



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 742/C3/634

Data: 07.05.2020

Prin contestația nr. C604/06.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13725/08.04.2020, înaintată de SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, formulată împotriva raportului procedurii nr. 677 I/01.04.2020 emis de, cu sediul în, autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare Achiziție Echipamente IT – loturi, reluare, Lot 1: Computere portabile și Lot 2: Pico videoproiector în cadrul proiectului POCU/91/4/8/106519: "Personal specializat pentru un sistem de sănătate modern!", cod SMIS 2014 +: 106519, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1062962 din data de 12.02.2020, a solicitat:

- anularea actului atacat;
- anularea adresei nr. RAA_661 I din 27.03.2020;
- anularea, în parte, a documentului "Contract de furnizare", primit prin email la data 25.03.2020 ora 10:18, în ceea ce privește art. 10.2, respectiv;
- obligarea autorității contractante la încheierea Contractului de furnizare în conformitate cu prevederile caietului de sarcini - Garanția pentru bunurile livrate;
- anularea, în parte, a documentului "Contract de furnizare", primit prin email la data 25.03.2020 ora 10:18, în ceea ce privește art. 11.2 și art. 13.2, respectiv obligarea autorității contractante la încheierea Contractului de furnizare în conformitate cu prevederile Legii 72/2013;

- obligarea autorității contractante la încheierea contractului de furnizare în conformitate cu prevederile legale, ale caietului de sarcini și cu oferta depusă.

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

Prin contestația nr. C604/06.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13725/08.04.2020, ... atacă raportului procedurii nr. 677 I/01.04.2020, solicitând:

- anularea actului atacat;
- anularea adresei nr. RAA_661 I din 27.03.2020;
- anularea, în parte, a documentului "Contract de furnizare", primit prin email la data 25.03.2020 ora 10:18, în ceea ce privește art. 10.2, respectiv;
- obligarea autorității contractante la încheierea Contractului de furnizare în conformitate cu prevederile caietului de sarcini - Garanția pentru bunurile livrate;
- anularea, în parte, a documentului "Contract de furnizare", primit prin email la data 25.03.2020 ora 10:18, în ceea ce privește art. 11.2 și art. 13.2, respectiv obligarea autorității contractante la încheierea Contractului de furnizare în conformitate cu prevederile Legii 72/2013;
- obligarea autorității contractante la încheierea contractului de furnizare în conformitate cu prevederile legale, ale caietului de sarcini și cu oferta depusă.

Contestatorul precizează faptul că, la data promovării contestației, procedura de achiziție ce face obiectul prezentei cauze este anulată, autoritatea contractantă declarându-i oferta neconformă, potrivit art. 137 alin. (3) lit. b din HG nr. 395/2016, cu toate că aceasta a fost declarată anterior câștigătoare, așa cum reiese și din raportul procedurii nr. 648 I/18.03.2020.

Referitor la art. 10.2 din contractul de furnizare, contestatorul precizează că formularea autorității contractante, din draftul trimis la data 25.03.2020 ora 10:18, a fost: *Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor este de 2 ani. Perioada de garanție a produselor începe de la data recepției, respectiv după livrarea produselor la sediul Beneficiarului.*

După consultare, contestatorul a reformulat clauza, transmițând autorității noul draft, la data 25.03.2020 ora 14:17: *Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor este de minim 9 luni însă nu mai târziu de data 26.12.2020. Perioada de garanție a produselor începe de la data recepției, respectiv după livrarea produselor la sediul Beneficiarului, astfel cum era prevăzut atât prin caietului de sarcini (pct. VI - Condiții de livrare și garanție - lit. g - Garanția pentru bunurile livrate va fi de minim 9 luni și va începe de la data recepției și până la*

data finalizării proiectului 26.12.2020), cât și prin formularul nr. 3 - Formularul pentru propunerea tehnică - punctul 1.2 și punctul 2.2 - Termen de garanție minim 9 luni de la data livrării.

Referitor la art. 11.2 și art. 13.2, contestatorul arată prevederile din draftul trimis la data 25.03.2020 ora 10:18:

- art. 11.2 Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de 60 zile lucrătoare de la primirea facturii fiscale și a documentelor menționate la art. 8.2 și

- art. 13.2 - În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ în termen de 30 de zile lucrătoare după termenul prevăzut în clauza 11.2, acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de 0,01% pe zi de întârziere din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate începând cu a 30-a zi lucrătoare calculată după termenul prevăzut în clauza 11.2, respectiv pentru zilele lucrătoare de întârziere calculate după a 91-a zi lucrătoare de la primirea facturii fiscale de către Beneficiar. Penalitățile nu vor putea depăși debitul asupra căroră sunt calculate”.

Față de acestea, contestatorul a transmis reformulări, tot în 25.03.2020, ora 14:17:

- art. 11.2 - Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de maxim 30 zile de la primirea facturii fiscale și a documentelor menționate la art. 8.2 și

- art. 13.2- În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ în termenul stipulat la art. 11.2, acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de 0,8% pe zi de întârziere din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate începând cu a 31-a zi calculată după termenul prevăzut la art. 11.2. Penalitățile vor putea depăși debitul asupra căroră sunt calculate.

Mai precizează contestatorul că a arătat autorității contractante, prin emailul transmis la data 01.04.2020 ora 09:29, faptul că propunerea sa nu prezintă modificări la contract, arătând că își menține oferta tehnică și financiară, respectiv produsele oferite, termenul de livrare, perioada de garanție etc.

În opinia contestatorului, autoritatea a modificat abuziv clauza privind perioada de garanție a produselor (art. 10.2 din draftul trimis prin email la data 25.03.2020 ora 10:18), din minim 9 luni, însă nu mai târziu de data 26.12.2020, în 2 ani. Faptul că plata pentru produse ar fi condiționată de transferurile asigurate de autoritatea finanțatoare, este o clauză completatoare a contractului, adăugând noi prevederi, la care contestatorul nu achiesează, invocând în acest sens art. 21 - Bugetul aferent contractului- pe care autoritatea contractantă i l-a impus spre adăugare în contract prin Adresa nr. RAA_661 I din 27.03.2020.

În opinia contestatorului, modificarea unilaterală a contractului de către autoritatea contractantă și impunerea noului contract, conținând modificări de fond, în clauze esențiale și obligatorii, respectiv, *Furnizorul înțelege și este de acord că bugetul alocat acestui proiect POCU poate fi redus total sau parțial*", dovedește rea-credință în relațiile contractuale și încalcă principiul "consensualismului".

În conformitate cu art. 147 alin. (1) lit. a și lit. b din HG nr. 395/2016, "Contractul de achiziție publică are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă: caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare și oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare, iar conform art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016: "Autoritatea contractantă are obligația de a încheia Contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare."

Totodată, art. 145 din HG nr. 395/2016 prevede că "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii".

Referitor la art. 10.2, 11.2 și art. 13.2 din contract, a solicitat autorității contractante o revizuire a acestora și, după caz, eliminarea clauzelor ce ar putea fi calificate drept abuzive, raportat la prevederile Legii nr. 72/2013.

În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 1 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 3/08.08.2017 privind modificările contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului cadru și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale, respectiv: „Autoritatea/Entitatea contractantă și operatorul/operatorii economic/economici stabilesc, prin semnarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru sau a contractului sectorial/acordului cadru, denumite în continuare contractul de achiziție publică/sectorial/acordul-cadru, ca urmare a acordului de voință exprimat, drepturile și obligațiile pe care și le asumă, cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale”.

În ceea ce privește art. 13.1 din contract- "Penalitățile vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculate. Penalitățile se calculează începând cu ziua următoare datei stabilite ca termen maxim de prestare", respectiv conform art. 13.2 din același contract, potrivit căruia: „Penalitățile nu vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculat", contestatorul apreciază că aceste clauze generează un dezechilibru al sarcinilor contractuale, respectiv, în cazul furnizorului vor putea depăși debitul, iar în cazul achizitorului nu vor putea depăși debitul.

Fiind unidirecționale, clauzele de la art. 13.1 și art. 13.2, rup echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 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 - practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor interese suplimentare este considerată abuzivă.

Clauzele analizate se vădesc a fi abuzive, prin prisma faptului că doar autoritatea este cea care poate beneficia de penalități care vor putea depăși debitul, în vreme ce este exonerată de această obligație, prin draftul de contract impus, susține contestatorul.

Art. 14 lit. e din Legea nr. 72/2013 califică drept abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care elimină posibilitatea plății de daune interese suplimentare. În speța de față, nu numai că nu sunt trecute în contract daunele-interese minimale în sarcina autorității, dar nici nu se face vorbire de vreo posibilitate a plății de daune-interese suplimentare.

Din punctul de vedere al contestatorului, prin impunerea clauzei contractuale criticate, autoritatea contractantă încalcă principiul recunoașterii reciproce, iar prin inexistența unor clauze contractuale care să angajeze răspunderea contractuală a acesteia se încalcă și principiul asumării răspunderii, principii ce guvernează procedurile de achiziție publică.

Prin limitările pe care Legea nr. 72/2013 le aduce libertății contractuale, legiuitorul a încercat crearea unei culturi a efectuării prompte a plăților și reducerea practicilor contractuale inechitabile. Dacă, înainte de apariția Legii nr. 72/2013, numeroase plăți erau efectuate cu întârziere, cu impact semnificativ asupra rentabilității și competitivității operatorilor economici privați, era de așteptat ca noua reglementare să aducă o schimbare pozitivă în derularea contractelor, în special a celor de achiziție publică, echilibrând balanța dintre puterea publică exercitată de autoritățile contractante și mediul privat ofertant.

Legea stabilește anumite limitări privind termenele de plată, atât între profesioniști, cât și între aceștia și autoritățile contractante, astfel:

- în raporturile dintre profesioniști - termenul de plată va fi de maxim 60 de zile calendaristice. Doar ca excepție, părțile pot prevedea în contract un termen mai mare de 60 de zile, cu condiția ca o astfel de clauză să nu fie abuzivă;

- în raporturile dintre profesioniști și autoritățile contractante, termenul de plată este de 30 de zile calendaristice.

În cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul de plată este de maxim 60 de zile calendaristice.

În ceea ce privește dobândă legală penalizatoare, contestatorul specifică că este reglementată prin OUG nr. 13/2011 privind dobândă legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, care stabilește că, în cazul întârzierii la plată a unei obligații bănești,

debitorul obligației datorează o dobândă, denumită dobândă penalizatoare. Rata acestei dobânzi poate fi convenită contractual între părți în mod liber. Dacă părțile nu au stabilit prin contract nivelul dobânzii penalizatoare, urmează a se aplica dobândă legală penalizatoare.

Pentru contractele de achiziție publică, Legea nr. 72/2013 stabilește, în plus, că, în cazul creanțelor de plată constând din prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate, creditorul este îndreptățit la dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- creditorul, inclusiv subcontractanții săi, și-au îndeplinit obligațiile contractuale;

- creditorul nu a primit sumă datorată la scadență, cu excepția cazului în care debitorului nu îi este imputabilă întârzierea.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la modificarea art. 11.2 și art. 13.2 din contract, astfel: art. 11.2 – "Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de maxim 30 zile de la primirea facturii fiscale și a documentelor menționate la art. 8.2 iar art. 13.2 – "În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ în termenul stipulat la art. 11.2, acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de 0,8% pe zi de întârziere din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate începând cu a 31-a zi calculată după termenul prevăzut la art. 11.2. Penalitățile vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculate."

În replică, autoritatea contractantă, cu adresa nr. RAA 713 i/10.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 14302/13.04.2020 a depus la dosarul cauzei punctul de vedere referitor la contestația formulată de SRL, prin care solicită respingerea contestației ca fiind netemeinică pentru următoarele considerente:

În ceea ce privește solicitarea contestatorului privind modificarea art. 11.2 și a art. 13.2 din contract, autoritatea contractantă precizează că, deși acesta invocă, în mod netemeinic, în cadrul contestației faptul că autoritatea contractantă ar fi modificat, în mod abuziv, clauzele modelului de contract atașat Documentației de atribuire, solicită modificarea unor clauze substanțiale ale modelului de contract, așa cum a fost acesta atașat în Fișa de date.

În cadrul Documentației de atribuire a fost adăugat și modelul de contract aferent procedurii, precum și mențiunea din Fișa de date, de la punctul 1 V.4.1 - "Modul de prezentare al propunerii tehnice", prin care se precizează faptul că: "Propunerea tehnică va cuprinde, cel puțin:

- Modelul de contract acceptat sau propuneri de modificare a acestuia. Vor fi acceptate doar acele propuneri care nu sunt, în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă.

De asemenea, autoritatea contractantă arată cerințele de la punctul IV.4.3 - "Modul de prezentare al ofertei", din Fișa de date: "împreună cu propunerea tehnică și propunerea financiară se vor depune urm. doc: (...) 4. Modelul de contract (Secțiunea IV): Eventualele propuneri cu privire la clauzele contractuale și eventualele propuneri cu privire la clauzele specifice contractuale ale contract se vor formula în scris, sub formă de clarificări, înainte de depunerea ofertei în format electronic, în secțiunea "întrebări" sau se vor prezenta în cadrul ofertei sub forma de propuneri de amendamente.

Mai mult, în cadrul aceluiași punct IV.4.3 - "Modul de prezentare al ofertei", din Fișa de date, la secțiunea Notă, la lit. e au fost menționate următoarele: *Prin depunerea unei oferte, ofertantul acceptă în prealabil condițiile generale și particulare care guvernează acest contract, după cum sunt acestea prezentate în documentația de atribuire, ca singura bază a acestei proceduri de atribuire, indiferent care sunt condițiile proprii de vânzare ale ofertantului.*

În Fișa de date, la punctul VI.3 - "Informații suplimentare", la finalul celui de al doilea paragraf, se menționau următoarele: daunele, indiferent de natura lor, legate de anularea procedurii, chiar dacă autoritatea contractantă a fost notificată în prealabil. Autoritatea contractantă va folosi pentru contractare formularul de contract prezent în documentația de atribuire, cu toate anexele specificate.

Așadar, susține autoritatea contractantă, se poate observa fără niciun dubiu de interpretare, că achizitorul, prin Fișa de date, a informat potențialii operatori economici despre modelul de contract care se va semna în cadrul procedurii, făcând mențiuni clare despre faptul că, orice eventuale propuneri cu privire la clauzele contractului se vor formula de către ofertanți sub formă de clarificări, fie înainte de depunerea ofertei în format electronic, în secțiunea "întrebări", fie la data depunerii ofertei tehnice.

Din analiza documentelor depuse de către contestator în cadrul procedurii, precizează autoritatea contractantă, se observă că, până la data depunerii ofertei tehnice, contestatorul nu a formulat eventuale propuneri de modificare a clauzelor contractului, așa cum s-a precizat în Fișa de date, respectiv sub formă de clarificări în secțiunea "întrebări", și nici la data depunerii ofertei tehnice nu a depus eventuale propuneri în acest sens.

Mai mult, din documentele depuse de contestator în cadrul ofertei, se remarcă documentele intitulate "FORMULAR DE OFERTĂ - LOT 1" (Anexa 1 la prezentul Punct de vedere) și "FORMULAR DE OFERTĂ - LOT 2" (Anexa 2 la prezentul Punct de vedere), care conțin următoarele formulări asumate prin semnare de către reprezentantul legal al Contestatorului, după cum urmează: la primul paragraf al paginii - Subsemnatul, prin semnarea acestei Oferte declară că:

i. am examinat conținutul Documentației de Atribuire comunicate până la data depunerii Ofertelor pentru procedura de achiziție publică SICAP nr. SCN1062962 din 12.02.2020 ce reprezintă documentele achiziției comunicate de autoritatea contractantă în legătură cu procedura la care depunem Oferta;

ii. am examinat cu atenție, am înțeles și am acceptat prin această Ofertă, prevederile legislației achizițiilor publice aplicabile acestei proceduri, așa cum au fost acestea comunicate prin documentele achiziției, în special dar fără a se limita la Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016 și HG nr. 395/2016;

iii. avem o înțelegere completă a documentelor achiziției comunicate, le acceptăm în totalitate, fără nicio rezervă sau restricție, înțelegem și acceptăm cerințele referitoare la forma, conținutul, instrucțiunile, stipulările și condițiile incluse în anunțul de participare și documentele achiziției;

iv. după ce am examinat cu atenție documentele achiziției și avem o înțelegere completă asupra acestora, ne declarăm mulțumiți de calitatea, cantitatea și gradul de detaliere a acestor documente;

v. documentele achiziției au fost suficiente și adecvate pentru pregătirea unei Oferte exacte și Oferta noastră a fost pregătită luând în considerare toate acestea;

vi. am înțeles că am avut obligația de a identifica și semnaliza autorității contractante, pe perioada pregătirii Ofertei, până în data limită de depunere a acesteia, orice omisiuni, neconcordanțe în legătură cu și pentru realizarea activităților în cadrul contractului;

vii. suntem de acord și acceptăm în totalitate responsabilitatea din punct de vedere tehnic și comercial asociată documentelor achiziției și acceptăm aceeași responsabilitate față de autoritatea contractantă în ceea ce privește aceste documente ca și cum noi am fi pregătit aceste documente;

viii. am citit, am înțeles pe deplin, acceptăm și suntem de acord cu aplicarea indicatorilor de performanță incluși în Contract ca bază pentru emiterea documentelor constatatoare, finalizarea activităților și obținerea rezultatelor.

În opinia autorității contractante, se observă, fără dubiu de interpretare, că reprezentantul legal al contestatorului declară explicit că a examinat conținutul Documentației de Atribuire, a înțeles complet documentele, este mulțumit de calitatea, cantitatea și gradul de detaliere a acestor documente, care sunt suficiente și adecvate, declarând inclusiv faptul că a înțeles că a avut "obligația de a identifica și semnaliza autorității contractante, pe perioada pregătirii Ofertei, până la data limită de depunere a acesteia, orice omisiuni, neconcordanțe în legătură cu și pentru realizarea activităților în cadrul contractului". Mai mult, în cadrul aceluiași document asumat de către reprezentantul legal se identifică și declarația acestuia cu privire la faptul că este de acord și acceptă în totalitate responsabilitatea din punct de vedere tehnic și comercial asociată documentelor achiziției.

Autoritatea contractantă menționează că, la data de 18.03.2020, a emis comunicarea cu privire la faptul că, în urma evaluării ofertei depuse și aplicării criteriului de atribuire, ofertele contestatorului, pentru cele două loturi aferente procedurii, au fost declarate câștigătoare. Prin același document, reprezentantul SRL era invitat la semnarea contractului în data de 25.03.2020.

La data de 25.03.2020, i-a comunicat, telefonic, contestatorului faptul că, dintr-o eroare materială, termenul de garanție a produselor a fost menționat, în mod eronat, în documentația de atribuire, și îi cere acordul verbal pentru a include în contract termenul legal care trebuie oferit acestor produse, respectiv termenul de 2 ani.

Reprezentantul legal al contestatorului a confirmat telefonic că înțelege eroarea materială și că este de acord cu această perioadă de garanție acordată produselor, motiv pentru care autoritatea contractantă a transmis contestatorului un e-mail, în data de 25.03.2020, ora 10:18, în care îl informa despre varianta de contract ce va fi semnat în acea zi, în care modificase, conform acordului verbal cu reprezentantul legal, perioada aferentă garanției produselor.

La aceeași dată, 25.03.2020, contestatorul i-a comunicat, telefonic, autorității contractante că nu este de acord cu termenul de plată din cuprinsul contractului și că așteaptă, cât mai repede, un punct de vedere de la aceasta. Achizitorul i-a răspuns că este o organizație non profit, iar plata produselor achiziționate în cadrul acestui proiect este condiționată de timpul de depunere și de procesare de către autoritatea de management POCU, a cererilor transmise, termen ce poate depăși 60 de zile lucrătoare.

Tot la 25.03.2020, ora 14:18, achizitorul a primit un e-mail, înregistrat cu nr. RAA 576i/25.03.2020, de la contestator, în care se menționa: "Având în vedere discuția telefonică purtată cu dumneavoastră în data de 25.03.2020, ora 11:27, contractul va fi semnat de subscrisa în condițiile din atașament, potrivit ofertei depuse și în conformitate cu Legea nr. 72/2013 cu toate modificările și completările ulterioare. În caz de refuz al instituției dumneavoastră, vă solicităm motivarea obiecțiilor vis-a-vis de cadrul legal invocat aferent.", fiind atașat modelul de contract din Documentația de atribuire cu propuneri de modificare prin care contestatorul:

- la art. 10.2 - a modificat perioada de garanție de 2 ani agreată telefonic între părți în dimineața zilei de 25.03.2020, cu "perioada de minimum 9 luni, dar nu mai târziu de 26.12.2020", în ciuda faptului că, telefonic, reprezentantul legal al contestatorului declarase că a înțeles eroarea materială și că este de acord cu asigurarea garanției produselor pentru o perioadă de 2 ani;

- la art. 11.2 - a modificat termenul de plată de "60 de zile lucrătoare de la primirea facturii fiscale", într-un termen de "maxim 30 de zile de la primirea facturii fiscale";

- la art. 13.1 - a modificat procentul de penalități de la 0,01% la 0,8%, menținând restul prevederilor articolului așa cum se regăseau

acestea în modelul de contract din Fișa de date, respectiv contestatorul a menținut prin propunerile transmise faptul că: *În cazul în care, din vina sa, Furnizorul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin contract la termenele stabilite, atunci Furnizorul are obligația de a plăti ca penalități o sumă echivalentă cu 0,8% din valoarea contractului pentru fiecare zi de întârziere, calculate de la data la care trebuia să își îndeplinească inițial obligațiile contractuale și până la data îndeplinirii efective. Penalitățile vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculate. Penalitățile se calculează începând cu ziua următoare datei stabilite ca termen maxim de prestare.*

Având în vedere cele precizate mai sus, autoritatea contractantă susține că, după termenul legal în care ar fi putut să solicite clarificări, contestatorul i-a transmis modificări ale unor clauze cu caracter comercial, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru ea, comunicându-i acestuia, în data de 27.03.2020, prin adresa nr. 66 I/27.03.2020, motivele pentru care propunerile de modificare ale contractului (transmise de către SRL) nu pot fi acceptate de către achizitor, atât din punct de vedere al legislației achizițiilor publice, cât și din punct de vedere al situației de stare de urgență, decretată de Președintele României pe teritoriul României, și anume: "La acest moment, ne aflăm în faza de semnare a contractului, respectiv prevederile acestui contract nu mai pot fi modificate de către ofertantul declarat câștigător, întrucât etapa de clarificări cu privire la Documentația de atribuire (ce cuprindea inclusiv modelul de contract) a fost finalizată înaintea etapei de declarare ca și câștigătoare a ofertei d-voastră. În acest sens menționăm și faptul că potențialii ofertanți au fost informați în Fișa de date, la pct. IV.4.1 și pct. IV. 4.3, că eventualele modificări la contract se pot formula sub formă de clarificări înaintea depunerii ofertei sau odată cu depunere ofertei tehnice".

În cadrul aceleiași adrese, din data de 27.03.2020, de bună-credință și pentru a preîntâmpina eventuale situații neclare, a informat contestatorul și despre faptul că, în conformitate cu art. II al Anexei 1 a Decretului Prezidențial nr. 195/2020, există posibilitatea ca beneficiarii de fonduri europene (așa cum este Achizitorul în această procedură), în cazul în care sunt afectați de adoptarea măsurilor de urgență astfel impuse, să decidă suspendarea contractelor de finanțare, situație despre care achizitorul a informat contestatorul arătând și faptul că, inclusiv termenele de plată, pot fi suspendate de către autoritățile finanțatoare care gestionează aceste fonduri, din care urmează să se facă și plata acestui contract.

În finalul adresei din 27.03.2020, achizitorul a solicitat contestatorului să-i comunice opinia sa până la data de 31.03.2020.

La data de 01.04.2020, având în vedere comunicarea cu contestatorul, membrii comisiei de evaluare au decis aplicarea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. b) din Anexa la Hotărârea de Guvern nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție

publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: „(3) în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...) b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.

Pentru aceste considerente, oferta depusă de SRL a fost declarată neconformă.

De asemenea, membrii comisiei, în conformitate cu prevederile art. 212 alin (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice au decis anularea procedurii simplificate a contractului de furnizare.

Autoritatea contractantă apreciază că, în mod temeinic și justificat, a declarat procedura anulată, întrucât situației de fapt îi erau incidente următoarele dispoziții: art. 137 alin. (3) lit. b) din Anexa la Hotărârea de Guvern nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziției publice/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, coroborate cu prevederile art. 212 alin (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește criticile contestatorului referitoare la clauzele draftului de contract, autoritatea contractantă precizează următoarele :

1. Referitor la art. 11.2 și art. 13.2, ... SRL induce în eroare Consiliul și achizitorul, prin faptul că acțiunile și afirmațiile sale sunt contradictorii.

2. Cu privire la mențiunea contestatorului potrivit căreia “am arătat autorității contractante prin emailul transmis la data 01.04.2020 ora 09:29 faptul că subscrisa nu prezintă modificări la contract, arătând că ne menținem oferta tehnică și financiară, respectiv produsele oferite, termenul de livrare, perioada de garanție etc. Din contră, autoritatea a modificat abuziv clauza privind perioada de garanție a produselor, a se vedea art. 10.2 din draftul trimis prin email la data 25.03.2020 ora 10:18 (...)”, autoritatea contractantă susține că, în ceea ce privește prevederile cuprinse în Legea nr.72/2013, acestea nu pot fi luate în considerare, întrucât la momentul acesta, discuțiile sunt în legătură cu un model de contract care nu a fost semnat de către cele două părți și prin urmare nu există creanțe certe, lichide și exigibile, iar pe cale de consecință aceste dispoziții legale invocate de către contestator nu sunt aplicabile.

3. Cu privire la susținerea contestatorului, potrivit căreia autoritatea contractantă a modificat unilateral contractul, se menționează faptul că recomandarea achizitorului de a adăuga art. 21 a fost justificată de starea de fapt generată de starea de urgență, și de starea de drept justificată de Decretul Prezidențial nr. 195/2020 și de Instrucțiunea nr.5/19.03.2020 a Autorității de Management pentru POCU.

4. Susținerea contestatorului cu privire la "(...) în conformitate cu art. 147 alin. (1) lit. a) și lit. b) din HG nr. 395/2016, contractul de achiziție publică are cel puțin următoarele anexe ca parte integrantă: (...)" și la faptul că, potrivit art. 145 din HG nr. 395/2016 autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, autoritatea contractantă subliniază faptul că a respectat toate termenele procedurale, inclusiv a decis anularea procedurii în momentul în care a observat că sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. b) din Anexa la Hotărârea de Guvern nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, coroborate cu art. 212 alin 1 lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

5. Cu privire la susținerea contestatorului referitoare la faptul că, în opinia sa, sunt incidente prevederile art. 1 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 3 din 08.08.2017 privind modificările contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului cadru și încadrarea acestor modificări ca fiind substanțiale sau nesubstanțiale, autoritatea contractantă opinează că dispozițiile acestei instrucțiuni nu sunt aplicabile întrucât aceste prevederi se referă la "contracte încheiate".

6. În ceea ce privește art. 13.1 din draftul impus spre semnare de autoritate, la data de 25.03.2020, prin e-mailul transmis la ora 14:18, contestatorul a transmis modelul de contract din documentația de atribuire cu modificări procesate în textul acestuia referitoare la art. 13.1 și art. 13.2 iar acesta denaturează realitatea deoarece contestatorul era de acord cu prevederile art. 13.1 și art. 13.2 cu privire la cuantumul penalităților, în timp ce în contestație contrazice comunicarea din 01.04.2020.

7. Referitor la plata daunelor – interese autoritatea susține că prevederilor cuprinse în Legea nr.72/2013 nu pot fi luate în considerare, întrucât la momentul acesta, critica vizează un model de contract care nu a fost semnat de către cele două părți.

8. În ceea ce privește critica potrivit căreia contestatorul se găsește într-o situație de inferioritate față de autoritatea contractantă în ceea ce privește puterea de negociere a draftului de contract impus, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestuia în absența inițierii prezentului demers litigios, autoritatea opinează că, în conformitate cu prevederile cuprinse în Fișa de date a procedurii, achizitorul a informat potențialii operatori economici despre modelul de contract care se va semna în cadrul procedurii, făcând mențiuni clare că orice eventuale propuneri la clauzele contractului se vor formula de către ofertanți sub formă de clarificări, fie înainte de depunerea ofertei în format electronic, în secțiunea "întrebări", fie la data depunerii ofertei tehnice.

Așa cum se poate observa din dosarul achiziției, contestatorul nu a făcut propuneri la clauzele contractului, nici sub formă de clarificări, înainte de depunerea ofertei în format electronic, în secțiunea "întrebări", și nici la data depunerii ofertei tehnice, prezentând solicitările de modificare la data la care era programată semnarea contractului, respectiv după trecerea termenelor despre existența cărora a fost informat prin Fișa de date.

9. Referitor la plata dobânzii legale, autoritatea are următorul punct de vedere: mențiunile contestatorului din această secțiune nu au relevanță pentru situația de față, întrucât dispozițiile din OUG nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, invocate de către contestator, fac referire la situația în care între părți ar exista un contract semnat, în care "părțile nu au stabilit nivelul dobânzii penalizatoare", în timp ce între contestator și achizitor nu există niciun contract semnat.

În probatoriu, autoritatea contractantă înțelege să se folosească de proba cu înscrisurile anexate punctului de vedere.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect Achiziție Echipamente IT – loturi, reluare, Lot 1: Computere portabile și Lot 2: Pico videoproiector în cadrul proiectului POCU/91/4/8/106519: "Personal specializat pentru un sistem de sănătate modern!", cod SMIS 2014 +: 106519", inițiată prin anunțul de participare nr. SCN1062962, publicat în 12.02.2020.

Procedura a fost organizată în baza calității achizitorului de beneficiar al unei finanțări POCU, conform proiectului MySMIS 102081.

Împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 677 I/01.04.2020 ENTERPRISE FOCUSED SOLUTION SRL a formulat prezenta contestație, prin care solicită:

- anularea lui;
- anularea adresei nr. RAA_661 I din 27.03.2020;
- anularea, în parte, a documentului "Contract de furnizare", primit prin email la data 25.03.2020 ora 10:18, în ceea ce privește art. 10.2, respectiv;
- obligarea autorității contractante la încheierea Contractului de furnizare în conformitate cu prevederile caietului de sarcini - Garanția pentru bunurile livrate;
- anularea, în parte, a documentului "Contract de furnizare", primit prin email la data 25.03.2020 ora 10:18, în ceea ce privește art. 11.2 și art. 13.2, respectiv obligarea autorității contractante la încheierea Contractului de furnizare în conformitate cu prevederile Legii 72/2013;

- obligarea autorității contractante la încheierea contractului de furnizare în conformitate cu prevederile legale, ale caietului de sarcini și cu oferta depusă.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a transmis la CNSC recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de 186,92 lei, emisă de CEC Bank–Sucursala Liviu Rebreanu, în data de 09.04.2020, sub nr. 206213517/1.

Preliminar, Consiliul reține că, anterior acestui rezultat al procedurii (atacat prin prezenta), autoritatea contractantă a primit și acceptat ofertele contestatorului, la loturile 1 și 2. Conform celor înscrise în *procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice, nr. 559 I/11.03.2020*, comisia de evaluare a declarat admisibile ofertele pentru cele două loturi. În *Raportul procedurii nr. 648I/18.03.2020*, ... a fost declarată câștigătoare, la loturile 1 și 2.

În vederea încheierii contractelor, la cele două loturi, achizitorul a transmis contestatorului (în 25.03.2020) proiectul de contract cu modificări față de varianta publicată în SEAP, iar ofertantul l-a returnat (în aceeași zi) cu intervenții proprii asupra clauzelor.

Modificările realizate de contestator și achizitor, asupra contractului, au fost următoarele:

Art. contract	Varianta din SEAP	Varianta din 25.03.2020 propusă de achizitor	Varianta din 25.03.2020 propusă de contestator
10.2	Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor <u>este cea solicitată prin cererea de ofertă, respectiv până la data de 28.02.2023.</u> Perioada de garanție a produselor începe de la data recepției, respectiv după livrarea produselor la sediul Beneficiarului.	Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor <u>este de 2 ani.</u> Perioada de garanție a produselor începe de la data recepției, respectiv după livrarea produselor la sediul Beneficiarului.	Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor <u>este de minim 9 luni, însă nu mai târziu de data de 26.12.2020.</u> Perioada de garanție a produselor începe de la data recepției, respectiv după livrarea produselor la sediul Beneficiarului.
11.2	Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de <u>60 zile lucrătoare</u> de la primirea facturii fiscale.	Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de <u>60 zile lucrătoare</u> de la primirea facturii fiscale și a <u>documentelor menționate la art. 8.2</u>	Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de <u>30 zile lucrătoare</u> de la primirea facturii fiscale și a <u>documentelor menționate la art. 8.2</u>
13.2	În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ <u>în termen de 30 de zile lucrătoare după termenul prevăzut în clauza 11.2</u> , acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de <u>0,01% pe</u>	În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ <u>în termen de 30 de zile lucrătoare după termenul prevăzut în clauza 11.2</u> , acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de <u>0,01% pe</u>	În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ în termenul stipulat la art. 11.2, acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de <u>0,8% pe zi de întârziere</u> din valoarea facturii scadente

zi de întârziere din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate începând cu a 30-a zi lucrătoare calculată după termenul prevăzut în clauza 11.2, respectiv pentru zilele lucrătoare de întârziere calculate după a 91-a zi lucrătoare de la primirea facturii fiscale de către Beneficiar. Penalitățile nu vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculate.	zi de întârziere din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate începând cu a 30-a zi lucrătoare calculată după termenul prevăzut în clauza 11.2, respectiv pentru zilele lucrătoare de întârziere calculate după a 91-a zi lucrătoare de la primirea facturii fiscale de către Beneficiar. Penalitățile nu vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculate.	și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate începând cu a 31-a zi calculată după termenul prevăzut la art. 11.2. Penalitățile vor putea depăși debitul asupra cărora sunt calculate
---	---	--

Modificările propuse de ofertantul câștigător fiind considerate dezavantajoase de către autoritatea contractantă, prin Raportul procedurii, din 01.04.2020, a respins ofertele Enterprise, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016 *[conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective.]*

Prin același raport (din 01.04.2020), autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016: *dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.*

Din documentele de mai sus, Consiliul observă că solicitările contestatorului privind modificarea condițiilor de contractate s-au datorat, exclusiv, conduitei autorității contractante. Cea din urmă, constatând o eroare în caietul de sarcini, la perioada de garanție a produselor (9 luni în loc de 2 ani) a cerut ofertantului, modificarea propunerii tehnice. Drept răspuns, ofertantul a "negociat" cu achizitorul această modificare, sub condiția reformulării art. 11.2 și 13.2.

În ceea ce privește *garanția acordată produselor*, Consiliul reține că, prin caietul de sarcini/ VI. *Condiții de livrare și garanție*, s-a impus: *Livrarea produselor se va face în următoarele condiții: (...) g) Garanția pentru bunurile livrate va de fi de min. 9 luni și va începe de la data recepției și până la data finalizării proiectului 26.12.2020.*

Contestatorul a menționat, pentru fiecare lot, în propunerea tehnică/*Declarație ofertă tehnică: termenul de garanție al produselor este de minim 9 luni însă nu mai târziu de data de 26.12.2020 (garanție);* aceeași informație se regăsește și în *Fișa tehnică*, inclusă în ofertă.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul constată eronată decizia de respingere a ofertei contestatorului, din cauza neacceptării, de către cel din urmă, a modificării art. 10.2 al contractului (perioada de garanție: *2 ani în loc de minim 9 luni, însă nu mai târziu de data de 26.12.2020*), întrucât propunerea tehnică a fost întocmită cu respectarea prevederilor caietului de sarcini, iar comisia de evaluare a considerat-o admisibilă și câștigătoare a procedurii.

Mai mult decât atât, chiar autoritatea contractantă a menționat în draftul de contract, publicat în SEAP:

5.2. Furnizorul va îndeplini obligațiile în condițiile stabilite prin prezentul contract, care include în ordinea enumerării, următoarele anexe:

- *acte adiționale, dacă părțile vor semna astfel de documente în timpul derulării contractului;*

- *caietul de sarcini - Anexa nr.1;*

- *propunerea tehnică și propunerea financiară depusă de către Furnizor - Anexa nr. 2.*

5.3. Orice contradicție ivită între documentele contractului se va rezolva prin aplicarea ordinei de prioritate stabilită la art. 5.2.

Așadar, prevederile caietului de sarcini și cele ale propunerii tehnice au prioritate, față de alte documente.

În fapt, prin intervenția sa din 25.03.2020, asupra perioadei de garanție, autoritatea contractantă obliga ofertantul să își modifice propunerea tehnică, din cauza neconcordanțelor din propria documentația de atribuire (caietul de sarcini versus modelul de contract). O corectare a informațiilor deja publicate în SEAP de către achizitor ar fi fost posibilă până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Astfel, la acest moment, prin schimbarea perioadei de garanție, menționată în caietul de sarcini, autoritatea contractantă aduce atingere principiilor transparenței și tratamentului egal, statuate la art. 2 alin. (2) lit. d) și b) din Legea nr. 98/2016, procedura de atribuire fiind supusă anulării, potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Lege.

Referitor la propunerile, din 25.03.2020, de modificare a clauzelor contractuale 11.2 și 13.2, contestatorului avea dreptul de a le înainta autorității contractante fie până la termenul limită de depunere a ofertelor, în baza art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 [*Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs*], fie odată cu oferta. La acest moment, nu poate fi analizată de către Consiliu ne/legalitatea acestor clauze, pentru că ar însemna să repună în termenul de contestare documentația de atribuire, respectiv să accepte o încălcare a dispozițiilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 [*În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP,*

data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.], față de momentul publicării documentației de atribuire-12.02.2020.

În realitate, demersul ambelor părți reprezintă o încercare de negociere a ofertei, după atribuirea contractului, prin Raportul procedurii din 18.03.2020, ceea ce constituie o încălcare a principiilor tratamentului egal și transparenței, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza C 131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A: *27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului [...].*

Așadar, draftul Contractului de furnizare nu poate fi modificat, nici în sensul cerut de achizitor și nici în cel propus de ofertant, întrucât, fiind modificări substanțiale ale documentației de atribuire, cele două acțiuni ar aduce atingere principiilor mai sus menționate.

Astfel, decizia de respingere a ofertei contestatorului este nelegală, acesta fiind conformă cu documentația de atribuire, cum, de altfel, a stabilit și autoritatea contractantă în Raportul procedurii din 18.03.2020.

Drept urmare, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația SRL și va anula Raportul procedurii din 01.04.2020, în integralitate.

Consiliul va obliga autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, din cauza imposibilității adoptării măsurilor de remediere, privitoare la perioada de garanție a produselor.

În ceea ce privește cererea contestatorului de obligare a autorității contractante să încheie contractul cu el, Consiliul o va respinge, ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, având în vedere imposibilitatea adoptării măsurilor de remediere a procedurii de atribuire, conform art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
cu majoritate de voturi ale membrilor completului,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația SRL formulată în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii din 01.04.2020, în integralitate.

Obligă autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, din cauza imposibilității adoptării măsurilor de remediere, privitoare la perioada de garanție a produselor.

Respinge, ca nefondată, cererea de obligare a autorității contractante să încheie contractul.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar opiniei majoritare, constat că oferta SRL, în mod corect, a fost respinsă ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât „conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.

În aprecierea acestei finalități, rețin următoarele modificări ale clauzelor contractuale, solicitate de contestatoare, la data de 25.03.2020:

- art. 10.2 din modelul de contract postat în SEAP la data de 12.02.2020: **„Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor este cea solicitată prin cererea de ofertă, respectiv până la data de 28.02.2023 (...);**

- art. 10.2 din modelul de contract cerut de autoritatea contractantă la data de 25.03.2020: **„Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor este de 2 ani (...);**

- art. 10.2 cerut de contestatoare la data de 25.03.2020: **„Perioada de garanție acordată produselor de Furnizor este de minim 9 luni, însă nu mai târziu de data de 26.12.2020 (...).**

Cu privire la acest aspect, constat că modificarea perioadei de garanție a produselor furnizate, din cuprinsul clauzelor contractuale, în sensul diminuării, de la 3 ani (până la data de 28.02.2023) la 2 ani, de către autoritatea contractantă, nu dezavantajează contestatoarea. Pe când modificarea perioadei de garanție a produselor furnizate, din cuprinsul clauzelor contractuale, solicitat de contestatoare, în sensul diminuării, de la 3 ani (până la data de 28.02.2023) la 9 luni (conform cerințelor caietului de sarcini), dezavantajează autoritatea contractantă.

- art. 11.2 din modelul de contract postat în SEAP la data de 12.02.2020: **„Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de 60 zile lucrătoare de la primirea facturii fiscale”;**

- art. 11.2 din modelul de contract cerut de autoritatea contractantă la data de 25.03.2020: Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor **în termen de 60 zile lucrătoare de la primirea facturii fiscale și a documentelor menționate la art. 8.2**";

- art. 11.2 cerut de contestatoare la data de 25.03.2020: „Beneficiarul are obligația de a efectua plata către Furnizor **în termen de 30 zile lucrătoare de la primirea facturii fiscale și a documentelor menționate la art. 8.2**".

Cu privire la acest aspect, constat că modificarea termenului de plată a facturii fiscale, solicitat de contestatoare, din cuprinsul clauzelor contractuale, în sensul diminuării, de la 60 de zile la 30 de zile, dezavantaja autoritatea contractantă.

- art. 13.2 din modelul de contract postat în SEAP la data de 12.02.2020: „În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ în termen de 30 de zile lucrătoare după termenul prevăzut în clauza 11.2, acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu **cota procentuală de 0,01% pe zi de întârziere** din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate **începând cu a 30-a zi lucrătoare** calculată după termenul prevăzut în clauza 11.2, **respectiv pentru zilele lucrătoare de întârziere calculate după a 91-a zi lucrătoare de la primirea facturii fiscale de către Beneficiar**. Penalitățile **nu vor putea depăși debitul** asupra cărora sunt calculate";

- art. 13.2 cerut de contestatoare la data de 25.03.2020: „În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile corespunzătoare produselor livrate și recepționate cantitativ și calitativ în termenul stipulat la art. 11.2, acesta este obligat să achite, ca penalități, o sumă echivalentă cu cota procentuală de **0,8% pe zi de întârziere** din valoarea facturii scadente și neachitate. Penalitățile se calculează pentru zilele de întârziere calculate **începând cu a 31-a zi** calculată după termenul prevăzut la art. 11.2. Penalitățile **vor putea depăși** debitul asupra cărora sunt calculate".

Cu privire la acest aspect, constat că modificarea cotei procentuale a penalităților de întârziere, de la 0,01% la 0,8%, zilei în care încep să calculeze penalitățile, precum și cuantumul acestora (depășirea debitului), solicitat de contestatoare, ar dezavantaja autoritatea contractantă.

Totodată, constat că, la solicitarea autorității contractante, contestatoarea a refuzat să renunțe la clauzele modificatoare propuse.

De altfel, apreciez că, față de prevederile documentației de atribuire, respectiv pct. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, aceste clauze contractuale nici nu mai puteau face obiectul vreunei modificări, după expirarea termenului limită de depunere a ofertelor, decât cu încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr 98/2016.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin . (6) din Legea nr. 101/2016, resping, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu