Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +40-21-3104641, Fax. +40-21-3104642, Fax. +40-21-8900745,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ../../...
Data: ..

Prin contestația nr. 12367/18.03.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 16767/19.03.2024, înaintată de .... SA, cu sediul social în municipiul .., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. .., având CUI RO ., reprezentată legal prin . – administrator și convențional, prin SCA ...., cu sediul profesional în municipiul ....., adresă unde se solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, formulată împotriva adresei nr. 52824/12.03.2024 reprezentând măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă ca urmare a pronunțării Sentinței civile nr. ....24 de către .., în cadrul dosarului nr. ...., publicată în formă revizuită în SEAP la data de 15 martie 2024, emisă în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de servicii având ca obiect *„Achiziția contractului de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public în ....”*, inițiată de ...., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ...., bd. ...., reprezentată convențional prin ...., cu sediul în ..2, prin publicarea anunțului de participare CN ...., se solicită:

1. Modificarea măsurilor de remediere dispuse prin adresa nr. 52824/12.03.2024, respectiv a documentației de atribuire după cum urmează:

1.1 Modificarea secțiunii III.1.6. b) Garanție de bună execuție din fișa de date, a articolelor 21 din caietul de sarcini, ale articolelor 52, 58, 59, 62 și 63 din propunerea de contract, parte a documentației de atribuire, în sensul stabilirii clare și precise a garanției de bună execuție aferentă fiecărei activități a contractului de delegare de gestiune, precum și a condițiilor de constituire, de executare a garanției de bună execuție, respectiv de returnare a garanției de bună execuție, precum și modificarea oricăror alte prevederi contrare sau neclare ale documentației de atribuire, referitoare la garanția de bună execuție;

1.2 Modificarea cerinței din secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice, 20.5.2 Fișele tehnice din fișa de date *„Fișele tehnice vor fi semnate și ștampilate de către furnizorul/producătorul echipamentelor și vor fi însoțite de documente care să ateste caracteristicile solicitate”*, în conformitate cu art. 20.5.2 din caietul de sarcini, în forma modificată de către autoritatea contractantă;

1.3 Modificarea art. 23 din propunerea de contract *„Plata lucrărilor de investiție (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru extinderea și modernizarea sistemului de iluminat public și a situațiilor de lucrări”* în sensul că care plata se va realiza în 30 de zile calendaristice de la data înregistrării facturii la sediul autorității, emisă în baza situațiilor de lucrări;

2. Suspendarea procedurii de atribuire a contractului până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016.

3. Obligarea autorității contractante la prelungirea termenului-limită de depunere a ofertelor cu o perioadă egală cu durata suspendării procedurii, calculată de la data publicării în SEAP a deciziei prin care va fi soluționată definitiv prezenta contestație.

4. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze.

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

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care .... SA critică măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă ca urmare a pronunțării Sentinței civile nr. ....24 de către ....

I. SCURTĂ PREZENTARE A SITUAȚIEI DE FAPT

1. Prin contestația formulată împotriva documentației de atribuire publicată prin anunțul de participare nr. .. din 03.11.2023 de către autoritatea contractantă, ... SA a învederat Consiliului multiple aspecte de nelegalitate a documentației de atribuire, solicitând anularea în parte a acesteia.

2. Prin Decizia nr. ...., CNSC a admis în parte contestația .... SA.

3. Împotriva Deciziei nr. .... („Decizia nr. ....”), pentru motivele respinse de către Consiliu, contestatoarea a formulat plângerea înregistrată pe rolul Curții de Apel Constanța sub nr. .....

4. Prin Sentința Civilă nr. ....24, Curtea de Apel Constanța a respins plângerea, Decizia nr. .... rămânând astfel definitivă.

5. La data de 12 martie 2024, autoritatea contractantă a publicat în SEAP adresa nr. 52824/12.03.2024 invocând luarea unor măsuri de remediere ca urmare a pronunțării Sentinței Civile nr. ....24.

6. Cu toate acestea, măsurile luate prin adresa nr. 52824/12.03.2024 încalcă cele stabilite prin Decizia nr. .... rămasă definitivă ca urmare a respingerii plângerii prin Sentința civilă nr. ....24.

7. Astfel, adresa nr. 52824/12.03.2024 este nelegală deoarece încalcă prevederile imperative ale art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „*Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei*".

8. De asemenea, măsurile luate prin adresa nr. 52824/12.03.2024 sunt nelegale deoarece încalcă prevederile imperative ale legii, cum ar fi art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 ce instituie principiul proporționalității – principiu fundamental în atribuirea contractelor de achiziție publică sau pe cele ale art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, astfel cum contestatoarea va arăta în cele ce urmează.

II. ADRESA NR. 52824/12.03.2024 ESTE NELEGALĂ ÎNCĂLCÂND PREVEDERILE LEGISLAȚIEI ACHIZIȚIILOR DAR ȘI ALE LEGISLAȚIEI SPECIALE DIN DOMENIUL DELEGĂRII GESTIUNII SERVICIULUI DE ILUMINAT PUBLIC

9. Prin Decizia nr. ...., Consiliul a dispus: „*Prin urmare, Consiliul va admite în parte această critică și se va dispune modificarea cerinței referitoare a garanției de bună execuție, în sensul păstrării procentului de 5%, dar autoritatea urmând a stabili ca raportarea să se facă exclusiv la partea din investiție, și nu la cea de întreținere.*"

Prin adresa nr. 52824/12.03.2024, autoritatea contractantă a dispus modificarea art. 21 din caietul de sarcini, precum și a articolelor 58 și 59 din Propunerea de contract.

1. Măsurile de remediere referitoare la garanția de bună execuție (modificarea art. 21 din caietul de sarcini și a articolelor 58 și 59 din Propunerea de contract) sunt contradictorii altor prevederilor din cadrul documentației de atribuire, fiind încălcate prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, învederează contestatoarea.

11. Măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă sunt contradictorii altor prevederi ale documentației de atribuire, aceasta ducând la o informare incompletă, incorectă și imprecisă a ofertanților, fiind încălcate prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

12. Astfel, deși prin adresa nr. 52824/12.03.2024 s-a stabilit că garanția de bună execuție va fi calculată la valoarea investiției, fiind modificate în acest sens art. 21 din caietul de sarcini cu privire (doar) la valoarea garanției și art. 58 și 59 din Propunerea de contract, aceste modificări vin în contradicție cu următoarele prevederi ale documentației: i) secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție din fișa de date, ii) art. 21 din caietul de sarcini, iii) art. 52 din Propunerea de contract, iv) art. 62 din Propunerea de contract și v) art. 63 din Propunerea de contract.

13. Din prevederile antemenționate se observă că, deși prin adresa nr. 52824/12.03.2024, s-a stabilit constituirea unei garanții de bună execuție de 5% din valoarea investițiilor (lucrărilor de modernizare și extindere), documentația de atribuire conține prevederi contrare:

i) ce prevăd o garanție de bună execuție de 5% din valoarea contractului (Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție din fișa de date);

ii) ce prevăd că delegatarul va putea executa garanția de bună execuție pentru neîndeplinirea de către delegat a oricărei obligații contractuale – deci și a celor ce reprezintă lucrări de investiții (modernizare și extindere), deși garanția de bună execuție va fi constituită doar raportat la valoarea investițiilor, conform adresei nr. 52824/12.03.2024 (art. 21 din caietul de sarcini, art. 62 din Propunerea de contract);

iii) ce prevăd că autoritatea contractantă va eliberare/restitui garanția de bună execuție doar după îndeplinirea de către contractant a obligațiilor asumate prin contract – fără a se diferenția între obligațiile rezultate din investiții (modernizare și extindere) și celelalte activități ce fac parte din obiectul contractului – deși garanția de bună execuție va fi constituită doar raportat la valoarea investițiilor, conform adresei nr. 52824/12.03.2024 (art. 63 din Propunerea de contract).

14. Or, toate aceste informații contradictorii și imprecise oferite de autoritatea contractantă nu pot oferi ofertanților o informare corectă, conchide contestatoarea.

15. Astfel, autoritatea contractantă și-a încălcat obligația stabilită de art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2017.

16. De asemenea, contradictorialitatea prevederilor din documentației va crea probleme la momentul executării contractului, în ceea ce privește constituirea, executarea și restituirea garanției de bună execuție.

17. Din toate cele de mai sus rezultă că adresa nr. 52824/12.03.2024 prin care s-au adus modificări documentației de atribuire, în ceea ce privește garanția de bună execuție, contravine altor prevederi din cadrul documentației de atribuire.

2. Măsurile de remediere referitoare la garanția de bună execuție (modificarea art. 21 din caietul de sarcini și a articolelor 58 și 59 din Propunerea de contract) sunt nelegale, încălcând prevederile imperative ale legilor speciale

18. Cum contestatoarea a arătat și mai sus, prin adresa nr. 52824/12.03.2024 (prin care autoritatea a modificat art. 21 din caietul de sarcini și a art. 58 și 59 din Propunerea de contract) s-a stabilit că valoarea garanției de bună execuție este de 5% din valoarea investițiilor.

19. Măsura dispusă este nelegală deoarece este contrară prevederilor speciale din materia serviciului de iluminat public, ce impun ca contractului de delegare de gestiune să conțină în mod obligatoriu

clauze referitoare la garanția de bună execuție a contractului pentru toate activitățile ce fac obiectul acestuia:

i) Art. 29 alin. (11) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice: *„(11) Contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la: (...) n) garanția de bună execuție a contractului, cu indicarea valorii, modului de constituire şi de executare a acesteia;”;*

ii) Art. 22 alin. (1) din Legea nr. 230/2006 a serviciului de iluminat public: *„(1) Pot face obiectul contractelor de delegare a gestiunii activitățile de operare propriu-zisă - gestionare, administrare, exploatare, întreținere -, precum şi activitățile de pregătire, finanțare şi realizare a investițiilor din infrastructura aferentă serviciului de iluminat public.”.*

20. Conform art. 3 alin. (2) din Norme Metodologice din 2007 de stabilire, ajustare sau modificare a valorii activităților serviciului de iluminat public adoptate prin Ordinul nr. 77/2007 de Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Publice de Gospodărie Comunală („Ordinul nr. 77/2007”), contractul de delegare a gestiunii cuprinde următoarele activități:

i) iluminatul stradal rutier;

ii) iluminatul stradal pietonal;

iii) iluminatul arhitectural;

iv) iluminatul ornamental;

v) iluminatul ornamental-festiv al comunelor, orașelor şi municipiilor.

21. Art. 3 alin. (3) din Ordinul nr. 77/2007 stabilește că activitățile specifice serviciului de iluminat public cuprind două componente:

i) întreținere;

ii) modernizare.

22. Conform documentației de atribuire, contractul cuprinde următoarele activități:

i) Lucrări de modernizare a sistemului de iluminat public;

ii) Lucrări de extindere a sistemului de iluminat public;

iii) Lucrări de menținere - întreținere a sistemului de iluminat public;

iv) Lucrări aferente iluminatului festiv.

23. Din coroborarea art. 29 alin. (11) din Legea nr. 51/2006 cu cele ale cu cele ale art. 22 alin. (1) din Legea nr. 230/2006 și ale art. 3 alin. (2) și (3) din Ordinului nr. 77/2007 rezultă că Propunerea de contract trebuie să conțină, în mod obligatoriu, prevederi referitoare la garanția de bună execuție referitoare la:

i) activitatea de întreținere și menținere;

ii) activitatea de investiții – modernizare și extindere;

iii) activitatea de iluminat festiv.

24. Din toate cele de mai sus, rezultă că adresa nr. 52824/12.03.2024 prin care s-a stabilit constituirea unei garanții de bună execuție doar în ceea ce privește partea de investiții (modernizare și extindere) încalcă prevederile imperative ale legilor speciale menționate anterior.

25. Pentru toate cele de mai sus, rezultă că adresa nr. 52824/12.03.2024 prin care s-a stabilit garanția de bună execuție de 5% din valoarea lucrărilor de investiții este nelegală deoarece încalcă prevederile legilor speciale în materia serviciului de iluminat public, dar vine și în contradicție cu celelalte prevederi ale documentației de atribuire, nefiind respectat principiul unei informări clare și precise a ofertanților.

III. ADRESA NR. 52824/12.03.2024 ÎNCALCĂ PREVEDERILE DECIZIEI CONSILIULUI NR. ….

1. Măsurile de remediere referitoare la dovedirea îndeplinirii cerințelor/caracteristicilor tehnice (modificarea cerinței de la punctul 20.5.2 din caietul de sarcini) sunt contradictorii altor prevederi din cadrul documentației de atribuire, fiind încălcate prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016

26. Prin Decizia nr. ...., Consiliul a dispus: *„Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să ofere operatorilor economici posibilitatea de a dovedi îndeplinirea cerințelor în orice modalitate: ori prin contrasemnarea fișelor tehnice de către producător, ori prin prezentarea documentelor suport din partea producătorului.*

În condițiile în care operatorii dovedesc în orice mod îndeplinirea specificațiilor tehnice, ei nu pot fi respinși în procedură.

Prin urmare, critica va fi admisă doar în parte, în sensul posibilității de dovedire a cerințelor și prin fișă tehnică semnată de producător (nu de distribuitor) sau de documente tehnice din partea producătorului." (pag. 33-34 din Decizia Consiliului nr. 2977/2024)

27. La data de 15.03.2024, autoritatea contractantă a publicat în SEAP forma revizuită a adresei nr. 52824/12.03.2024, conform căreia a dispus următoarea măsură de remediere cu privire la art. 20.5.2. din caietul de sarcini*: „Dovedirea îndeplinirii cerințelor tehnice/ caracteristicilor tehnice se va face prin fișe tehnice semnate de producător (nu de distribuitor) sau de documente tehnice din partea producătorului".*

28. Astfel, deși prin adresa nr. 52824/12.03.2024 s-a stabilit că dovedirea îndeplinirii cerințelor tehnice se poate face, fie prin fișe tehnice semnate de producător, fie prin alte documente tehnice provenite de la producător, această modificare vine în contradicție cu prevederile Secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice, 20.5.2 Fișele tehnice din fișa de date, conform cărora:

- Secțiunea IV Procedura, IV.4 Prezentarea ofertei, IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, 20.5.2. FIȘE TEHNICE: *„Ofertanții au obligația de a prezenta fișe tehnice pentru echipamentele*

ofertate, conform fișelor tehnice anexate caietului de sarcini fiind parte componentă a acestuia. Nu se acceptă completarea fișelor tehnice cu da sau nu, fiecare fișă trebuie să conțină explicit caracteristicile ofertate.

Acestea vor cuprinde descrierea detaliată caracteristicilor echipamentelor și vor fi întocmite astfel încât autoritatea contractantă să poată evalua echivalența ofertei cu caracteristicile minim solicitate. Fișele tehnice vor fi semnate și ștampilate de către furnizorul/producătorul echipamentelor și vor fi însoțite de documente care să ateste caracteristicile solicitate."

29. Se observă că prevederile din fișa de date citate mai sus conțin prevederi contrare art. 20.5.2. din caietul de sarcini, respectiv dispoziții contrare celor dispuse prin Decizia Consiliului nr. .... rămasă definitivă.

30. Aceste informații contradictorii oferite de autoritatea contractantă nu pot oferi ofertanților o informare corectă. Astfel, autoritatea contractantă și-a încălcat obligația stabilită de art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2017.

31. Din toate cele de mai sus rezultă că adresa nr. 52824/12.03.2024, prin care s-au adus modificări documentației de atribuire, în ceea ce privește documentele tehnice provenite de la producător, ce dovedesc caracteristicile tehnice, contravine altor prevederi din cadrul documentației de atribuire.

32. Drept urmare, se impune modificarea corespunzătoare a Secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice, 20.5.2 Fișele tehnice din fișa de date, în temeiul art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

2. Modificarea art. 23 din Propunerea de contract *„Plata lucrărilor de investiție (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru extinderea și modernizarea sistemului de iluminat public și a situațiilor de lucrări"*

33. Prin Decizia nr. ...., Consiliul a dispus: *„Astfel, prevederile caietului de sarcini care stabilesc plata lucrărilor în rate lunare egale pe durata a 5 ani sunt considerate nelegale, deoarece vin în contradicție cu prevederile imperative ale art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combatere a întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante Art. 6: Termenul de plată*

(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contracte 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."

Consiliul reține că decontarea lucrărilor nu se poate realiza în rate lunare egale pe 5 ani, ci în baza situațiilor de lucrări.

(...)

Prin urmare, Consiliul va admite critica și va dispune reformularea cerinței prin decontarea sumelor pe baza situațiilor de lucrări, în conformitate cu dispozițiile legale."

34. Rezultă că, în conformitate cu Decizia Consiliului nr. ...., plata sumelor de bani datorate de Autoritatea Contractantă pentru executarea contractului se va face în baza situațiilor de lucrări, respectiv în termen de 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii de către Autoritatea Contractantă, factură emisă în baza situațiilor de lucrări.

35. Contrar celor dispuse de Consiliu, prin adresa nr. 52824/12.03.2023, autoritatea contractantă a stabilit: *„SE VA CITI: Art. 23 Plata lucrărilor de întreținere, menținere a sistemului de iluminat public se va face conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru întreținere, menținere a sistemului de iluminat public și a situațiilor de plată.*

Plata lucrărilor de investiții (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru extindere și modernizare a sistemului de iluminat public și a situațiilor de lucrări.

Plata lucrărilor aferente iluminatului festiv, în .... se va face pentru fiecare lucrare în parte, în baza proceselor verbale de montare/demontare cât și a situațiilor de plată. Plățile pentru activitățile prevăzute în prezentul contract, se vor face în lei."

36. În fapt, autoritatea contractantă nu a remediat decât o greșeală materială de redactare - *„Plata lucrărilor de investiții (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face"* a fost corectat cu *„Plata lucrărilor de investiții (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar"*, astfel încât art. 23 din Propunerea de contract, astfel cum a fost modificat prin adresa nr. 52824/12.03.2024, este identic cu vechea formă.

37. Art. 23 din Propunerea de contract, trebuia modificat conform dispozițiilor Deciziei nr. ...., prin care Consiliul a stabilit că plata se va face în baza situațiilor de lucrări și nu a proceselor verbale de recepție, conform art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, respectiv în 30 de zile calendaristice de la înregistrarea facturii emise în baza situațiilor de lucrări.

38. Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 deoarece nu a modificat, prin adresa nr. 52824/12.03.2023 prevederile art. 23 din Propunerea de contract, în conformitate cu dispozițiile Deciziei Consiliului nr. .....

39. Mai mult, se impune modificarea art. 23 în sensul avut în vedere de Consiliu și pentru a armoniza prevederile art. 23 cu art. 24 din Propunerea de contract, art. 24 precizând că plata se va face în 30 de zile calendaristice de la înregistrarea facturii însoțită de situațiile de lucrări, conchide contestatoarea.

40. Or, în conformitate cu art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la obiectul contractului, având astfel obligația de a înlătura orice eventuale contradicții sau neclarități din documentele achiziției, inclusiv modelul de contract.

41. Pentru toate cele de mai sus, rezultă că adresa nr. 52824/12.03.2023 este nelegală, iar autoritatea contractantă are obligația modificării art. 23 din Propunerea de contract în sensul stabilirii plății sumelor de bani în termen de 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii emisă în baza situațiilor de lucrări.

IV. ÎN SPEȚĂ SUNT ÎNDEPLINITE CONDIȚIILE PREVĂZUTE DE ART. 22 DIN LEGEA NR. 101/2016 PENTRU SUSPENDAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE

42. Potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„În cazuri bine justificate şi pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de entitatea contractantă, până la soluționarea contestației”.*

43. De asemenea, conform art. 23 alin. (1) din actul normativ menționat, *„Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public”*.

44. Existența unui caz bine justificat rezultă din împrejurarea că subscrisa dorește să participe la licitație, dar este în imposibilitatea de a depune o ofertă admisibilă și competitivă pe baza unei documentații de atribuire ce conține cerințe, pe de o parte contradictorii și, pe de altă parte, nejustificate și restrictive din punct de vedere tehnic, în raport cu obiectul contractului.

45. În ceea ce privește paguba iminentă la care contestatoarea este expusă în ipoteza în care procedura de atribuire nu va fi suspendată, ci va continua cu același termen-limită de depunere a ofertelor, aceasta constă în imposibilitatea subscrisei de a elabora o ofertă admisibilă și competitivă într-un termen atât de scurt, care să corespundă tuturor cerințelor impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, fapt ce echivalează cu pierderea șansei de a

obține atribuirea contractului, la care se adaugă prejudiciul reprezentat de cheltuielile ocazionate de elaborarea ofertei.

46. Având în vedere faptul că prezenta contestație vizează cerințele documentației de atribuire, elaborată cu încălcarea dispozițiilor legale – cum am arătat și mai sus, în ipoteza în care procedura de atribuire nu ar fi sistată până la soluționarea contestației, există riscul ca în cazul soluționării favorabile a acesteia, termenul de depunere a ofertelor să se fi împlinit deja, astfel încât dreptul de a contesta actele vătămătoare ale entității, instituit în favoarea potențialilor ofertanți prin prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, ar fi golit de conținut, întrucât eventuala admitere a contestației nu ar fi de natură să înlăture vătămarea produsă de autoritatea contractantă prin elaborarea unei documentații de atribuire ce cuprinde cerințe nejustificate în raport cu obiectul contractului și de natură să restrângă concurența.

47. Cu alte cuvinte, în eventualitatea pronunțării unei decizii de admitere a contestației, când Consiliul ar dispune în sarcina autorității contractante măsurile de remediere solicitate, operatorii economici interesați să participe la procedură nu ar mai avea timpul necesar să depună oferte admisibile și competitive, întrucât termenul de depunere a ofertelor va expira sau, în cel mai bun caz, va fi prea scurt.

48. În aceste condiții, continuarea procedurii pe durata soluționării contestației este de natură să afecteze atât interesele contestatoarei, cât și pe cele ale autorității contractante (interesul public fiind acela de derulare și finalizare a unei proceduri de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale și a principiilor care guvernează concesiunile de lucrări și servicii), toate aceste împrejurări relevând îndeplinirea condițiilor cumulative de admisibilitate a cererii de suspendare, prevăzute de art. 22 alin. (1) și art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

49. Prin urmare, contestatoarea solicită să se dispună suspendarea procedurii de atribuire a contractului până la soluționarea definitivă a prezentei contestații și să se oblige autoritatea contractantă să prelungească termenul-limită de depunere a ofertelor cu o perioadă egală cu durata suspendării procedurii, calculată de la data publicării în SEAP a deciziei prin care va fi soluționată definitiv prezenta contestație.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 22, 23, 28 din Legea nr. 101/2016, art. 29 alin. (11) din Legea nr. 51/2006 cu cele ale art. 22 alin. (1) din Legea nr. 230/2006 și ale art. 3 alin. (2) și (3) din Ordinului nr. 77/2007.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 515/25.03.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 18325/26.03.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către .... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, în temeiul art. 26 din Legea nr. 101/2016, cu consecința menținerii actelor emise de .... ca fiind temeinice și legale, având în vedere următoarele considerente:

Preliminar, autoritatea contractantă reliefează că prin intermediul contestației formulate se solicită în principal suspendarea procedurii de atribuire, precum și obligarea autorității contractante la modificarea măsurilor de remediere dispuse prin adresa nr. 52824/12.03.2024.

Concret, se observă că prin contestația formulată contestatoarea critică următoarele cerințe ale documentației de atribuire, astfel cum au fost acestea modificate prin măsurile de remediere adoptate de .... ca urmare a Sentinței civile nr. 65/2024, respectiv:

1) cerința privind constituirea unei garanții de bună execuție;

2) cerința privind fișele tehnice;

3) cerința privind plata lucrărilor de investiție.

.... apreciază că se impune a fi precizat încă din debutul prezentului Punct de vedere faptul că, autoritatea contractantă, în momentul adoptării măsurilor de remediere a respectat în totalitate dispozițiile reținute în cuprinsul Deciziei CNSC nr. ... din data de 19.12.2023, rămasă definitivă prin Sentința civilă nr. .. prin care Curtea de Apel Constanța a respins plângerea .... S.A.. În egală măsură, măsurile de remediere adoptate prin adresa nr. 52824/12.03.2024 respectă în totalitate prevederile legale incidente în domeniu, dintre care se reamintesc art. 2 alin. (3) lit. b) și art. 12 alin. (3) lit. a din HG nr. 395/2016, dar și art. 20 din același act normativ.

În fapt, la data de 03.11.2023 autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare cu nr. ... privind organizarea procedurii de atribuire mai sus menționate.

Împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP, la data de 13.11.2023 societatea .... SA a formulat contestația nr. 11821, înregistrată la CNSC sub nr. 62192/14.11.2023, aceasta formând obiectul Dosarului nr. ... soluționat prin Decizia CNSC nr. .... din data de 19.12.2023.

Pe scurt, autoritatea contractantă arătă că față de calea administrativ-jurisdicțională promovată de .... SA, prin Decizia indicată anterior, CNSC a dispus următoarele: *„În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 admite în parte contestația formulată de .... SA în contradictoriu cu ...., și dispune modificarea documentației de atribuire, astfel cum rezultă din motivarea prezentei.*

Măsurile vor fi aduse la îndeplinire prin publicarea lor în SEAP într-un termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016”

Împotriva acestei Decizii, ... SA a formulat plângere în partea ce privește criticile care au fost respinse de Consiliu. Plângerea în discuție a format obiectul dosarului nr. ...., soluționat de ....

Soluția pronunțată de Curtea de Apel Constanța a fost de respingere a plângerii formulată de petenta .... S.A. împotriva Deciziei CNSC nr. ...., ca nefondată, decizia CNSC rămânând definitivă

Cu privire la solicitările contestatoarei, autoritatea contractantă abordează preliminar subiectul solicitării de suspendare a procedurii de atribuire a contractului.

Referitor la suspendarea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia act despre faptul că procedura de atribuire este suspendată, astfel cum reiese cu evidență din SEAP (pag. 3-contestație).

În consecință, urmând a soluționa cu celeritate cererea de suspendare a procedurii, potrivit art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să constate că în prezenta speță solicitarea de suspendare a procedurii a rămas fără obiect, întrucât procedura de atribuire de referință este suspendată. Cele exprimate anterior sunt susținute de extrasul din SEAP atașat mai sus, care atestă că măsura suspendării a fost publicată în SEAP, așa cum reiese din rubrica ”Stare procedură” din cadrul Anunțului de participare CN.....

Astfel, în temeiul art. 23 din Legea nr. 101/2016, ... solicită respingerea solicitării de suspendare a procedurii de atribuire formulată de .... SA ca fiind rămasă fără obiect.

Referitor la criticile aduse măsurilor de remediere, în ceea ce privește solicitările contestatoarei de a fi obligată autoritatea contractantă la modificarea măsurilor de remediere dispuse prin adresa nr. 52824/12.03.2024, aceasta solicită ca, în considerarea argumentelor ce vor fi expuse în cele ce urmează, să se dispună respingerea acestora ca nefondate, astfel:

1) CRITICA PRIVIND GARANȚIA DE BUNĂ EXECUȚIE

În primul rând, ... învederează că prin adresa nr. 52824/12.03.2024 publicată în SEAP spre știința tuturor operatorilor economici interesați de anunțul de participare nr. CN...., autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere inclusiv cu privire la garanția de bună execuție.

Măsura de remediere contestată de societatea .... SA a fost adoptată având în vedere Decizia CNSC nr. ....din data de 19.12.2023, rămasă definitivă prin Hotărârea nr. ....24 pronunțată de Curtea de Apel Constanța.

În esență, autoritatea contractantă arătă că prin Decizia obligatorie a CNSC, referitor la cerința privind garanția de bună execuție, au fost reținute următoarele: *„De asemenea, Consiliul reține că societatea contestatoare nu critică în mod explicit art. 13, menționat, (Programul de investiții aferent serviciului de iluminat public va fi promovat: în limita surselor de finanțare ale Delegatarului), ci doar procentul de garanție de bună execuție prin raportare la valoarea întregului contract.*

Prin urmare, Consiliul va admite în parte această critică și va dispune modificarea cerinței referitoare la garanția de bună execuție, în sensul păstrării procentului de 5%, dar autoritatea urmând a stabili ca

raportarea să se facă exclusiv la partea de investiție, și nu la cea de întreținere."

Inclusiv Curte de Apel Constanța investită cu soluționarea plângerii .... SA împotriva Deciziei CNSC a reținut că: *„Consiliul a apreciat că se impune modificarea cerinței referitoare la garanția de bună execuție în sensul păstrării procentului de 5% dar prin raportare la partea de investiție și nu la cea de întreținere."*

Astfel cum reiese din Adresa 52824/12.03.2024, referitor la cerința privind constituirea garanției de bună execuție, autoritatea contractantă menționează că a făcut următoarele mențiuni: *„SE VA CITI:*

Art. 21

Garanția de bună execuție este de 5% din valoarea investițiilor, fără TVA și se constituie de către Delegat, în scopul asigurării Delegatarului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului.

Garanția de bună execuție se va constitui anual de către Delegat, în termen de 15 zile calendaristice de la data comunicării valorii anuale de investiție bugetată, de către Delegatar, conform surselor sale de finanțare."

"PROPUNERE CONTRACT

VALOAREA CONTRACTULUI, MODALITĂȚI DE PLATĂ:

Art. 58 Garanția de bună execuție este de 5% din valoarea investițiilor, fără TVA și se constituie de către Delegat în scopul asigurării Delegatarului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului.

Art. 59 Garanția de bună execuție se va constitui anual de către Delegat, în termen de 15 zile calendaristice de la data comunicării valorii anuale de investiție bugetată, de către Delegatar, conform surselor sale de finanțare."

Astfel, analizând Decizia nr. ....din data de 19.12.2023 rămasă definitivă prin respingerea plângerii promovată de societatea contestatoare, se observă că măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă sunt în deplin acord cu dispozițiile din cadrul Deciziei, conchide aceasta.

De primă importanță este a se avea în vedere că .... a respectat caracterul obligatoriu al Deciziei pronunțată de CNSC și a modificat cerințele documentației contestate de .... SA în conformitate cu cele reținute de Consiliu, conchide aceasta.

Din extrasele redate anterior se observă fără echivoc faptul că măsurile adoptate prin adresă a cărei modificare se solicită prin contestația ce face obiectul prezentului dosar respectă în integralitate prevederile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 conform cărora: *„Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei."*

Mai mult, precizează autoritatea contractantă și faptul că, măsurile de remediere adoptate de aceasta urmare a Deciziei CNSC nr. 2977 au

fost supuse controlului ex-ante și a fost emis Avizul conform necondiționat nr. 16082/3881/DGCECMSS/CN1061418/15.03.2024.

Pe scurt, din cuprinsul Avizului conform necondiționat reiese că față de măsurile de remediere la documentația de atribuire publicată în SEAP prin anunțul CN1061418/15.03.2024 nu au fost constatate abateri conform listelor de verificare ex-ante și instrumentelor interne de lucru ale ANAP (Extras din SEAP privind anunțul de participare ...).

Societatea contestatoare susține că măsurile de remediere luate de subscrisa ar fi unele contradictorii prin raportare la alte prevederi ale documentației de atribuire.

În susținerea alegației sale, acesta arată că remedierile adoptate ar fi contrare prevederilor documentației de la nivelul fișei de date, Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție din fișa de date.

Critica societății contestatoare este vădit nefondată, iar în vederea susținerii acestei împrejurări supunem atenției Consiliului faptul că în SEAP se regăsește publicat documentul „Clarificare_Oficiu_Erată_Automată_DF1195351.pdf” din cuprinsul căruia se poate observa că au fost operate modificări asupra documentației de atribuire inclusiv în ceea ce privește cerințele fișei de date ce vizează garanția de bună execuție.

Concret, autoritatea contractantă arătă că prin documentul indicat anterior au fost aduse la cunoștința operatorilor economici modificările documentației de atribuire conform clarificărilor din oficiu și Deciziei CNSC nr. ....din data de 19.12.2023 implicit Sentința civilă nr. ....24 pronunțată de Curtea de Apel Constanța. Cât privește aspectul contestat de .... SA, se observă că susținerile sunt nefondate, întrucât la pagina 17/20 din clarificarea publicată în SEAP se regăsește menționat că a fost modificată inclusiv cerința din cadrul Secțiunii III.1.6.b) Garanție de bună execuție din fișa de d Pentru aceste aspecte care relevă caracterul vădit nefondat al criticii ...., solicităm respingerea criticii formulată cu privire la măsurile de remediere ce vizează garanția de bună execuție.

Cât privește celelalte critici aduse cu privire la cerințele documentației de atribuire de la art. 21 din caietul de sarcini, art. 52 din Propunerea de contract, art. 62 din propunerea de contract, respectiv art. 63 din Propunerea de contract, apreciem că acestea se impun a fi respinse ca fiind tardiv formulate. În concret, se constată că cerințele ce se regăsesc în cadrul articolelor criticate de societatea contestatoare nu au făcut obiectul contestației soluționată prin Decizia nr. ....din data de 19.12.2023.

În condițiile expuse anterior, analizând cerințele ce au făcut obiectul contestației promovată la data de 13.11.2023 și cerințele criticate prin contestația ce face obiectul prezentului dosar, prin raportare la data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire considerată nelegală, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate tardivitatea formulării criticilor ce vizează art. 21 din caietul de sarcini,

art. 52 din Propunerea de contract, art. 62 din propunerea de contract, respectiv art. 63 din Propunerea de contract.

Referitor la susținerile contestatoarei conform cărora *„măsurile de remediere referitoare la garanția de bună execuție (modificarea art. 21 din caietul de sarcini și a articolelor 58 și 59 din Propunerea de contract) sunt nelegale încălcând prevederile imperative ale legilor speciale”,* autoritatea contractantă reiterează faptul că întreg ansamblul măsurilor de remediere dispuse sunt în deplin acord cu Decizia nr. ....din data de 19.12.2023 (obligatorie pentru părțile cauze), Decizie a cărei legalitate și temeinicie a fost reținută inclusiv de Curtea de Apel Constanța prin Hotărârea nr. ....24.

Precum reiese fără echivoc din prevederile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei.”

În susținerea solicitării autorității contractante de a se dispune respingerea criticii ...., aceasta menționează totodată și faptul că, legalitatea Deciziei Consiliului a făcut obiectul dosarului soluționat de Curtea de Apel Constanța prin Hotărârea nr. ....24. Așadar, legalitatea cerinței privind constituirea garanției de bună execuție prin raportare exclusiv la partea de investiție a fost deja stabilită cu putere de lucru judecat prin Decizia CNSC nr. ....din data de 19.12.2023 și prin Hotărârea nr. ....24 pronunțată de Curtea de Apel Constanța în Dosarul nr. .....

În contextul celor expuse anterior, ... solicită Consiliului să dispună respingerea contestației .... SA, ca nefondată, întrucât din documentele existente la dosarul achiziției rezultă în mod clar faptul că măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă respectă prevederile legale în vigoare precum și Decizia CNSC nr. ....din data de 19.12.2023 prin care s-a dispus ca garanția de bună execuție să fie menținută în procent de 5%, dar prin raportare exclusiv la partea de investiție, iar nu și la cea de întreținere.

2) CRITICA PRIVIND FIȘELE TEHNICE

Prin adresa nr. 52824/12.03.2024 publicată în SEAP spre știința tuturor operatorilor economici interesați de procedura inițiată prin anunțul de participare nr. CN...., autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere inclusiv cu privire cerința ce vizează modalitatea de prezentarea a fișelor tehnice.

Măsura de remediere contestată de societatea .... a fost adoptată având în vedere Decizia CNSC nr. ....din data de 19.12.2023, rămasă definitivă prin Hotărârea nr. ....24 pronunțată de Curtea de Apel Constanța.

În esență, autoritatea contractantă arătă că prin Decizia obligatorie a CNSC, referitor la cerința privind prezentarea fișelor tehnice, au fost reținute următoarele: *„Consiliul reține că o eventuală contrasemnare a fișelor tehnice de către producător/furnizor nu reprezintă o cerință neobișnuită în materia achizițiilor publice. Cu toate acestea, solicitându-*

se și documente din partea producătorilor în dovedirea specificațiilor tehnice, cerința este redundantă, îngreunând posibilitatea operatorilor economici de a participa la procedură. Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să ofere operatorilor economici posibilitatea de a dovedi îndeplinirea cerințelor în orice modalitate: ori prin contrasemnarea fișelor tehnice de către producători, ori prin prezentarea documentelor suport din partea producătorului.

Prin urmare, critica va fi admisă doar în parte, în sensul posibilității de dovedire a cerințelor și prin fișă tehnică semnată de producător (nu de distribuitor) sau de documente tehnice din partea producătorului."

În considerarea caracterului obligatoriu al Deciziei CNSC, autoritatea contractantă a modificat documentația de atribuire în conformitate cu dispozițiile din decizia CNSC a căror legalitate a fost confirmată de Curtea de Apel Constanța prin Hotărârea nr. 65/2024.

Concret, prin măsurile de remediere ce se regăsesc dezvoltate în adresa nr. 52824/12.03.2024, ... a precizat că, în ceea ce privește cerința privind modul de prezentare a fișelor tehnice, art. 20,5.2 Fișe tehnice, se va citi: *„SE VA CITI*

20,5.2 FIȘE TEHNICE

Ofertanții au obligația de a prezenta fișe tehnice pentru echipamentele ofertate, conform fișelor tehnice anexate caietului de sarcini fiind parte componentă a acestuia. Nu se acceptă completarea fișelor tehnice cu da sau nu, fiecare fișă trebuie să conțină explicit caracteristicile ofertate.

Acestea vor cuprinde descrierea detaliată caracteristicilor echipamentelor și vor fi întocmite astfel încât autoritatea contractantă să poată evalua echivalența ofertei cu caracteristicile minim solicitate.

Dovedirea îndeplinirii cerințelor/caracteristicilor tehnice se va face prin fișe tehnice semnate de producător (nu de distribuitor) sau de documente tehnice din partea producătorului."

Astfel, analizând Decizia nr. ....din data de 19.12.2023 rămasă definitivă prin respingerea plângerii promovată de societatea contestatoare, se observă că măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă sunt în deplin acord cu dispozițiile din cadrul Deciziei, învederează aceasta.

3) CRITICA PRIVIND PLATA LUCRĂRILOR DE INVESTIȚIE

Prin adresa nr. 52824/12.03.2024 publicată în SEAP spre știința tuturor operatorilor economici interesați de procedura inițiată prin anunțul de participare nr. CN...., ... a adoptat măsuri de remediere inclusiv cu privire art. 23 din Propunerea de contract ce vizează modalitatea de plată a lucrărilor de investiție.

Preliminar, autoritatea contractantă arătă că prin contestația ce a fost soluționată prin Decizia CNSC nr. 2977 .... SA a solicitat *„Eliminarea cerinței de la punctul 3, Capitolul II din Caietul de sarcini «Lucrările de modernizare a sistemului de iluminat public, implicând faza de proiectare, obținere avize și realizarea efectivă în 60 de luni de la*

semnarea contractului. Aceste lucrări vor fi plătite de către autoritatea contractantă eșalonat, în rate lunare egale pe durata a 5 ani, ultima rată corespunzând cu ultima lună contractuală»”, fiind invocată disproporția acesteia, dar și contradicția față de art. 24 din contractul-cadru.

Prin Decizia CNSC nr. ....prin care autoritatea contractantă a fost obligată la adoptarea măsurilor de remediere ce fac obiectul prezentei contestații, CNSC a dispus următoarele: *„Consiliul reține că decontarea lucrărilor nu se poate realiza în rate lunare egale pe 5 ani, ci în baza situațiilor de lucrări. Contractul nu este unul de creditare, ci de delegare de gestiune. Astfel, depinde de autoritatea contractantă cum își organizează executarea investiției.*

(...)

Prin urmare, Consiliul va admite critica și va dispune reformularea cerinței prin decontarea sumelor pe baza situațiilor de lucrări, în conformitate cu dispozițiile legale.”

Prin adresa nr. 52824/12.03.2024, referitor la modalitatea de plată, ... a adus documentației de atribuire următoarele modificări: *„SE VA CITI*

Art. 23 Plata lucrărilor de întreținere, menținere a sistemului de iluminat public se va face conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru întreținere, menținere a sistemului de iluminat public și a situațiilor de plată.

Plata lucrărilor de investiții (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru extindere și modernizare a sistemului de iluminat public și a situațiilor de lucrări.

Plata lucrărilor aferente iluminatului festiv, în .... se va face pentru fiecare lucrare în parte, în baza proceselor verbale de montare/demontare cât și a situațiilor de plată. Plățile pentru activitățile prevăzute în prezentul contract, se vor face în lei.”

Prin contestația ce face obiectul prezentului dosar, societatea .... SA solicită modificarea art. 23 din Propunerea de contract *„Plata lucrărilor de investiție (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru extinderea și modernizarea sistemului de iluminat public și a situațiilor de lucrări”.*

Contrar opiniei contestatoarei, măsurile de remediere citate mai sus sunt în deplin acord cu considerentele Deciziei CNSC nr. 2977/C5/3204.

Din Decizia amintită se observă că aspectul considerat nelegal de către Consiliu vizează exclusiv partea de cerință care stabilea plata lucrărilor în rate lunare egale pe durata de 5 ani. În acest context, autoritatea contractantă reiterează faptul că CNSC a admis critica formulată de .... SA și a dispus exclusiv reformularea cerinței în

sensul de a se stipula că decontarea sumelor se va realiza pe baza situațiilor de lucrări.

Extrem de relevantă pentru a ilustra netemeinicia criticii adusă la acest moment de societatea .... SA este următorul paragraf din considerentele Deciziei CNSC nr. ....*:„Consiliul reține că decontarea lucrărilor nu se poate realiza în rate lunare egale pe 5 ani, ci în baza situațiilor de lucrări.”*

Niciunde în cuprinsul Deciziei Consiliul nu a stabilit că *„plata se va face în baza situațiilor de lucrări și nu a proceselor verbale de recepție”* astfel cum în mod eronat susține contestatoarea. În consecință, aprecierea .... SA potrivit căreia art. 23 din Propunerea de contract trebuia modificat conform dispozițiilor Deciziei CNSC nr. .... prin care Consiliul a stabilit că plata se va face în baza situațiilor de lucrări și nu a proceselor verbale de recepție este o interpretare pur subiectivă a contestatoarei, care nu corespunde cu cele statuate în cuprinsul Deciziei .....

După cum autoritatea contractantă a arătat, în cuprinsul Deciziei s-a reținut doar faptul că se impune reformularea cerinței în sensul de a se stipula că decontarea sumelor va avea loc pe baza situațiilor de lucrări. Or, modificarea adusă documentației prin remedierile publicate în SEAP prin adresa 52824/12.03.2024 a preluat întocmai concluziile Consiliului, în sensul că, ... a stipulat că plata lucrărilor de investiții se va face lunar, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor și a situațiilor de lucrări.

Prin raportare la situația de fapt relevată, având în vedere că autoritatea contractantă a procedat la modificarea documentației de atribuire prin publicarea în SEAP a măsurilor de remediere ce respectă întocmai considerentele Deciziei CNSC nr. ....din data de 19.12.2023 rămasă definitivă prin Hotărârea Curții de Apel Constanța nr. 65/2024, precum și în considerarea faptului că întreg ansamblul măsurilor de remediere respectă prevederile legale incidente, solicită Consiliului să constate legalitatea cerințelor din cuprinsul adresei nr. 52824/12.03.2024 și, pe cale de consecință, să respingă contestația .... SA ca nefondată.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 precum și cele cuprinse în normele de aplicare aprobate prin HG nr. 395/2016 și orice alte dispoziții legale la care s-a făcut referire în cuprinsul prezentului punct de vedere.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 12526/09.04.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21894/09.04.2024, contestatoarea .... SA a transmis „Concluzii scrise”.

SC .... SA a transmis recipisa de consemnare nr. 210070684/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Victoria la data de 22.03.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 220.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare

dosarului nr. 837/2024, în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect „Achiziția contractului de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public în ....”, cod CPV ,,, (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.....

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată este de 218.617.030,00 lei fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire a formulat o primă contestație .... SA, iar prin Decizia nr. ,,, Consiliul a admis-o în parte.

Împotriva acestei decizii a formulat plângere contestatoarea, care a fost respinsă de Curtea de Apel Constanța prin Decizia nr. 65/ 22.02.2024.

După publicarea de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere, în SEAP, ... SA a formulat prezenta contestație, criticând măsurile dispuse, motivat de faptul că ar încălca decizia Consiliului.

Prima critică formulată de contestatoare se referă la punerea în aplicare a Deciziei nr. ...., în partea referitoare la garanția de bună execuție: „Prin urmare, Consiliul va admite în parte această critică și se va dispune modificarea cerinței referitoare a garanția de bună execuție, în sensul păstrării procentului de 5%, dar autoritatea urmând a stabili ca raportarea să se facă exclusiv la partea din investiție, și nu la cea de întreținere.”

Contestatoarea susține că măsurile de remediere referitoare la garanția de bună execuție (modificarea art. 21 din caietul de sarcini și a articolelor 58 și 59 din Propunerea de contract) sunt contradictorii altor prevederilor din cadrul documentației de atribuire, fiind încălcate prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, învederează contestatoarea, menționând prevederile pct. III.1.6.b) din Fișa de date, art. 52, 62 și 63 din Modelul de contract.

Consiliul are în vedere că decizia a privit doar stabilirea bazei de calcul a garanției de bună execuție de 5% din valoarea investițiilor, nu și alte prevederi ale documentației de atribuire.

Dacă societatea contestatoare considera că trebuie modificate mai multe dispoziții, atunci aceasta trebuia să le critice prin contestația inițială, și nu la acest moment.

Pe larg, motivarea deciziei anterioare este următoarea:

,,Cu privire la susținerile contestatoarei conform cărora documentaţia de atribuire conţine cerinţe restrictive, nejustificate şi disproporţionate în raport cu obiectul contractului, indicând în acest sens, cerinţa privind constituirea unei garanţii de bună execuţie

calculată la 5% din preţul contractului, Consiliul reține că este relevantă menționarea art. 13 din modelul de contract cadru, "Programul de investiții aferent serviciului de iluminat public va fi promovat în limita surselor de finanţare ale Delegatarului". Astfel, nu este cert că pe parcursul întregii perioade de 5 ani a contractului se va realiza întreaga activitate de modernizare. Chiar dacă ar fi luată în considerare apărarea autorității conform căreia valoarea garanției nu este de 10.930.851,5 lei, raportându-se la valoarea ofertată, totuși, cuantumul său va fi cu siguranță mare, din moment ce se referă la un contract atât de complex.

În materia garanției de bună execuție, legislația stabilește un maximum de 10%.

Cu toate acestea, în ,,Îndrumarea privind solicitarea de garanție de bună execuție în cadrul contractelor de concesiuni'', emis de ANAP, document care furnizează informații detaliate referitoare la includerea cerinței privind garanția de bună execuție în cadrul unui contract de concesiune/ parteneriat public-privat ***/ contract de delegare****, emitentul documentului are o poziție nuanțată, menționând următoarele:*

,,Cu titlu exemplificativ, în continuare sunt prezentate posibile abordări privind scopul și cuantumul GBE:

- *În cazul în care contractul de concesiune* ***include doar servicii de operare*** *(de exemplu servicii de colectare a deșeurilor),* ***GBE ar putea fi calculată ca procent calculat la valoarea estimată medie anuală a contractului de concesiune****. Această abordare ar fi similară cu prevederile din HG 867/2016 referitoare la garanția de participare, care se calculează proporțional la valoarea medie estimată anuală. Astfel, valoarea GBE nu ar trebui să depășească 10% din valoarea medie estimată anuală.*
- ***În cazul în care contractul de concesiune prevede inclusiv execuția investiției (construcție urmată de operare), GBE ar putea fi calculată ca procent din valoarea estimată a construcției. În acest caz, valoarea GBE nu ar trebui să depășească 10% din valoarea estimată a valorii de execuție. Dacă pe parcursul derulării construcțiilor, concesionarul nu își respectă obligațiile, autoritatea ar putea rămâne cu infrastructura nefinalizată și cu mari probleme financiare. Drept urmare s-ar justifica includerea unei astfel de cerințe.***
- *În cazul în care contractul de concesiune include bunuri ce fac obiectul contractului care urmează să fie predate autorității într-o stare corespunzătoare (la standardele prevăzute în contractul de concesiune), autoritatea poate analiza includerea cerinței privind GBE, care ar putea fi calculată ca procent din valoarea estimată a acelor bunuri. Prin analogie la celelalte prevederi legale, valoarea GBE nu ar trebui să depășească 10% din valoarea estimată a acelor bunuri''.*

În cazul de speță, avem și o parte de investiție, dar și o parte de servicii, deci autoritatea contractantă are posibilitatea stabilirii garanției în cea de-a doua modalitate. Chiar dacă documentul sus-menționat are

în vedere procedurile organizate pe Legea nr. 100/2016, considerațiile teoretice sunt valabile și în cazul de față, în care procedura este organizată pe Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că dispozițiile legale dau autorității contractante posibilitatea de a stabili garanția într-un un cuantum maxim de 10% din valoarea investiției. Astfel, având în vedere că valoarea de mentenanță este una scăzută, în medie aproximativ 5.795.000 lei, stabilirea valorii ca procent calculat la valoarea estimată medie anuală a contractului de delegare pentru partea de mentenanță ar fi modică, iar eventualul eșec al ofertantului ar prejudicia interesele financiare ale autorității contractante. Este de remarcat și faptul că autoritatea nu a mers până la maximum legal, ci la jumătatea acestuia.

De asemenea, Consiliul reține că societatea contestatoare nu critică în mod explicit art. 13, menționat, (Programul de investiţii aferent serviciului de iluminat public va fi promovat: în limita surselor de finanţare ale Delegatarului), ci doar procentul de garanție de bună execuție prin raportare la valoarea întregului contract.

Prin urmare, Consiliul va admite în parte această critică și va dispune modificarea cerinței referitoare a garanția de bună execuție, în sensul păstrării procentului de 5%, dar autoritatea urmând a stabili ca raportarea să se facă exclusiv la partea de investiție, și nu la cea de întreținere''.

Prin urmare, Consiliul nu a analizat prevederile art. 52, 62 și 63 din modelul de contract, referitoare la perioada de valabilitate și executarea garanției de bună execuție, aceste prevederi, necontestare în termen, rămânând definitive, neexistând vreo imposibilitate obiectivă de aplicare a acestor clauze contractuale.

De altfel, și ,,Îndrumarea privind solicitarea de garanție de bună execuție în cadrul contractelor de concesiuni'', emisă de ANAP, se referă exclusiv la constituirea garanției de bună execuție, și nu la modul de executare a acesteia. Instrucțiunea vine în sprijinul operatorilor economici, stabilind o manieră mai echitabilă de constituire a acesteia în contractele de delegare de gestiune, dar nu merge într-atât de departe încât să prevadă clauze defavorabile autorităților contractante, respectiv excluderea unor părți din contract de la obligația de garantare pentru îndeplinirea tuturor obligațiilor contractuale.

În ceea ce privește, însă, prevederea fișei de date III.1.6.b) Garantie de buna executie: ,,GBE este de 5% **din prețul contractului**, fără TVA, tb sa fie irevocabila, neconditionata și se constituie de către Furnizor, conf. art.154 alin(4) în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cant, calit şi în per convenită a contr'', Consiliul reține că în SEAP se regăsește publicat documentul „Clarificare_Oficiu_Erată_ Automată_DF1195351.pdf" din cuprinsul căruia rezultă că au fost operate modificări asupra documentației de atribuire inclusiv în ceea ce privește cerințele fișei de date ce vizează garanția de bună execuție.

În ceea ce privește așa-numita contrarietate a modificării cu prevederile legale incidente, Consiliul reține că modificările operate de autoritatea contractantă respectă decizia Consiliului și a instanței, deci nu poate fi pusă acum în discuție. Pe de altă parte, motivarea este clară, în sensul că nu se vor include serviciile de mentenanță, ci se vor include investițiile, ori chiar contestatoarea arată că activitatea de investiții cuprinde modernizare și extindere. Dacă societatea contestatoare dorea lămuriri suplimentare, trebuia să conteste și definițiile din contract.

Ori chiar art. 23 din modelul de contract, ce face obiectul următoarei critici, folosește sintagma ,,*Plata lucrărilor de* ***investiţii (extindere şi modernizare a sistemului de iluminat public)'',*** neexistând neclarități sub acest aspect.

În ceea ce privește modul de aplicare a deciziei Consiliului în partea referitoare la probarea specificațiilor tehnice, prin Decizia CNSC, referitor la cerința privind prezentarea fișelor tehnice, au fost reținute următoarele: „Consiliul reține că o eventuală contrasemnare a fișelor tehnice de către producător/furnizor nu reprezintă o cerință neobișnuită în materia achizițiilor publice. Cu toate acestea, solicitându-se și documente din partea producătorilor în dovedirea specificațiilor tehnice, cerința este redundantă, îngreunând posibilitatea operatorilor economici de a participa la procedură. Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să ofere operatorilor economici posibilitatea de a dovedi îndeplinirea cerințelor în orice modalitate: ori prin contrasemnarea fișelor tehnice de către producători, ori prin prezentarea documentelor suport din partea producătorului.

Prin urmare, critica va fi admisă doar în parte, în sensul posibilității de dovedire a cerințelor și prin fișă tehnică semnată de producător (nu de distribuitor) sau de documente tehnice din partea producătorului."

Concret, prin măsurile de remediere din adresa nr. 52824/12.03.2024, ... a precizat că, în ceea ce privește cerința privind modul de prezentare a fișelor tehnice, art. **20.5.2** Fișe tehnice, se va citi: „SE VA CITI

20.5.2 FIȘE TEHNICE

Ofertanții au obligația de a prezenta fișe tehnice pentru echipamentele ofertate, conform fișelor tehnice anexate caietului de sarcini fiind parte componentă a acestuia. Nu se acceptă completarea fișelor tehnice cu da sau nu, fiecare fișă trebuie să conțină explicit caracteristicile ofertate.

Acestea vor cuprinde descrierea detaliată caracteristicilor echipamentelor și vor fi întocmite astfel încât autoritatea contractantă să poată evalua echivalența ofertei cu caracteristicile minim solicitate.

Dovedirea îndeplinirii cerințelor/caracteristicilor tehnice se va face prin fișe tehnice semnate de producător (nu de distribuitor) sau de documente tehnice din partea producătorului."

Contestatoarea susține că această modificare contravine Secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice, 20.5.2 Fișele tehnice din fișa de date, conform cărora:

- *Secțiunea IV Procedura, IV.4 Prezentarea ofertei, IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice,* ***20.5.2.*** *FIȘE TEHNICE: „Ofertanții au obligația de a prezenta fișe tehnice pentru echipamentele ofertate, conform fișelor tehnice anexate caietului de sarcini fiind parte componentă a acestuia. Nu se acceptă completarea fișelor tehnice cu da sau nu, fiecare fișă trebuie să conțină explicit caracteristicile ofertate.*

Acestea vor cuprinde descrierea detaliată caracteristicilor echipamentelor și vor fi întocmite astfel încât autoritatea contractantă să poată evalua echivalența ofertei cu caracteristicile minim solicitate. Fișele tehnice vor fi semnate și ștampilate de către furnizorul/producătorul echipamentelor și vor fi însoțite de documente care să ateste caracteristicile solicitate.”

Consiliul reține că autoritatea contractantă a modificat inclusiv prevederea referitoare la prezentarea ofertelor, respectiv subpunctul 20.5.2 din Fișa de date a achiziției, critica urmând a fi respinsă.

În ceea ce privește aplicarea Deciziei Consiliului în partea referitoare la plata lucrărilor de investiție, prin adresa nr. 52824/12.03.2024 publicată în SEAP, ... a adoptat măsuri de remediere inclusiv cu privire art. 23 din Propunerea de contract ce vizează modalitatea de plată a lucrărilor de investiție.

În contestația anterioară, ... SA a solicitat „Eliminarea cerinței de la punctul 3, Capitolul II din Caietul de sarcini «Lucrările de modernizare a sistemului de iluminat public, implicând faza de proiectare, obținere avize și realizarea efectivă în 60 de luni de la semnarea contractului. **Aceste lucrări vor fi plătite de către autoritatea contractantă eșalonat, în rate lunare egale pe durata a 5 ani, ultima rată corespunzând cu ultima lună contractuală**»”, fiind invocată disproporția acesteia, dar și contradicția față de art. 24 din contractul-cadru.

Prin Decizia CNSC nr. ....prin care autoritatea contractantă a fost obligată la adoptarea măsurilor de remediere ce fac obiectul prezentei contestații, CNSC a dispus următoarele: „**Consiliul reține că decontarea lucrărilor nu se poate realiza în rate lunare egale pe 5 ani, ci în baza situațiilor de lucrări**. Contractul nu este unul de creditare, ci de delegare de gestiune. Astfel, depinde de autoritatea contractantă cum își organizează executarea investiției. (...)

Prin urmare, Consiliul va admite critica și va dispune reformularea cerinței prin decontarea sumelor pe baza situațiilor de lucrări, în conformitate cu dispozițiile legale.”

Prin adresa nr. 52824/12.03.2024, referitor la modalitatea de plată, ... a adus documentației de atribuire următoarele modificări: „SE VA CITI

Art. 23 Plata lucrărilor de întreținere, menținere a sistemului de iluminat public se va face conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru întreținere, menținere a sistemului de iluminat public și a situațiilor de plată.

Plata lucrărilor de investiții (extindere și modernizare a sistemului de iluminat public) se va face lunar conform ofertei și a prețurilor unitare, în baza procesului verbal de recepție a lucrărilor realizate pentru extindere și modernizare a sistemului de iluminat public și a situațiilor de lucrări.

Plata lucrărilor aferente iluminatului festiv, în .... se va face pentru fiecare lucrare în parte, în baza proceselor verbale de montare/demontare cât și a situațiilor de plată. Plățile pentru activitățile prevăzute în prezentul contract, se vor face în lei."

Prin contestația de față, societatea .... SA solicită modificarea art. 23 cel de-al doilea alineat.

Consiliul are în vedere că analiza sa nu a avut în vedere solicitarea proceselor verbale de recepție, ci exclusiv partea de cerință care stabilea plata lucrărilor în rate lunare egale pe durata de 5 ani.

Este reală susținerea autorității contractante că niciunde în cuprinsul Deciziei Consiliul nu a stabilit că „plata se va face în baza situațiilor de lucrări și nu a proceselor verbale de recepție", Consiliul analizând doar disproporția solicitării din documentație de decontare a lucrărilor în 5 ani, în rate egale lunare.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de .... SA în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de .... SA în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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.