

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. 82/C1/3249

Data: 12.01.2022

Prin contestația nr. 4/14.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 65222/15.12.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, prin, cu punct de lucru situat în, împotriva documentației de atribuire întocmită de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Elaborare proiect tehnic și detalii de execuție, asistență tehnică din partea proiectantului, elaborare documentație tehnică pentru obținerea avizelor/acordurilor/autorizațiilor, verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție pentru obiectivul de investiții - Reducerea emisiilor de carbon în și în zonele funcționale ale acestuia” cod CPV: 71322500-6, s-a solicitat:

- admiterea contestației și modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive expuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, cerințe ce constituie obiecte ale contestației;

- în situația admiterii prezentei contestații, dacă se constată că nu pot fi modificate cerințele care să permită continuarea în mod legal a procedurii de atribuire, solicită Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor să dispună anularea procedurii de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că își întemeiază acțiunea pe prevederile art. 2 alin. (1), art. 4 alin. (1) lit. a), art. 8 alin. (1) lit. b) și art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În fapt, contestatorul precizează că în data de 07.10.2021 autoritatea contractantă a publicat în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1094405 cu privire la achiziționarea de servicii de „Elaborare proiect tehnic și detalii de execuție, asistență tehnică din partea proiectantului, elaborare documentație tehnică pentru obținerea

avizelor/acordurilor/autorizațiilor, verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție pentru obiectivul de investiții -Reducerea emisiilor de carbon în și în zonele funcționale ale acestuia”.

În cadrul acelei proceduri societatea sa a solicitat clarificări la procedură, ulterior formulând contestație la răspunsul emis de autoritatea contractantă. Consiliul a respins contestația sa ca tardivă prin decizia nr. 2487/C10/2805/09.11.2021, considerând că singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului este documentația de atribuire despre care a luat cunoștință încă de la început. Ulterior respingerii contestației sale, din motive procedurale, autoritatea contractantă a anulat procedura.

La data de 07.12.2021, autoritatea contractantă publică o nouă documentație de atribuire prin anunțul de participare simplificat nr. SCN1098289 privind aceleași servicii de „Elaborare proiect tehnic și detalii de execuție, asistență tehnică din partea proiectantului, elaborare documentație tehnică pentru obținerea avizelor/acordurilor/autorizațiilor, verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție pentru obiectivul de investiții - Reducerea emisiilor de carbon în și în zonele funcționale ale acestuia”.

Exprimându-și interesul de a participa în calitate de ofertant la această procedură prin înscrierea pe platforma SEAP și analizând noua documentație de atribuire, contestatorul susține că a constatat că autoritatea contractantă formulează în continuare cerințe abuzive și excesive prin care încalcă grav prevederile legislației în vigoare.

Contestatorul solicită Consiliului să dispună:

- în primul rând, în vederea prevenirii unei pagube iminente, suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea prezentei contestații;

- admiterea prezentei contestații și modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive expuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, cerințe ce constituie obiecte ale contestației;

- în situația admiterii prezentei contestații, dacă se constată că nu pot fi modificate cerințele care să permită continuarea în mod legal a procedurii de atribuire, anularea procedurii de atribuire.

În fapt contestatorul precizează că motivele contestației privesc:

- 1) Termenul de plată a serviciilor de proiectare stipulat, strâns legat de termenul de recepție a serviciilor astfel:

Contestatorul arată că în Secțiunea 4, intitulată - Clauze contractuale semnat, în art. 9 - Obligațiile Achizitorului, autoritatea contractantă, condiționează plata contractului astfel:

„9.2 - Plata contractului se va realiza astfel:

Plata serviciilor de proiectare este condiționată de:

- obținerea Autorizației de construire, se va face după predarea și recepționarea tuturor documentațiilor prevăzute la art. 12;

- obținerea avizului conformității proiectului tehnic emis de către OI POR.

Emiterea facturii fiscale se va face după comunicarea în scris de către Beneficiar în termen de maxim 5 zile a îndeplinirii condițiilor de plată conform celor de mai sus.

Plata facturii fiscale se va face în termen de 30 de zile de la data transmiterii și înregistrării la Registratura Primăriei Orașului".

De asemenea susține că în același document - Clauze contractuale – art. 12 Recepție și Verificări, autoritatea contractantă menționează la alin. 12.1 „Achizitorul are dreptul de a verifica modul de prestare a serviciilor pentru a stabili conformitatea lor cu prevederile legale în vigoare, în acest sens documentația tehnică va fi transmisă obligatoriu către OI ADR Sud Muntenia în vederea obținerii avizului de conformitate” iar la punctul 12.2 „Achizitorul are dreptul de a verifica modul de prestare a serviciilor pentru a stabili conformitatea lor cu prevederile din propunerea tehnică și din caietul de sarcini” (a se vedea articolul 12 în integralitate).

Totodată, arată că la art. 14 „Plăți, condiții de plată, penalități de întârziere” se precizează:

„14.1. Plata serviciilor de proiectare, condiționată de obținerea avizului conformității proiectului tehnic emis de către OI POR. Emiterea facturii fiscale se va face după comunicarea în scris de către Beneficiar în termen de maxim 5 zile a îndeplinirii condițiilor de plată conform celor de mai sus.

Plata facturii fiscale se va face în termen de 30 de zile de la data transmiterii și înregistrării la Registratura Primăriei Orașului, acest termen se poate prelungi în cazul plăților prin utilizarea mecanismului cererilor de plată, conform prevederilor art. 14.3. Emiterea facturii fiscale se va face după acceptarea situațiilor de lucrări.

14.3 Pentru efectuarea plăților, achizitorul are dreptul de a folosi mecanismul cererilor de plată, așa cum este acesta definit prin OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare, a normelor de aplicare, a Instrucțiunii AM POR nr. 41 din 29.05.2017 privind cererile de rambursare și cererile de plată, modificată și completată prin Instrucțiunea AM POR nr. 138 din 27.02.2020, instrucțiune modificată ulterior prin Instrucțiunea AM POR nr. 162/09.07.2020, ori a altor acte normative sau procedurale valabile la momentul respectiv. (OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, art. 20 „Mecanismul decontării cererilor de plată”, alin. (5) și (6) din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare: (5) în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la data depunerii de către beneficiar/liderul de parteneriat a cererii de plată cu

respectarea prevederilor alin. (2) și (4), organismul intermediar/autoritatea de management efectuează verificarea cererii de plată. După efectuarea verificărilor, autoritatea de management virează beneficiarului/ liderului de parteneriat/partenerului valoarea cheltuielilor rambursabile, în termen de 3 zile lucrătoare de la momentul de la care aceasta dispune de resurse în conturile sale, într-un cont distinct de disponibil, deschis pe numele beneficiarilor/liderilor de parteneriat/partenerilor la unitățile teritoriale ale Trezoreriei Statului. În ziua următoare virării, autoritatea de management transmite beneficiarilor/liderilor de parteneriat/partenerilor o notificare, întocmită distinct pentru fiecare dintre aceștia. (6) Pentru depunerea de către beneficiar/liderul de parteneriat a unor documente adiționale sau clarificări solicitate de către autoritatea de management sau de către organismul intermediar, termenul de 20 de zile lucrătoare prevăzut la alin. (5) poate fi întrerupt, fără ca perioadele de întrerupere cumulate să depășească 10 zile lucrătoare)".

Contestatorul solicită Consiliului să observe că, potrivit dispozițiilor art. 9.2; 14.1; 14.3 din Secțiunea 4 Clauze contractuale, UAT condiționează plata serviciilor prestate de:

- art. 9.2 obținerea Autorizației de construire,
- art. 14.1 obținerea avizului conformității proiectului tehnic emis de către OI POR.
- art. 14.3 mecanismul cererilor de plată, așa cum este acesta definit prin OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020.

Termenul de recepție a serviciilor nu este prevăzut nicăieri în mod expres.

Contestatorul precizează că, în Legea nr. 72/2013 se stipulează foarte clar, fără echivoc cele 2 termene, de recepție și de plată a serviciilor astfel:

- art. 6 alin. (1), „Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

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".

- la art. 6 alin. (2), legiuitorul a înțeles să prevadă în mod expres că 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;

- art. 6 alin. (3) prevede că părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii.

Contestatorul arată că legiuitorul prevede și cazuri excepționale în care procedura de recepție a serviciilor poate depăși 30 zile sau plata se face în maxim 60 zile, 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 opinia sa se constată în mod evident că art. 9.2; 14.1; 14.3 prevăd clauze calificate de lege abuzive (art. 14 din Legea nr. 72/2013). Autoritatea contractantă, nu specifică expres/clar termenul de recepție a serviciilor, mai mult, condiționează recepția lor de eventualele revizuri ale Autorității de Management, care nu este parte a viitorului contract și a obligațiilor ce se nasc în urma atribuirii contractului de achiziție publică în cauza, invocând același aviz de conformitate al OI ADR Muntenia Sud pentru documentația tehnică faza PTE, fără a specifica expres termenul maxim de recepție, acesta fiind aleatoriu.

În ceea ce privește termenul de recepție a documentațiilor, consideră că autoritatea contractantă trebuie să se asigure că se încadrează în cele 30 zile calendaristice prevăzute de Legea nr. 72/2013 iar pentru aceasta trebuia să aibă loc avizarea documentației tehnice de către comisia tehnico-economică stabilită prin decizie de primar. Avizul de conformitate pe care îl emite OI ADR Sud Muntenia pentru documentația tehnică faza PTE este un document din care rezultă îndeplinirea obligațiilor autorității contractate prevăzute în contractul de finanțare, în raport cu activitatea de elaborare a proiectului tehnic de execuție (de a respecta soluțiile tehnice prevăzute în SF).

În opinia sa clauza inserată de autoritatea contractantă însemna condiționarea recepției din contractul între autoritatea contractantă și prestator de către un aviz emis de un terț, ce nu este parte contractuală.

În atare situație, arată că ofertantul este singurul care își asumă riscul ca întârzierile în procesarea sau respingerea cererii de plată de către AMPOR fiind singurul care își asuma pierderi financiare.

Ori, este evident că întârzierile în emiterea avizului de conformitate cât și respingerea emiterii lui pot avea cauze care nu presupun culpa prestatorului.

Luând în considerație cele de sus, contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuie să se asigure că va recepționa serviciile în 30 zile de la predare și va achita în 30 zile de la recepția serviciilor (conform prevederilor imperative ale Legii nr. 72/2013). În cazul în care este evidentă potențiala depășire a perioadei de timp indicată în Legea nr. 72/2013, autoritatea contractantă va trebui să achite fără întârziere din sursele proprii, surse care trebuie constituie conform obligațiilor legale din legislația finanțelor publice.

Potrivit tuturor celor expuse, învederează Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să constate că prin prevederile stabilite în art. 9.2,14.1;14.3 se depășește termenul contractual de plată stabilit de

Legea nr. 72/2013 la art. 6 alin (1) litera a) „30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată”; se depășește termenul de recepție astfel cum este prevăzut de Legea nr. 72/ 2013 în art. 6 alin. (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”, se creează un dezechilibru contractual foarte mare riscul contractului este transferat în integralitate în sarcina viitorului prestator, procedura de recepție implică terțe părți, în afara vreunui control al prestatorului.

Prin urmare solicită Consiliului:

- să constate că cerințele prevăzute de autoritatea contractantă în art. 9.2, 14.1, 14.3 din Secțiunea a 4 a, din cadrul documentației de atribuire sunt calificate de lege drept clauze abuzive, conform art. 14 din Legea nr. 72/2013 și sunt lovite de nulitate absolută, conform art. 15 din același act normativ;

- să dispună modificarea lor astfel încât să se respecte termenele prevăzute imperativ în Legea nr. 72/2013 privind plata serviciilor și recepția lor, conform prevederilor art. 6, recepția serviciilor în cel mult 30 zile de la predarea documentațiilor, plata serviciilor în cel mult 30 zile de la recepția serviciilor.

2) Al doilea obiect al contestației este legat de momentul transferului dreptul de autor și a dreptului de proprietate intelectuală asupra documentației ce face obiectul achiziției.

Contestatorul precizează că în Secțiunea 4 – „Clauze contractuale semnat” autoritatea contractantă prevede:

„Art. 20. Drepturi de proprietate intelectuală

20.1.În relația dintre Părți, Prestatorul își va păstra dreptul de autor și alte drepturi de proprietate intelectuală/industrială asupra Documentelor de proiectare elaborate/alte documente elaborate de către acesta (sau în numele acestuia) până la aprobarea lor de către Achizitor, data la care devin proprietatea acestuia.

20.2.Orice rezultate ori drepturi, inclusiv drepturi de autor sau alte drepturi de proprietate intelectuală ori industrială, dobândite în executarea contractului de servicii vor fi proprietatea exclusivă a beneficiarului, care le va putea utiliza, publica, cesa ori transfera așa cum va considera de cuviință, fără limitare geografică ori de altă natură, cu excepția situațiilor în care există deja asemenea drepturi de proprietate intelectuală ori industrială.

20.3. La predarea proiectului și recepția fără obiecțiuni a acestuia de către Achizitor, Prestatorul va declara sub semnătură cedarea către Achizitor al dreptului de autor și a altor drepturi de proprietate intelectuală asupra rezultatului activității de proiectare, prestate în conformitate cu clauzele prezentului contract în acest sens prestatorul, va întocmi și semna în 2 (două) exemplare, câte un exemplar pentru fiecare parte, o Declarație de cedare către autoritatea contractantă a

dreptului de autor precum și a altor drepturi de proprietate intelectuală asupra rezultatului activității de proiectare. Până la plata integrală a documentațiilor tehnice, autoritatea contractantă poate demara procedura de atribuire a contractului/ contractelor de lucrări în baza acestora, fără ca prestatorul să emită orice pretenții rezultate din dreptul de autor sau a altor drepturi de proprietate intelectuală. Acest transfer va fi definitiv atunci când documentele elaborate sunt plătite, în conformitate cu prevederile Contractului. A se observa că și în caietul de sarcini, la pag 8 Autoritatea contractantă precizează: „Drepturile de proprietate intelectuală asupra documentației de proiectare întocmite se transferă integral beneficiarului o dată cu recepționarea acestora”.

Contestatorul precizează că în cadrul procedurii nu se face distincție între drepturile patrimoniale și drepturile de autor.

În acest sens invocă prevederile art. 7 punctul h) din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe care precizează în mod expres faptul că operele de arhitectură, inclusiv planșele, machetele și lucrările grafice ce formează proiectele de arhitectură fac obiectul dreptului de autor.

De asemenea, art. 11 alin. (1) prevede că „Drepturile morale nu pot face obiectul vreunei renunțări sau înstrăinări”.

Iar, art. 39 alin. (1) din Legea nr. 8/1996 prevede că „autorul poate ceda prin contract altor persoane numai drepturile sale patrimoniale”.

Ori, prevederile clauzei 20.2 specifică faptul că „Orice rezultate ori drepturi, inclusiv drepturi de autor sau alte drepturi de proprietate intelectuală ori industrială, dobândite în executarea contractului de servicii vor fi proprietatea exclusivă a beneficiarului (...)”.

Prin urmare, consideră că această clauza este abuzivă și încalcă prevederile Legii nr. 8/1996, fiind inadmisibilă impunerea unor astfel de condiții prin intermediul contractelor între profesioniști.

Mai mult arată că, prevederile art. 20.2 dau dreptul achizitorului să folosească documentele de proiectare elaborate în cadrul contractului fără nicio limitare sau condiționare (care le va putea utiliza, publica, cesa ori transfera așa cum va considera de cuviință, fără limitare geografică ori de altă natură, cu excepția situațiilor în care există deja asemenea drepturi de proprietate intelectuală ori industrială). Conform art. 39 din Legea nr. 8/1996 cesiunea drepturilor patrimoniale de autor se poate face în exclusiv sau neexclusiv.

Cu privire la acest aspect arată că caracterul exclusiv al cesiunii operelor nu contravine limitării folosinței drepturilor cesionate exclusiv în raport cu obiectul contractului. Astfel, noțiunea de cesiune exclusivă a operei înseamnă că beneficiarul va putea să se bucure oricând și singur de ea dar, doar în limita obiectului contractat și specificat în cesiune, fără a o putea replica în scop de înstrăinare sau folosire de către terți și

excluzând folosirea operei la realizarea unor proiecte neavute în vedere la momentul cesiunii.

În concluzie, orice folosire a operei în afara limitelor contractuale reprezintă un act de contrafacere a dreptului de autor și se pedepsește civil și penal iar obiectul și condițiile cesiunilor trebuie să rezulte în urma înțelegerii între părți, să fie limitate în timp, teritoriu și drepturi și să existe remunerarea titularului dreptului de autor.

În opinia sa, faptul că se dorește cedarea drepturilor patrimoniale la momentul recepției/aprobării de către beneficiar, fără a exista remunerația stabilită în lege este ABUZIVĂ.

Solicită Consiliului să constate și nulitatea clauzei astfel formulată și să dispună modificarea acesteia astfel încât transferul drepturilor patrimoniale aferente drepturilor de autor să se transfere doar o dată cu încasarea plății.

3) Contestatorul arată că în caietul de sarcini, la capitolul 7, Recepția serviciilor, autoritatea contractantă specifică:

„Documentația va fi actualizată, inclusiv în faza de execuție a lucrărilor, în funcție de solicitările emitenților de avize și acorduri și de eventuale solicitări din partea beneficiarului”.

Cu privire la acest aspect arată că în faza de lucrări, emitenții de avize și acorduri în niciun caz nu pot să solicite actualizarea documentației.

Conform legislației în vigoare (Legea nr. 10/1995, actualizată) singurele modificări care se pot face asupra Proiectului se fac în urma notelor de constatare emise de responsabilii tehnici ai constructorului, ca urmare a unor neconcordanțe în ceea ce privește situația întâlnită în teren și soluțiile tehnice din proiect.

Conform legii beneficiarul își exprimă cerințele în prima etapă a proiectării (TEMA PROIECTĂRII), etapă anterioară serviciilor solicitate în Cerințele beneficiarului. În opinia sa această clauză este excesivă și solicită Consiliului să dispună eliminarea ei sau modificarea în condițiile legii.

4) Alt obiect al contestației îl constituie prevederile menționate ca și factor de evaluare al experienței experților, prevăzute în Anexa Detaliere punctaj - Anexa 1 la fișa de date - semnat, prin care UAT ORAȘ stabilește că „Experiența similară a personalului ofertantului angajat în derularea contractului de servicii (experți principali) se calculează pe baza următoarelor documente prezentate de Ofertant în oferta sa: CV, declarație de disponibilitate, copii ale diplomelor/certificatelor profesionale relevante, documente doveditoare care să probeze îndeplinirea cerințelor, respectiv: documente doveditoare de natura recomandărilor/referințelor de la Beneficiari sau orice alte documente similare emise sau contrasemnate de Beneficiari, din care să rezulte îndeplinirea cerințelor privind profilul/experiența specialiștilor propuși, denumirea contractului în care a fost implicat expertul, poziția deținută

în cadrul proiectului/ contractului și principalele responsabilități ale expertului avute în cadrul proiectului/ contractului”.

Solicită Consiliului să aprecieze faptul că recomandările emise de angajatori pentru dovedirea experienței experților sunt practicabile și acceptabile în toate cazurile (indiferent de domeniu sau aplicativitate, fără nici un fel de dubiu) și este abuziv și periculos faptul că autoritatea contractantă pe de o parte recunoaște experiența expertului prin recomandări referințe de la Beneficiari/Angajator, (a se vedea Secțiunea 2-Caiet de sarcini - Servicii proiectare -semnat) dar pentru aplicarea punctajului aferent factorului de evaluare, se iau în considerare doar documente recomandări/referințe de la beneficiari/orice alte documente similare emise sau contrasemnate de Beneficiari”.

Consideră că cerința de a prezenta recomandări doar din partea beneficiarilor finali pentru experți este restrictivă pe piața muncii, atât pentru angajat cât și pentru operatorii economici care sunt interesați în accesarea achiziției lansate de autoritatea contractantă, ei răspunzând solidar în fața legii, în caz de declarații false.

În referire la această situație arată că în cadrul ciclului de viață a unui contract, persoanele implicate în gestionarea respectivului contract din cadrul angajaților beneficiarului se pot schimba de mai multe ori.

În aceste condiții, o autoritate contractantă nu poate confirma dacă un expert a lucrat sau nu cu certitudine la un proiect; singurul care știe 100% acest detaliu este prestatorul/angajatorul expertului. Cunoscând faptul că este pasibil de încălcarea prevederilor legislației penale privind falsul în declarații, angajatorul, pentru orice recomandare pe care o emite în favoarea angajaților săi, se asigură că toate informațiile furnizate sunt complete și corecte în fiecare detaliu și că sunt conforme cu realitatea.

Totodată, arată că, în conformitate cu art. 189 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți.

De asemenea, susține că emitentul recomandării cunoaște că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, în scopul verificării și confirmării declarațiilor, orice documente doveditoare direct de la beneficiarul final, dacă are orice incertitudini asupra celor declarate.

Mai mult, arată că, dacă managementul operatorului economic nu a obținut la momentul finalizării unui contract certificările/recomandările de la autoritatea contractantă, expertul nu va putea avea acces direct la beneficiar pentru a obține recomandările solicitate în nume propriu, iar prin urmare, această cerință discriminatorie îi va bloca accesul la derularea acestui contract.

În concluzie, consideră că recomandarea emisă de către un angajator pentru un expert care a prestat servicii în cadrul unor contracte, pentru care își asumă și răspunderea contractuală față de orice autoritate contractantă prin asigurări profesionale, are o putere de

probare a experienței specifice a respectivului expert identică oricărei alte recomandări emisă de beneficiarul final și trebuie să fie luată în calcul pentru acordarea punctajului.

Solicită Consiliului să constate că și această clauză abuzivă este de natură să încalce principiile ce guvernează achizițiile publice, așa cum sunt ele prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, și restrictivă pe piața muncii a persoanelor fizice cât și a operatorilor economici interesați și să oblige autoritatea contractantă să reformuleze această cerință: „Experiența similară a personalului ofertantului angajat în derularea contractului de servicii (experți principali) se calculează pe baza următoarelor documente prezentate de Ofertant în oferta sa: CV, declarație de disponibilitate, copii ale diplomelor/certificatelor profesionale relevante, documente doveditoare care să probeze îndeplinirea cerințelor, respectiv: documente doveditoare de natura recomandărilor/referințelor de la Beneficiari/Angajatori sau orice alte documente similare emise sau contrasemnate de Beneficiari/Angajatori, din care să rezulte îndeplinirea cerințelor privind profilul/experiența specialiștilor propuși, denumirea contractului în care a fost implicat expertul, poziția deținută în cadrul proiectului/ contractului și principalele responsabilități ale expertului avute în cadrul proiectului/ contractului”. Pentru demonstrarea experienței profesionale, se vor prezenta recomandări sau orice alte documente similare care să fie emise și/sau contrasemnate de beneficiarul final sau de către operatorul economic angajator al expertului respectiv în proiectul la care se referă recomandarea/documentul similar.

În drept își întemeiază acțiunea pe dispozițiile cuprinse în: Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, Legea nr. 72/2013, Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe și Legea nr. 10/1995 cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 7/16.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 65960/17.12.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207711051/1 tranzacția: 1156989027/1967530258 din data de 17.12.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei, în valoare de 10.600,00 lei.

Prin punctul de vedere cu privire la contestație nr. 27253/UIP/ 20.12.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 66138/20.12.2021, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la critica de la punctul 1) privind Termenul de plată a serviciilor de proiectare stipulat, societatea contestatoare solicită eliminarea clauzelor contractuale de la art. 9.2, 14.1 și 14.3 pe care le consideră abuzive.

Autoritatea arată că în contextul obținerii finanțării prin Programul Operațional Regional (POR) 2014-2020, are obligația respectării

condițiilor contractului de finanțare impuse de finanțator, inclusiv a Instrucțiunilor emise de Autoritatea de Management POR.

În acest sens, arată că AM POR a emis la recomandarea Autorității de Audit, în data de 24.08.2018 Instrucțiunea nr. 82, în scopul aplicării uniforme a prevederilor legale în materia achizițiilor publice și a evitării corecțiilor financiare.

Conform acesteia și potrivit prevederilor contractului de finanțare, Anexa 9 - Monitorizarea și raportarea, Secțiunea I- Monitorizarea implementării contractului de finanțare, Beneficiarul (în cazul de față UAT) are obligația depunerii la Organismul Intermediar (OI) a Proiectului tehnic de execuție în termen de maxim 5 zile calendaristice de la recepția acestuia prin intermediul platformei MYSMIS în vederea analizării conformității acestuia. Totodată, OI POR are obligația analizării proiectului tehnic de execuție și poate propune AMPOR orice măsură consideră necesară. Conform instrucțiunii nr. 82/24.08.2018, analizarea documentației tehnice nu va depăși 10 zile lucrătoare de la momentul depunerii acesteia, iar OI POR pune la dispoziție experți care vor putea îndeplini analiza de conformitate.

Așadar, clauza condiționării obținerii avizului de conformitate a proiectului tehnic emis de către OI POR considerată abuzivă de contestator, derivă din obligațiile Beneficiarului de a respecta întocmai condițiile contractului de finanțare, condiție premergătoare aprobării plății aferente serviciilor de proiectare. Prin urmare, dacă nu se obține autorizația de construire și avizul conformității proiectului tehnic de la OI POR, Beneficiarul UAT nu va fi îndreptățit să primească la plata suma aferentă serviciilor de proiectare. În aceste condiții, se întreabă cum ar putea autoritatea contractantă să facă plata către un operator economic având în vedere că partea de cofinanțare a acesteia în proiect este de doar 2%?

Referitor la art. 6 alin (1) din Legea nr. 72/2013, invocat de contestatar, autoritatea contractantă susține că acesta trece direct la litera c), eliminând în mod intenționat litera a) și b) din cadrul aceleiași articol care precizează:

„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”.

Astfel, după cum se poate constata, legiuitorul permite plata la 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau de la data recepției prestării serviciilor, termen pe care autoritatea contractantă îl respectă și îl prevede în art. 9.2 și 14.1 din Contract, articole pe care contestatarul le consideră abuzive prin simpla adăugare a mențiunii obligatorie de verificare a conformității proiectului tehnic de către OI POR.

Autoritatea arată că tot contestatorul aduce în discuție că în conformitate cu art. 7 alin. (1) „În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 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 că această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12”.

Ținând cont de prevederile de mai sus și termenul de 30 de zile lucrătoare coroborat cu prevederile art. 14.3 (pe care de asemenea contestatorul îl vrea eliminat), respectiv:

„Pentru efectuarea plăților, achizitorul are dreptul de a folosi mecanismul cererilor de plată, așa cum este acesta definit prin OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare, a normelor de aplicare, a Instrucțiunii AM POR nr. 41 din 29.05.2017 privind cererile de rambursare și cererile de plată, modificată și completată prin Instrucțiunea AM POR nr. 138 din 27.02.2020, instrucțiune modificată ulterior prin Instrucțiunea AM POR nr. 162/09.07.2020, ori a altor acte normative sau procedurale valabile la momentul respectiv. (OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, art. 20 „Mecanismul decontării cererilor de plată”, alin. (5) și (6) din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare: (5) În termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la data depunerii de către beneficiar/liderul de parteneriat a cererii de plată cu respectarea prevederilor alin. (2) și (4), organismul intermediar/autoritatea de management efectuează verificarea cererii de plată. După efectuarea verificărilor, autoritatea de management virează beneficiarului/liderului de parteneriat/partenerului valoarea cheltuielilor rambursabile, în termen de 3 zile lucrătoare de la momentul de la care aceasta dispune de resurse în conturile sale, într-un cont distinct de disponibil, deschis pe numele beneficiarilor/liderilor de parteneriat/partenerilor la unitățile teritoriale ale Trezoreriei Statului”, se poate observa că autoritatea contractantă nu a prevăzut în clauzele contractuale termene de plată care să contravină prevederilor legislative și nici termene de recepție abuzive, recepția fiind echivalentă cu termenul de emitere al avizului de conformitate a proiectului tehnic, reglementat de Instrucțiunea 82.

Pentru toate considerentele expuse anterior, arată că autoritatea contractantă acționează cu bună-credință și cu diligență în executarea obligațiilor contractuale, având motive obiective care au la baza prevederi legislative, instrucțiuni și clauze ale contractului de finanțare, urmărind doar calitatea și acuratețea prestării serviciilor de proiectare, în sensul că sunt respectate soluțiile tehnice din studiul de fezabilitate, sunt

respectate normele, normativele și STAS-urile în vigoare din domeniul proiectat, conformitatea obținută certificând cele mai sus amintite și asigurând premisele obținerii sumelor necesare efectuării plăților, în caz contrar cheltuielile aferente serviciilor de proiectare devenind neeligibile.

Referitor la punctul 2) din contestație, prin care SC SRL critică clauza contractuală „Drepturi de proprietate intelectuală” - art. 20, autoritatea contractantă susține că face precizări relevante, pe care le redă în caietul de sarcini și în clauzele contractuale, respectiv „Până la plata integrală a documentațiilor tehnice, autoritatea contractantă poate demara procedura de atribuire a contractului/ contractelor de lucrări în baza acestora, fără ca prestatorul să emită orice pretenții rezultate din dreptul de autor sau a altor drepturi de proprietate intelectuală. Acest transfer va fi definitiv atunci când documentele elaborate sunt plătite, în conformitate cu prevederile Contractului”.

Autoritatea precizează că singurul scop urmărit în acest caz este demararea procedurii de atribuire a contractului de lucrări ce va avea la bază proiectul tehnic de execuție. Demararea procedurii de atribuire a contractului de lucrări se va face numai după obținerea avizului de conformitate emis de către OI POR, caz în care sunt asigurate condițiile obligatorii ca autoritatea contractantă să solicite la plată către AM POR contravaloarea serviciilor de proiectare. Așa cum se menționează mai sus „acest transfer va fi definitiv atunci când documentele elaborate sunt plătite, în conformitate cu prevederile Contractului”, autoritatea intenționând doar să se încadreze în termenul de implementare al proiectului, respectiv 31.12.2023, termen în care UAT începând din prezent (decembrie 2021) trebuie să ia în calcul perioada de proiectare de 4 luni, perioada de efectuare a recepției și de obținere a avizului de conformitate de la OI POR, perioada de derulare a procedurii de atribuire a contractului de lucrări, precum și perioada de execuție a lucrărilor aferente investiției, astfel încât toate cheltuielile aferente proiectului să se încadreze în perioada de eligibilitate de până la 31 decembrie 2023.

În susținere, arată că, în conformitate cu prevederile Legii nr. 8/1996 privind drepturile de autor, orice proiect de arhitectură constituie obiect al dreptului de autor, dreptul asupra operei fiind legat de persoana autorului, comportând, totodată, atribute de ordin moral și patrimonial. Asistența tehnică a proiectantului, ca activitate adiacentă a proiectării este tot parte a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel că un alt proiectant nu ar putea lua decizia de modificare a proiectului inițial, deci să se folosească de cedarea drepturilor de autor.

De asemenea, arată că în conformitate cu art. 14 Cap. II din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, „Conducerea și asigurarea calității în construcții constituie obligația tuturor factorilor care participă la conceperea, realizarea și exploatarea construcțiilor și implică o strategie adecvată și măsuri specifice pentru garantarea calității

acestora". Corelat și în interdependență directă cu răspunderea proiectanților, executanții lucrărilor de construcții au obligația, în vederea asigurării calității construcțiilor, să soluționeze neconformitățile, defectele și neconcordanțele apărute în faza de execuție doar pe baza soluțiilor stabilite de proiectant". Așadar, proiectantul nu este exonerat de atribuții, iar modificarea proiectului inițial rămâne în cazul de față tot sarcina prestatorului cu care se va încheia contractul, singurul scop al autorității contractante fiind acela de a demara procedura de atribuire a contractului de lucrări, scurtând de fapt timpul de la obținerea avizului de conformitate și până la efectuarea plății către prestator, termene ce sunt reglementate de Instrucțiunea AM POR nr. 41 din 29.05.2017 privind cererile de rambursare și cererile de plată, modificată și completată prin Instrucțiunea AM POR nr. 138 din 27.02.2020, instrucțiune modificată ulterior prin Instrucțiunea AM POR nr. 162/09.07.2020, OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, art. 20 „Mecanismul decontării cererilor de plată”, alin. (5) și (6) din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că nu are nicio intenție de tergiversare a termenelor de recepție și de plată, ci din contră este presată de timpul scurt rămas până la 31.12.2021 în care toate cheltuielile aferente investiției să fie eligibile, timp pe care contestatarul îl consumă prin termene de contestație, creând astfel posibile prejudicii autorității.

Referitor la critica formulată la punctul 3) din contestație cu privire la caietul de sarcini, cap 7, recepția serviciilor „Documentația va fi actualizată, inclusiv în faza de execuție a lucrărilor, în funcție de solicitările emitenților de avize și acorduri și de eventuale solicitări din partea beneficiarului”, autoritatea contractantă adoptă măsura de remediere și elimină „inclusiv în faza de execuție a lucrărilor” cerința devenind astfel: „Documentația va fi actualizată în funcție de solicitările emitenților de avize și acorduri și de eventuale solicitări din partea beneficiarului până la obținerea tuturor avizelor și autorizațiilor necesare execuției lucrărilor, iar în faza asistență tehnică din partea proiectantului, prestatorul va avea obligația respectării tuturor obligațiilor ce îi revin conform Legii nr. 10 privind calitatea în construcții”.

Punctul 4) al contestației, îl constituie prevederile menționate ca și factor de evaluare al experienței specialiștilor cheie implicați în derularea contractului, menționate în Anexa Detaliere punctaj - Anexa 1 la fișa de date.

Autoritatea precizează că, potrivit acesteia: „Experiența similară a personalului ofertantului angajat în derularea contractului de servicii (experți principali) se calculează pe baza următoarelor documente

prezentate de Ofertant în oferta sa: CV, declarație de disponibilitate, copii ale diplomelor/certificatelor profesionale relevante, documente doveditoare care să probeze îndeplinirea cerințelor, respectiv: documente doveditoare de natura recomandărilor/referințelor de la Beneficiari sau orice alte documente similare emise sau contrasemnate de Beneficiari, din care să rezulte îndeplinirea cerințelor privind profilul/experiența specialiștilor propuși, denumirea contractului în care a fost implicat expertul, poziția deținută în cadrul proiectului/contractului și principalele responsabilități ale expertului avute în cadrul proiectului/contractului.

Notă: Punctajul se acordă experților care îndeplinesc cerințele minime din Caietul de sarcini. Pentru participarea într-un singur contract similar (conform cerinței minime din Caietul de sarcini) nu se acordă punctaj”.

În același timp arată că în caietul de sarcini se precizează următoarele aspecte:

„Prin urmare, pentru îndeplinirea cerințelor minime referitoare la studii și experiența profesională pentru fiecare Expert Principal propus ofertanții vor prezenta în cadrul Propunerii tehnice:

- Curriculum vitae, semnate în original de către fiecare expert nominalizat;
- Copii cu mențiunea „conform cu originalul” ale diplomelor și certificatelor profesionale menționate în CV;
- Documente doveditoare de natura recomandărilor/referințelor de la Beneficiari/Angajator sau orice alte documente similare emise sau contrasemnate de Beneficiari/Angajator, din care să rezulte îndeplinirea cerințelor privind profilul/experiența specialiștilor propuși, denumirea contractului în care a fost implicat expertul, poziția deținută în cadrul proiectului/ contractului și principalele responsabilități ale expertului avute în cadrul proiectului/contractului”.

Așadar, precizează că pentru îndeplinirea cerințelor minime, autoritatea contractantă acceptă recomandări, referințe sau orice alte documente similare emise sau contrasemnate de angajator, însă pentru acordarea punctajului este necesar să se prezinte recomandări/referințe de la Beneficiari sau orice alte documente similare emise sau contrasemnate de Beneficiari.

Legat de afirmația contestatarului „o autoritate contractantă nu poate confirma dacă un expert a lucrat sau nu cu certitudine la un proiect, singurul care știe 100% acest detaliu este prestatorul/angajatorul expertului”, autoritatea consideră că aceasta este total eronată și nefondată și demonstrează puțină înțelegere a operatorului SC SRL privind abordarea contractelor de servicii de proiectare în care succesul contractului este asigurat de prezența fizică a specialiștilor cheie pe teren și la ședințele de ordin tehnic ce se desfășoară la sediul autorității, în vederea găsirii soluțiilor optime de

implementare. Solicită Consiliului să constate că nu numai angajatorul, în speță reprezentantul legal al unei firme este cel care interacționează cu reprezentanții autorității ci și specialiștii implicați în implementarea contractului, astfel că o autoritate este în măsură să confirme implicare acestora la realizarea contractelor. Contestatarul susține ideea de a se lua în calcul falsul în declarații, angajatorul fiind cel care să își asume conformitatea cu realitate și face referire la art. 189 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 „atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifica exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți”. Prevederea legislativă la care face referire contestatarul este legată de confirmarea experienței similare de capacitate tehnică sau profesională a operatorului economic, care oricum se demonstrează numai cu documente emise sau contrasemnate de Beneficiar, dar chiar și așa contestatarul se contrazice în cele declarate: prin urmare ori numai angajatorul știe cine a lucrat concret la contract, ori autoritatea poate verifica exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți. Dacă situația de fapt ar fi așa cum afirma contestatarul că numai angajatorul cunoaște experții implicați, atunci se întreabă de ce mai permite legiuitorul posibilitatea de verificare a informațiilor la Beneficiari?

Autoritatea contractantă face precizarea că, pe parcursul implementării celor 17 proiecte pentru care UAT a obținut finanțare europeană prin POR 2014-2021, au fost cunoscute echipele de proiect și specialiștii principali și secundari implicați nu prin telefon ci în cadrul participării fizice la implementarea contractelor, prin participarea la ședințe de proiect.

În concluzie, în raport de susținerile sale din cuprinsul prezentei precum și de înscrisurile existente la dosarul achiziției publice solicită respingerea ca neîntemeiate a solicitărilor contestatorului și menținerea documentației de atribuire în forma elaborată de autoritatea contractantă, permițând astfel continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr.02/23.12.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 67182/23.12.2021 SC SRL transmite concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității contractante.

Prin concluziile scrise contestatarul răspunzând susținerilor autorității contractante din punctul de vedere, reiterează cele prezentate prin contestație.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Elaborare proiect tehnic și detalii de execuție, asistență tehnică din partea proiectantului, elaborare documentație tehnică pentru obținerea avizelor/acordurilor/autorizațiilor, verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție pentru obiectivul de investiții - Reducerea emisiilor de carbon în și în zonele

funcționale ale acestuia” cod CPV: 71322500-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN1098289/07.12.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 530.000,00 lei, fără TVA. Criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie anumite prevederi ale modelului de contract și a documentației de atribuire, respectiv refacerea documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la stabilirea unor clauze / prevederi care să nu îngreuneze accesul la procedură, Consiliul le va analiza prin raportare la legislația specifică în materie.

Astfel, analizând primă critică din contestație, se reține că aceasta se referă la prevederea art. 9 și art. 14.1-14.3 din modelul de contract care stipulează următoarele:

„9.1. Achizitorul se obligă să recepționeze serviciile prestate în termenul stabilit, potrivit art. 6 din prezentul contract de servicii.

9.2 - Plata contractului se va realiza astfel:

*Plata serviciilor de proiectare **este condiționată** de:*

- obținerea Autorizației de construire, se va face după predarea și recepționarea tuturor documentațiilor prevăzute la art. 12;

- obținerea avizului conformității proiectului tehnic emis de către OI POR.

Emiterea facturii fiscale se va face după comunicarea în scris de către Beneficiar în termen de maxim 5 zile a îndeplinirii condițiilor de plată conform celor de mai sus.

Plata facturii fiscale se va face în termen de 30 de zile de la data transmiterii și înregistrării la Registratura Primăriei Orașului”.

„14.1. Plata serviciilor de proiectare, condiționată de obținerea avizului conformității proiectului tehnic emis de către OI POR. Emiterea facturii fiscale se va face după comunicarea în scris de către Beneficiar în termen de maxim 5 zile a îndeplinirii condițiilor de plată conform celor de mai sus.

Plata facturii fiscale se va face în termen de 30 de zile de la data transmiterii și înregistrării la Registratura Primăriei Orașului, acest termen se poate prelungi în cazul plăților prin utilizarea mecanismului cererilor de plată, conform prevederilor art. 14.3. Emiterea facturii fiscale se va face după acceptarea situațiilor de lucrări.

14.3 Pentru efectuarea plăților, achizitorul are dreptul de a folosi mecanismul cererilor de plată, așa cum este acesta definit prin OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare, a normelor de aplicare, a Instrucțiunii AM POR nr. 41 din 29.05.2017 privind cererile de rambursare și cererile de plată, modificată și completată prin Instrucțiunea AM POR nr. 138 din 27.02.2020, instrucțiune modificată ulterior prin Instrucțiunea AM POR nr. 162/ 09.07.2020, ori a altor acte normative sau procedurale valabile la momentul respectiv. (OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, art. 20 „Mecanismul decontării cererilor de plată”, alin. (5) și (6) din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene

pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare: (5) în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la data depunerii de către beneficiar/liderul de parteneriat a cererii de plată cu respectarea prevederilor alin. (2) și (4), organismul intermediar/ autoritatea de management efectuează verificarea cererii de plată. După efectuarea verificărilor, autoritatea de management virează beneficiarului/ liderului de parteneriat/partenerului valoarea cheltuielilor rambursabile, în termen de 3 zile lucrătoare de la momentul de la care aceasta dispune de resurse în conturile sale, într-un cont distinct de disponibil, deschis pe numele beneficiarilor/liderilor de parteneriat/partenerilor la unitățile teritoriale ale Trezoreriei Statului. în ziua următoare virării, autoritatea de management transmite beneficiarilor/liderilor de parteneriat/partenerilor o notificare, întocmită distinct pentru fiecare dintre aceștia. (6) Pentru depunerea de către beneficiar/liderul de parteneriat a unor documente adiționale sau clarificări solicitate de către autoritatea de management sau de către organismul intermediar, termenul de 20 de zile lucrătoare prevăzut la alin. (5) poate fi întrerupt, fără ca perioadele de întrerupere cumulate să depășească 10 zile lucrătoare”.

Din interpretarea prevederilor contractuale mai sus iterate rezultă că autoritatea contractantă UAT impune prestatorului de servicii care a întocmit proiectul tehnic de execuție, ca emiterea facturii fiscale să se facă doar ulterior obținerii Autorizației de construire și de obținere a avizului conformității proiectului tehnic emis de către OI POR (Agenția pentru Dezvoltare Regională Sud Muntenia).

Or, aceste condiționări de emitere a facturilor și implicit de plată a acestora contravin dispozițiilor art. 6 din 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, care stipulează următoarele:

„Art. 6 (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.

(3) Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii.

Orice clauză prin care se stipulează un termen de emitere/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.

(4) În cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1)“.

Scopul Legii nr. 72/2013 este promovarea competitivității mediului de afaceri și consolidarea funcționalității pieței românești, ca parte integrantă a pieței interne a Uniunii Europene, sens în care s-a dorit crearea unor mecanisme eficiente pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată rezultând din contractele încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, în vederea transpunerii Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

Prin urmare orice prevedere atât din cadrul modelului de contract cât și din cadrul documentației de atribuire care stipulează condiționări sau termene altele decât cele raportate la momentul recepționării serviciilor de proiectare sunt abuzive fiind lovite de nulitate absolută, motiv pentru care Consiliul va obliga autoritatea contractantă la eliminarea acestor condiționări. Consiliul nu poate reține ca întemeiată invocarea de către autoritatea contractantă a prevederilor contractului de finanțare, deoarece drepturile și obligațiile ce derivă din acest contract în sarcina autorității contractante în calitate de beneficiar nu pot fi transferate unei terțe persoane, în speță ofertantului desemnat câștigătorul procedurii de atribuire și executantul serviciului de proiectare.

Mai mult, nu sunt lipsite de relevanță nici dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora verificarea conformității propunerilor tehnice elaborate de ofertanți cu specificațiile tehnice impuse în cadrul documentației de atribuire, este atributul exclusiv al autorității contractante prin comisia de evaluare, autoritatea având responsabilitatea de a efectua verificări inclusiv a documentațiilor tehnice rezultate în urma prestării serviciului de proiectare respective și de a le confirma prin recepția acestora.

O situație confuză și contradictorie se constată și în ceea ce privește transferul dreptului de proprietate intelectuală stipulat la art. 20 din modelul de contract, conform căruia acesta se transferă la „momentul aprobării de către achizitor”, iar la art. 20.3. acest transfer va fi definitiv atunci „când documentele elaborate sunt plătite”, în

conformitate cu prevederile Contractului. Or și în acest caz, Consiliul reține ca fiind aplicabile prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, care stipulează că: *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*, motiv pentru o corelare corespunzătoare se impune ca transferul dreptului de proprietate intelectuală asupra proiectului tehnic să se realizeze la momentul efectuării plății.

De asemenea, în ceea ce privește prevederea menționată ca și factor de evaluare al experienței experților, respectiv de a accepta prezentarea de recomandări doar din partea beneficiarilor finali pentru experți, nefiind acceptate recomandări și de la angajatori, Consiliul reține ca fiind aplicabile prevederile art. 189 din Legea nr.98/2016 care dispun următoarele:

„Art. 189 - (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

*(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie **să asigure o concurență reală între operatorii economici** și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a **informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.***

(3) Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți”.

Luând în considerare reglementările și prevederile legale menționate, Consiliul reține că impunerea de către autoritatea contractantă ca documentele doveditoare prezentate în susținerea experienței similare să fie emise/semnate sau contrasemnate de beneficiarii acestora, nefiind acceptate recomandări/documente doveditoare și de la angajatori, apare ca excesivă, cu rol de restricționare nejustificată a participării la procedura de atribuire în cauză, contrar principiilor care stau la baza achizițiilor publice stipulate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, îndeosebi cel al tratamentului egal și al nediscriminării.

Obiectivul autorității contractante este acela de a achiziționa servicii de „Elaborare proiect tehnic și detalii de execuție, asistență tehnică din partea proiectantului, elaborare documentație tehnică pentru obținerea avizelor/acordurilor/autorizațiilor, verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție pentru obiectivul de investiții - Reducerea emisiilor de carbon în și în zonele funcționale ale acestuia”, sens în care necesitatea autorității contractante este ca aceste servicii să se realizeze cu experți/specialiști cu experiență similară în domeniu.

Pe de altă parte în absența unor explicații pertinente pe care să se fundamenteze limitarea dovedirii experienței similare doar din partea unor beneficiari, iar punctarea acestui factor de evaluare se face raportat la numărul de contracte invocate ca experiență similară, Consiliul apreciază că respectiva formulare limitează în mod nejustificat șansele operatorilor de obține punctaj adecvat experienței deținute și implicit de a accede la calitatea de ofertant desemnat câștigător motivat de faptul că, deși dispun de experți/specialiști cu experiență similară în domeniu nu pot prezenta din diverse motive documente doveditoare doar din partea beneficiarilor acestor servicii.

În sensul celor mai sus reținute a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în **decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008**, potrivit căreia, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința expusă în cauza de față. Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că, prin solicitarea ca experiența similară să se probeze doar prin acte doveditoare emise/semnate sau contrasemnate de beneficiari, autoritatea contractantă impune o limitare de natură să afecteze în mod nejustificat șansele unor ofertanți de a obține contractul, cu încălcarea prevederilor art. 50 din Legea nr. 98/2016 care stabilește faptul că: *„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori **elemente** ale acesteia sunt **concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici**”.*

Consiliul reține că norma juridică anterior citată transpune în dreptul național prevederile art. 18 din Directiva 2014/24/UE prin

sintagma „Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acestora din domeniul de aplicare al prezentei directive sau restrângerea artificială a concurenței. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici”.

Referitor la criticile de la punctul 3 din contestație, cu privire la clauzele aferente revizuirii documentației, din cadrul capitolului 7 „Recepția lucrărilor” din caietul de sarcini, Consiliul reține că în cadrul punctului de vedere nr. 27253/20.12.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 66138/20.12.2021, autoritatea contractantă a achiesat la criticile contestatorului, menționând următoarele aspecte:

„(...) autoritatea contractantă adoptă măsura de remediere și elimină «inclusiv în faza de execuție a lucrărilor», cerința devenind astfel «Documentația va fi actualizată în funcție de solicitările emitenților de avize și acorduri și de eventualele solicitări din partea beneficiarului până la obținerea tuturor avizelor și autorizațiilor necesare execuției lucrărilor, iar în faza asistență tehnică din partea proiectantului, prestatorul va avea obligația respectării tuturor obligațiilor ce îi revin conform Legii 10 privind calitatea în construcții»”.

Față de aceste aspecte, se constată că autoritatea contractantă a achiesat la criticile contestatorului referitoare la actualizarea documentației, din cadrul capitolului 7 „Recepția lucrărilor” din caietul de sarcini, motiv pentru care, în vederea respectării principiului transparenței statuat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că autoritatea contractantă avea obligația să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici, prin publicarea în SEAP, a cerințelor asupra cărora a achiesat conform celor reținute anterior.

În consecință, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind actualizarea documentației, din cadrul capitolului 7 „Recepția lucrărilor” din caietul de sarcini care au făcut obiectul achiesării și să oblige autoritatea contractantă la publicarea acestora în SEAP.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, obligă pe aceasta din urmă să remedieze modelul de contract și documentația de atribuire în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, conform prevederilor legale și a celor reținute în motivarea prezentei decizii.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, obligă pe aceasta din urmă să remedieze modelul de contract și documentația de atribuire în termen de 10 zile de la primirea deciziei conform prevederilor legale și a celor reținute în motivarea prezentei decizii.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 22 (douăzeci și două) pagini