcini și specificația tehnică, acestea ar deveni imperative, îngrădind libertatea operatorilor economici de a oferta într-o plajă de valori, corespunzător posibilităților reale de a-și susține oferta prin asigurarea echilibrului între prețul și garanțiile pe care le poate oferi.

Totodată, prin plajele de ofertare suficient de largi stabilite pentru factorii de evaluare,, durata garanției echipamentelor” și „garanția acordată lucrării” apreciază că orice potențial ofertant dispune de instrumente flexibile pentru a întocmi o ofertă justă, competitivă, la nivelul real al posibilităților sale. Acest lucru nu ar fi posibil pentru factorul,, durata garanției echipamentelor” dacă în specificațiile tehnice s-ar impune o valoare obligatorie a acestuia.

Pe de altă parte, achizitorul poate aprecia obiectiv, prin punctaj, posibilitățile reale ale ofertanților, asigurându-se în acest fel că există probabilitatea maximă de adjudecare a contractului de către ofertantul cel mai performant.

Apreciază că algoritmul de calcul al ofertelor prin stabilirea și notarea factorilor de evaluare,, Preț minim”, „Durata garanției echipamentelor” și „Garanția acordată lucrării” conduce la o apreciere obiectivă a ofertelor atât din punct de vedere al conformității calității tehnice cât și din punct de vedere al avantajelor economice oferite.

f) Clarificarea prevederii prin care planul calității trebuie avizat de specialiști sau de organe abilitate în acest sens

Precizează că Programul pentru controlul calității lucrărilor este semnat de proiectant și va fi semnat și de către specialiști (persoane desemnate în acest sens) din partea beneficiarului, respectiv executantului, conform documentului din Proiectul Tehnic de Execuție.

Contrar criticilor formulate de contestator, consideră și susține faptul că entitatea contractantă a respectat condițiile și reglementările prevăzute de Legea nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016.

În concluzie, față de argumentele prezentate mai sus în susținerea legalității deciziilor luate de entitatea contractantă, apreciază ca neîntemeiată și lipsită de interes contestația depusă, prin urmare solicită respingerea acesteia.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că.... a transmis recipisa de consemnare nr...., eliberată de..., la data de..., din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de..., pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr.....

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de entitate contractantă, a organizat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect,... 20 kV dintre LEA 20 kV Runcu și LEA 20 kV Muntenia - Derivația 20 kV..., jud.... ", publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr..... Valoarea estimată a achiziției este de..., fără TVA, iar criteriul de atribuire este „Cel mai bun raport calitate preț”.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestația în analiză...., criticând o serie de prevederi ale acesteia.

Cu privire la excepția lipsei de interes în promovarea contestației, invocată de entitatea contractantă, Consiliul o va respinge ca nefondată, având în vedere că documentația de atribuire poate fi contestată de orice operator economic, având în vedere că participarea la o procedură poate îmbrăca mai multe aspecte, respectiv ofertant, asociat, subcontractant sau terț susținător. Pe de altă parte, verificând sursele indicate de entitate, Consiliul observă că firma oferă servicii de consultanță, inclusiv în achizițiile publice, deci la nivel teoretic, aceasta poate participa la procedură în cadrul unei asocieri, fiind suficient pentru depunerea unei contestații ce vizează documentația de atribuire. Prin urmare, este lipsit de relevanță dacă societatea respectivă are în obiectul de activitate execuția lucrărilor ce urmează să se atribuiască, atât timp cât există posibilitatea legală a operatorilor economici de a participa la proceduri și în asociere.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că deși entitatea contractantă a primit contestația înainte de data deschiderii ofertelor, nu a luat măsuri de prelungire a datei de depunere a ofertelor și nici nu a suspendat procedura înainte de data limită de deschidere a acestora, ci a continuat-o, iar în conformitate cu cele menționate în adresa nr....., înregistrată la... cu nr...., a avut loc deschiderea ofertelor în data de..., s-a finalizat etapa de evaluare a garanțiilor de participare și a documentelor DUAE, procedura fiind suspendată în etapa evaluărilor tehnice. Totodată, entitatea contractantă menționează că au fost depuse opt oferte.

Consiliul mai observă că însăși entitatea contractantă recunoaște, explicit, în punctul de vedere (pag. 4 pct. b), caracterul fondat al unor critici, angajându-se să pună la dispoziția operatorilor economici formularul de propunere tehnică, astfel încât toți operatorii să prezinte aceleași informații, astfel ca ofertele să fie comparabile. Ori în condițiile în care însăși entitatea recunoaște necesitatea comunicării unui astfel de formular, este de neînțeles motivul pentru care nu a procedat la publicarea acestui formular și nu a amânat corespunzător data de depunere a ofertelor.

Astfel, Consiliul reține încălcarea de către entitatea contractantă a următoarelor dispoziții din Legea nr. 99/2016:

-Art. 163. - (1) Entitatea contractantă prelungește perioada stabilită în invitația de participare la o procedură concurențială de ofertare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri:

a) în cazul în care, din orice motiv, informațiile suplimentare sau răspunsul entității contractante la solicitările de clarificări transmise de către operatorii economici nu sunt comunicate în termenele prevăzute la art. 173, deși clarificările sau informațiile suplimentare au fost solicitate de operatorul economic în termenul prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;

b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției.

(2) Durata prelungirii perioadei stabilite potrivit alin. (1) este proporțională cu volumul și complexitatea informațiilor transmise prin clarificări, a informațiilor suplimentare sau a modificărilor aduse documentelor achiziției.

(3) Durata prelungirii perioadei prevăzute la alin. (2) nu poate fi mai mică de 6 zile, respectiv 4 zile în situațiile de urgență demonstrate corespunzător de entitatea contractantă, prevăzute de art. 87 alin. (3), respectiv 3 zile la procedura simplificată, respectiv două zile în situațiile de urgență demonstrate corespunzător de entitatea contractantă prevăzute la art. 126 alin. (10), termene care se calculează de la data transmiterii informațiilor suplimentare și până la termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare.

(4) În cazul în care informațiile suplimentare nu au fost transmise în timp util sau informațiile transmise de entitatea contractantă sunt nesemnificative în ceea ce privește elaborarea ofertelor, entitatea contractantă nu are obligația de a prelungi perioada pentru depunerea ofertelor.

-Art. 173. - (1) În măsura în care solicitările de clarificări sau informații suplimentare au fost adresate în termenul prevăzut în anunțul de participare/de concurs, răspunsul entității contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis cu cel puțin 10 zile, respectiv 5 zile în situațiile de urgență demonstrate în mod corespunzător de entitatea contractantă, prevăzute la art. 87 alin. (3), înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare.

(2) În cazul aplicării procedurii simplificate, termenele prevăzute la alin. (1) se reduc la 6 zile în cazul contractului de achiziție sectorială de lucrări, respectiv 3 zile în cazul contractului de achiziție sectorială de produse sau de servicii, sau cu cel puțin două zile, în cazul contractului de achiziție sectorială de produse de complexitate redusă sau în situațiile de urgență, demonstrate în mod corespunzător de către entitatea contractantă, înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare.

Autoritatea contractantă nu se poate prevala de faptul că nu a comunicat operatorilor formularul de propunere tehnică, prin clarificări, deci nu avea obligația să prelungească termenul, deoarece achiesarea S.A.explicită la critica formulată de contestatoare referitoare la lipsa acestui formular, o obliga atât la publicarea S.A., cât și la decalarea corespunzătoare a datei de depunere a ofertelor. Alegând să continue procedura, fără a publica în SEAP, în timp util, formularul a cărei necesitate o recunoaște, autoritatea contractantă a viciat ea însăși, în mod grav, procedura, nefiind posibilă corectarea S.A.în acest moment.

În ceea ce privește termenul de plată de 120 zile de la primirea facturii, Consiliul are în vedere că interpretarea entității contractante este vădit eronată, nicăieri în legea respectivă neexistând vreo prevedere care să permită o scadență atât de lungă.

Consiliul are în vedere că Legea nr. 72 din 28 martie..., *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, invocată de contestatoare*, reprezintă transpunerea în dreptul național a Directivei... /7/UE a... și a Consiliului din 16 februarie... *privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale*.

Potrivit art. 6 al acestei legi, Termenul legal de plată,,
(1) *Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:*

a) *30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;*

b) *30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;*

c) *30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.*

(2) *Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.*

De asemenea, art. 7 alin. (1) Legea nr. 72/2013 stabilește următoarele: (1) Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). **În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum... de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.**

În cazul de speță, contestatoarea, pe bună dreptate, își întemeiază contestația în fapt, pe un risc deloc neglijabil, al achitării sumelor datorate după 4 luni, în condițiile în care dispozițiile citate mai sus sunt imperative, neexistând posibilitatea derogării de la ele.

Este obligația entității contractante de a realiza formalitățile și a manifesta diligență maximă pentru procurarea la timp a fondurilor disponibile, deoarece, așa cum se precizează în considerentul (23) al directivei menționate,, În general, a pu b

d v ma sigure, ma previzibil ș ma c de
î . În plus, multe autorități publice pot obține finanțare în condiții mai avantajoase decât întreprinderile. În același timp, în comparație cu întreprinderile, autoritățile publice depind mai puțin de edificarea unor relații comerciale stabile pentru a-și realiza obiectivele. T d pla lung ș efe c î a
plă d că a pu p bunu ș servici
g c nejustifica p î . Prin urmare, ar trebui să se prevadă norme specifice în ceea ce privește tranzacțiile comerciale p furnizar d bunu s servici d că
î că a pu norm car să
s în speci t d pla car să n depăș
în mod norm 30 d zil c în afa cazulu în car
c preved în mod e dis c car
t să fi justifica în mod obie d natu s
ca specific a c da car să n
depăș în o caz.. d zil c '.

De asemenea, considerentul (26) stabilește următoarele: „Pentru a nu pune în pericol îndeplinirea obiectivului prezentei directive, statele membre ar trebui să garanteze că în cadrul tranzacțiilor comerciale **durata maximă a unei proceduri de recepție sau de verificare nu depășește, ca regulă generală, 30 de zile calendaristice.** Cu toate acestea, ar trebui să fie posibil ca o procedură de verificare să depășească 30 de zile calendaristice, spre exemplu în cazul contractelor deosebit de complexe, atunci când acest lucru este prevăzut în mod expres în contract și în orice documente de licitație și cu condiția ca acest lucru să nu fie vădit inechitabil pentru creditor”.

Astfel fiind, determinând că achizițtoarea are calitate de entitate contractantă, prin prisma Legii nr...., interpretată prin prisma principiului proporționalității din legea achizițiilor sectoriale, îi revine obligația de a cuprinde în modelul de contract un termen pentru îndeplinirea obligației de plată a sumelor de bani rezultând din contract care să respecte termenul maximal impus de Legea nr. 72/2013. Prin urmare, clauzele fișei de date și modelul de contract trebuie revizuite, pentru a fi puse în acord cu dispozițiile legale.

Consiliul trebuie să intervină și să asigure un echilibru între interesele concurente, chiar și în cazul contractelor administrative încheiate între o autoritate și un profesionist. De pildă, fiind unidirecționale, unele clauze rup echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera celor abuzive, astfel cum sunt definite de 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. Nu este acceptabil din perspectiva echilibrului obligațiilor contractuale ca societatea executantă să suporte temporizarea plăților peste termenul legal, clauză ce trece în sfera celor abuzive - *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. 12 din Legea nr. 72/2013).

În lumina celor expuse, Consiliul consideră că este necesar ca entitatea contractantă să revizuiască modelul contractului, clauzele care prevăd efectuarea plăților, astfel încât să răspundă exigențelor de legalitate, echitate și de informare corectă a operatorilor economici. Chiar dacă orice contract cu o autoritate contractantă cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, aceste clauze nu trebuie să depășească limitelor legii, trecând în sfera celor abuzive, art. 12 din Legea nr. 72/2013 stabilind că *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*.

Operatorii economici se găsesc într-o situație de inferioritate față de autoritățile publice sau entitățile achizițtoare în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către autoritate, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora în absența inițierii unui demers litigios. Dispozițiile imperative ale Legii nr.... urmăresc, între altele, să substituie echilibrul formal pe care îl instituie

contractul între drepturile și obligațiile contractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți.

Totodată, deficiența interpretării dispozițiilor legale de către entitatea contractantă rezultă, cu prisosință, din următoarea afirmație: „*caracterul de clauză abuzivă este determinat de creditorul obligației de plată, singurul care poate aprecia dacă un termen de plată de 120 zile este vădit inechitabil și care poate decide astfel dacă acceptă această clauză sau nu*”, ori din perspectiva achizițiilor publice și sectoriale, orice operator economic este posibil creditor al obligației de plată, entitatea contractantă neavând posibilitatea să semneze un alt model de contract față de cel publicat în documentație. Din această perspectivă, nu poate fi acceptată nici argumentația că aceeași scadență se adresează tuturor operatorilor, „*stabilirea unui termen de plată de 120 de zile este în concordanță cu principiul tratamentului egal al contractanților, întrucât acesta se aplică în mod uniform tuturor partenerilor contractuali, fără a institui un regim discriminatoriu sau preferential pentru anumite categorii*”, din moment ce aceste două afirmații se contrazic, lăsând să se înțeleagă că această scadență poate fi modificată pentru operatorul care a fost declarat câștigător.

Consiliul reține că această critică este, de asemenea, întemeiată, astfel că se impune anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 225 din Legea nr. 99/2016, (1) Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...)

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului; (...)

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”, nefiind posibilă, în acest moment, remedierea documentației de atribuire, din moment ce s-au depus și s-au deschis ofertele.

Consiliul nu va mai analiza restul criticilor, având în vedere că motivele identificate sunt suficiente pentru a fundamenta decizia de anulare a procedurii

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de.... în contradictoriu cu.... și va dispune anularea procedurii de atribuire.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de.... în contradictoriu cu.... și dispune
anularea procedurii de atribuire.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de
10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării
la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

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