



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..

Data: ...

Prin contestația nr. 271/29.05.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 29191/30.05.2023 și, respectiv sub nr. 30069/07.06.2023, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ...6, reprezentată legal de director general Vasile Diaconescu și convențional prin ..., cu sediul profesional în ...și sediul ales și pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în i, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Achiziția a 10 tramvaie de aproximativ 18 metri destinate transportului public de călători*”, cod CPV 34622100-4, anunț de participare nr. ...in 17.05.2023, s-au solicitat următoarele:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în cuprinsul contestației, în vederea respectării principiilor legalității, liberei concurențe, tratamentului egal, al nediscriminării și al asigurării accesului nerestricționat al operatorilor economici interesați la procedura de atribuire.

Prin Încheierea nr. 1614/C5/1457 din 08.06.2023, Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de ...

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

Prin contestația depusă, ... critică documentația de atribuire elaborată de ... că modalitatea specifică și restrictivă de redactare a acesteia conduce la abateri grave de la principiul liberei concurențe, tratamentului egal, precum și de la principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, fiind restricționat accesul la procedură al operatorilor economici competitori.

I. O primă critică a petentei vizează factorul de evaluare nr. 2, care se regăsește în fișa de date a achiziției la punctul II.2.5, „Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor”, contestatoarea criticând următoarele aspecte:

- în cadrul documentației nu se precizează modalitatea prin care ofertantul trebuie să indice valoarea indicatorului „podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor”, nefiind inclus niciun formular anexat ofertei tehnice în acest sens;

- nu este precizată modalitatea în care un ofertant urmează să probeze valoarea ofertată pentru factorul respectiv, respectiv prin ce document justificativ concret (declarație pe proprie răspundere, extras din documentația tehnică, buletin de măsuri/teste emis de organism independent etc.) urmează a se proba realitatea valorii ofertate, precum și momentul la care trebuie prezentat respectivul document (la depunerea ofertei sau după declararea ofertei câștigătoare);

- factorul de evaluare nr. 2 nu este însoțit în mod corespunzător de prevederi ale documentației care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării algoritmului de alocare a punctajului pentru factorul respectiv de evaluare. Astfel autoritatea nu poate atesta conformitatea produselor ofertate cu criteriul stabilit prin factorul de evaluare.

Consideră că, în contextul celor expuse, autoritatea contractantă se află în situația de a dispune de o libertate de apreciere nelimitată a modului de alocare a punctajului aferent respectivului factor de evaluare, ceea ce reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 189 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, susține că, întrucât factorul de evaluare (însoțit de algoritmul de punctare aferent) nu este precizat în mod clar și detaliat în documentație, nu poate fi urmărit în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și, astfel, sunt încălcate dispozițiile art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

II. A doua critică a petentei vizează factorul de evaluare nr. 3, care se regăsește în fișa de date a achiziției la punctul II.2.5, „Consumul specific de energie de tracțiune – KWh/t x km”, prin prisma următoarelor aspecte:

- nicăieri în cadrul fișei de date nu se precizează modalitatea prin care ofertantul trebuie să indice valoarea indicatorului „consumul specific

de energie de tracțiune”, nefiind inclus niciun formular anexat ofertei tehnice în acest sens;

- nu este precizată modalitatea în care un ofertant urmează să probeze valoarea ofertată pentru factorul respectiv, respectiv prin ce document justificativ concret (declarație pe proprie răspundere, extras din documentația tehnică, buletin de măsuri/teste emis de organism independent etc.) urmează a se proba realitatea valorii ofertate, precum și când trebuie prezentat respectivul document (la depunerea ofertei sau după declararea ofertei câștigătoare);

- factorul de evaluare nr. 3 nu este însoțit în mod corespunzător de prevederi ale documentației care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării algoritmului de alocare a punctajului pentru factorul respectiv de evaluare. Astfel, autoritatea nu poate atesta conformitatea produselor ofertate cu criteriul stabilit prin factorul de evaluare;

În opinia contestatoarei, în absența acestor informații menționate, autoritatea contractantă se află în situația de a dispune de o libertate de apreciere nelimitată a modului de alocare a punctajului aferent respectivului factor de evaluare, caz ce reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 189 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, arată că, întrucât factorul de evaluare (însoțit de algoritmul de punctare aferent) nu este precizat în mod clar și detaliat în documentație, nu poate fi urmărit în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și astfel sunt încălcate dispozițiile art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

III. A treia critică a contestatoarei vizează factorul de evaluare nr. 4, care se regăsește în fișa de date a achiziției la punctul II.2.5, „Perioada de garanție extinsă”, aceasta criticând următoarele aspecte:

- pentru stabilirea punctajului acestui factor este acceptată arbitrar ofertarea a două valori distincte și independente (perioada în ani și numărul de km), astfel încât algoritmul de alocare a punctajului prezentat nu îndeplinește exigențele legale privind claritatea, proporționalitatea și nedistorsionarea rezultatului procedurii.

Exemplificând, petenta solicită Consiliului să verifice cum se atribuie punctajul pentru factorul nr. 4 (max. 10 pct.) în următoarea situație: se depun 3 oferte care conțin fiecare (pe lângă valoarea minimă acceptată a garanției - 3 ani și 180.000 km, ofertată de fiecare dintre cei trei ofertanți) și următoarele propuneri de garanție suplimentară - oferta A suplimentar 3 ani și 180.000 km, oferta B suplimentar 1 an și 180.000 km, oferta C suplimentar 3 ani și 1 km.

- din cauza distorsionării alocării punctajului prin utilizarea a două valori independente și incomparabile autoritatea contractantă este în situația de a utiliza un factor de evaluare care conduce la o libertate de apreciere nelimitată, caz ce reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 189 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;

- factorul de evaluare (însoțit de algoritmul de punctare aferent) nu este precizat în mod clar și detaliat în documentație, nu poate fi urmărit în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și astfel sunt încălcate dispozițiile art. 32 alin. (2) HG nr. 395/2016.

IV. A patra critică a contestatoarei vizează faptul că, în fișa de date a achiziției, la punctul II.3, autoritatea contractantă a stipulat că nu este permisă ajustarea contractului, precum și faptul că, în proiectul de contract (parte a documentației de atribuire), au fost inserate următoarele clauze:

„10. Ajustarea prețului contractului.

10.1. Pentru produsele livrate, plățile datorate de achizitor furnizorului sunt cele declarate în propunerea financiară, anexă la contract, iar prețul contractului nu poate fi majorat sau actualizat.

10.2. Prețul contractului este ferm pe toată durata derulării acestuia și nu se actualizează, excepție fiind situațiile reglementate de prevederile art. 164, al 4 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016”.

În opinia contestatoarei, aceste prevederi reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 222² din Legea nr. 98/2016, care, la procedurile de atribuire de furnizare de produse cu o durată a contractului mai mare de 24 luni (în cazul de față durată contractului este de 61 de luni), impun introducerea în documentație și în proiectul de contract a modului concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

V. Criticile următoare ale vizează clauzele contractuale introduse de autoritatea contractantă în modelul de contract de furnizare (parte integrantă a documentației de atribuire).

V.1. Încetarea contractului prin atingere la termen.

Contestatoarea menționează că proiectul de contract (parte a documentației de atribuire), prevede următoarele:

„Durata de valabilitate a contractului - intervalul de timp în care prezentul contract produce efecte, respectiv de la data intrării în vigoare a contractului și până la epuizarea convențională, legală sau stabilită de instanța de judecată a oricărui efect pe care îl produce. Durata contractului este egală cu durata de furnizare a produselor, dacă aceasta din urmă este neîntreruptă. Durata contractului este mai mare decât durata reală de furnizare a produselor, dacă aceasta din urmă se întrerupe, din orice motiv, caz în care durata contractului cuprinde și intervalele de timp în care furnizarea Produselor este suspendată sau prelungită. Durata de furnizare a produselor nu poate depăși, ca termen, limita termenului la care expiră durata contractului. Contractul este considerat finalizat atunci când contractantul:

- a realizat toate activitățile stabilite prin contract și a prezentat toate rezultatele, astfel cum este stabilit în propunerea sa și în contract,*
- a remediat eventualele neconformități care nu ar fi permis utilizarea produselor de către autoritatea/entitatea contractantă, în*

vederea obținerii beneficiilor anticipate și îndeplinirii obiectivelor comunicate prin caietul de sarcini;

5.1. Durata prezentului contract începe de la data intrării în vigoare și se finalizează la data de sau, după caz, la data îndeplinirii obligațiilor contractuale în sarcina părților. (...)

32.1 Prezentul contract încetează de drept de la data intrării în vigoare și se finalizează la data de sau, după caz, la data îndeplinirii obligațiilor contractuale în sarcina părților”.

Petenta apreciază că prevederile din contract privind încetarea la termen, respectiv finalizarea acestuia la o dată fixă, completată în propunerea de contract la semnare, sunt incompatibile atât cu definiția duratei de valabilitate a contractului, cât și cu natura unui contract de furnizare de produse, așa cum este reglementat de Codul civil.

Subliniază faptul că, în cazul unui contract de furnizare, esențială nu este durata de la intrarea în vigoare, ci manufacturarea, livrarea, recepția și transferul dreptului de proprietate de la furnizor la beneficiar asupra fiecărui dintre produsele ce intră în obiectul contractului, iar, ulterior, acordarea serviciilor de întreținere/reparație convenite.

În mod concret, arată că intervenția oricăror cauze ce prorogă termenul de livrare a unui produs, fie din cazuri fortuite ori de forță majoră (întârzieri generate pe lanțul de aprovizionare cu piesele componente ori întârzieri la transport), fie din cazuri imputabile furnizorului (întârzieri în producție), fie din cazuri imputabile beneficiarului (întârzieri în recepție ori testare), fac ca data fixă precizată la semnarea contractului să nu mai producă efecte juridice deoarece toate celelalte termene urmează a se proroga (inclusiv perioada de garanție extinsă) și nu este de conceput încetarea contractului la o dată anterioară datei finalizării îndeplinirii tuturor obligațiilor părților, indiferent care va fi acel moment.

Conchide că inserarea în contract a unei clauze de încetare prin atingerea la termen (însoțită de o dată fixă de finalizare a duratei) reprezintă o încălcare a specificului contractului de furnizare, precum și o încălcare a principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

V.2. Rezilierea contractului.

Contestatoarea menționează că proiectul de contract (parte a documentației de atribuire), prevede următoarele:

„32.2. Autoritatea/entitatea contractantă își rezervă dreptul de a rezoluționa/rezilia contractul, fără însă a fi afectat dreptul părților de a pretinde plata unor daune sau alte prejudicii, dacă:

a) Contractantul nu se conformează, în perioada de timp, conform notificării emise de către autoritatea/entitatea contractantă, prin care i se solicită remedierea neconformității sau executarea obligațiilor care decurg din prezentul contract;

b) Contractantul subcontractează părți din contract, fără a avea acordul scris al autorității/entității contractante;

c) Contractantul cesionează drepturile și obligațiile sale fără acordul scris al autorității/entității contractante;

d) Contractantul înlocuiește personalul/expertii nominalizați fără acordul autorității/entității contractante;

e) Are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul contractantului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt realizate prin act adițional la prezentul contract, cu respectarea dispozițiilor legale;

f) Devin incidente oricare alte incapacități legale care să împiedice executarea contractului;

g) Contractantul eșuează în a furniza/mentține/prelungi/reîntregi/completa garanțiile ori asigurările solicitate prin contract;

h) În cazul în care, printr-un act normativ, se modifică interesul public al autorității/entității contractante în legătură cu care se furnizează produsele care fac obiectul contractului;

i) La momentul atribuirii contractului, contractantul se afla în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire;

j) În situația în care contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit contractantului, deoarece au fost încălcate grav obligațiile care rezultă din legislația europeană relevantă, iar această împrejurare a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene;

k) În cazul în care împotriva contractantului se deschide procedura falimentului;

l) Contractantul a săvârșit nereguli sau fraude în cadrul procedurii de atribuire a contractului sau în legătură cu executarea acestuia, ce au provocat o vătămare autorității/entității contractante;

m) Valorificarea de către autoritatea/entitatea contractantă a rezultatelor prezentului contract este grav compromisă ca urmare a întârzierii prestațiilor din vina contractantului. (...).

32.4. Rezoluțiunea/Rezilierea contractului în condițiile art. 32.2 și art. 32.3 intervine cu efecte depline, fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități prealabile și fără a mai fi necesară intervenția vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale”.

De asemenea, contestatoarea arată că lit. e), f), h) și k) ale art. 32.2 nu pot fi imputate furnizorului, aceste cauze de reziliere reprezentând o încălcare a dispozițiilor art. 1547, art. 1549 și art. 1555-1557 din Codul civil.

Autoarea contestației învederează faptul că dispozițiile Codului civil privind rezilierea stabilesc foarte clar că rezilierea este o sancțiune pentru încălcarea obligațiilor dintr-un contract, aplicabilă exclusiv în situația în care încălcarea se produce din culpa părții în cauză, și doar dacă nu a intervenit niciunul dintre cazurile de exonerare a răspunderii prevăzute de lege.

Menționează că art. 1547 din Codul civil stabilește că debitorul este ținut să repare prejudiciul cauzat cu intenție sau din culpă. Art. 1549 din

Codul civil prevede că dacă nu cere executarea silită a obligațiilor contractuale, creditorul are dreptul la rezoluțiunea sau, după caz, rezilierea contractului, precum și la daune-interese, dacă i se cuvin. Art. 1555 - 1557 din Codul civil reglementează cazurile justificate de neexecutare a obligațiilor contractuale.

Pentru aceste motive, apreciază că menținerea lit. e), f), h) și k) printre cauzele de reziliere reprezintă o încălcare a dispozițiilor legale aplicabile.

O altă critică a petentei vizează faptul că art. 32.2 lit. a) din proiectul de contract prevede rezilierea contractului de către autoritatea contractantă pentru încălcarea oricărei obligații, fără luarea în considerare a gravității încălcării, a caracterului principal sau accesoriu al obligației ori a existenței culpei.

Susține că actuala formulare a art. 32.2 lit. a) încalcă atât principiul tratamentului egal (favorizând în mod nejustificat autoritatea în raport cu furnizorul, deoarece doar încălcarea de către furnizor a unor obligații declanșează rezilierea, nu și încălcarea de către autoritate a propriilor obligații), precum și principiul proporționalității (nu orice încălcare trebuie să ducă la reziliere, ci doar încălcările grave a unor obligații principale).

Pentru aceste motive, contestatoarea consideră că păstrarea în actuala formulare a art. 32.2 lit. a) în proiectul de contract reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

O altă critică a petentei vizează faptul că procedura de reziliere prevăzută la art. 32.4 din proiectul de contract încalcă atât principiul tratamentului egal (favorizând în mod nejustificat autoritatea în raport cu furnizorul, deoarece doar încălcarea de către furnizor a unor obligații declanșează rezilierea automată, nu și încălcarea de către autoritate a propriilor obligații), precum și principiul proporționalității (pe de o parte nu orice încălcare trebuie să ducă la reziliere, ci doar încălcările grave a unor obligații principale, iar, pe de altă parte, aplicarea directă a sancțiunii încetării contractului, fără notificare și fără intervenția instanței de judecată este o măsură disproportionată și abuzivă, având în vedere că orice contract complex poate avea sincope în executare dar acestea se pot remedia și compensa prin penalități și daune, rezilierea trebuind să rămână o măsură de ultim resort iar nu o consecință automată a

Afirmă că, pentru aceste motive, păstrarea art. 32.4 în proiectul de contract reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele expuse, ... solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în cuprinsul contestației, în vederea respectării principiilor liberei concurențe, tratamentului egal, al nediscriminării, și al asigurării accesului nerestricționat la procedură al operatorilor economici competitori.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 și art. 22 din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale invocate în prezenta cauză.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr./06.06.2023, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 220.000 lei, cu precizarea că aceasta se va constitui conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

.... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209211551/1, în cuantum de 220.000,00 lei, eliberată de CEC Bank Unitatea Victoriei, la data de 07.06.2023, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 30432/07.06.2023.

Prin punctul de vedere nr. 110265/06.06.2023, înregistrat la CNSC cu nr. 30268/09.06.2023, ... a solicitat ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună respingerea, în tot, a contestației depuse de, ca nefondată, și menținerea documentației de atribuire publicată în cadrul anunțului de participare aferent achiziției inițiate de autoritatea contractantă, modificată (completată/corectată) cu clarificările/răspunsurile consolidate, formulate din oficiu/la solicitările adresate în perioada de ofertare de către potențialii operatori economici interesați și, după caz, măsurile de remediere adoptate în procedură.

Autoritatea contractantă susține că cerințele specifice din cadrul documentației de atribuire sunt exprimate cu suficientă claritate, sunt nerestrictive, operatorii economici beneficiind de toate premisele depunerii unei oferte conforme.

În opinia sa, criticile aduse de către petentă documentației de atribuire sunt aluzive și se referă la interpretări proprii sau, cel mult, la aspecte care necesită clarificări ori informații edificatoare suplimentare, acestea nefiind de natură să prejudicieze în vreun fel interesele participanților la procedura de atribuire.

1. Referitor la criticile care vizează factorii de evaluare nr. 2 și nr. 3 „*Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor*” și „*Consumul specific de energie de tracțiune – KWh/t x km*”, autoritatea contractantă învederează faptul că societatea contestatoare reclamă aceleași aspecte, respectiv:

(i) „*neprecizarea modalității prin care ofertantul trebuie să indice valoarea indicatorului (...), nefiind inclus niciun formular anexat ofertei tehnice în acest sens*”, sens în care susține că documentația de atribuire este suficient de clară, respectiv:

- în secțiunea IV.4.1. din fișa de date a achiziției, la punctul 1, se precizează, în mod explicit, faptul că: „Oferta tehnică va respecta întocmai cerințele din caietul de sarcini care sunt minime și obligatorii. (...) Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu cerințele din caietul de sarcini. Operatorii economici vor prezenta propunerea tehnică, astfel încât să permită identificarea cu ușurință a corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile minime din caietul de sarcini. În acest sens, ofertanții vor completa punctual, explicit, formularul de Propunere tehnică (publicat în cadrul documentației de atribuire cu denumirea, detaliind caracteristicile tehnice ale produselor oferite conform caietului de sarcini.

Se vor indica regulamentele, standardele tehnice etc. utilizate drept bază a construcției, producerii și testării tramvaielor.

În cazul în care pentru susținerea cerinței caietului de sarcini este necesară prezentarea unor documente edificatoare (spre exemplificare: descrierea unor procese tehnologice sau tehnologii specifice, detalierea caracteristicilor tehnice ale produselor oferite, prezentarea de fișe tehnice, garanție, descrieri/fotografii/cataloge, manuale de utilizare, desene, schițe amplasare scaune etc., conform cerințelor cuprinse în Caietul de sarcini), ofertanții vor atașa anexe la Formularul de propunere tehnică (denumite sugestiv pentru o identificare facilă), cu indicarea concretă a acestora în formularul de propunere tehnică (respectiv: nr. anexa, nr. pag.).

- în Formularul de Propunere tehnică publicat în cadrul documentației de atribuire sunt înscrise cerințele minime preluate punctual din Caietul de sarcini, fiind alocate secțiuni aferente „Modalității de îndeplinire și observațiilor pe care ofertanții le consideră necesare pentru caracteristica tehnică” vizată care constituie totodată și componentă tehnică a factorilor de evaluare, astfel:

❖ Cerințele care vizează «Podeaua joasă (...)» sunt definite la punctele 63 și 170 din Formular”;

❖ Cerințele care vizează «Consumul specific de energie (...)» sunt definite la punctele 6, 13, 143 și 144 din Formular.

Achizitoarea subliniază faptul că modalitatea de îndeplinire a cerinței este indicată de fiecare ofertant în parte, conform specificațiilor tehnice ale produselor oferite, tot aceștia fiind și cei care aleg să prezinte documentele edificatoare în susținerea cerinței caietului de sarcini, astfel cum a fost solicitat prin fișa de date.

Autoritatea contractantă precizează că, întrucât specificațiile/cerințele tehnice minime impuse prin documentația de atribuire criticate (caiet de sarcini și fișa de date), care sunt în legătură cu factorul de evaluare, sunt detaliate în Formularul de propunere tehnică și includ atât secțiuni narative prin care se precizează elementele concrete de apreciere a propunerilor tehnice, cât și exemplificarea de documente probante în raport cu care urmează să se verifice efectiv informațiile

furnizate de către ofertanți, documentația de atribuire este suficient de edificatoare (conține atât cerința minimă a autorității cât și modalitatea de îndeplinire).

(ii) neprecizarea modalității prin care un ofertant urmează să probeze valoarea ofertată pentru factorul respectiv, și anume prin ce document justificativ concret (declarație pe proprie răspundere, extras din documentația tehnică, buletin de măsuri/teste emis de organism independent etc.) urmează a se proba realitatea valorii oferite, precum și când trebuie prezentat respectivul document (la depunerea ofertei sau după declararea ofertei câștigătoare).

Achiziția arată că, în baza celor precizate la punctul i), documentele prezentate în susținere se vor atașa propunerii tehnice, ofertanții fiind cei care decid asupra tipului de document în funcție de situația concretă (spre exemplificare: dacă se ofertează un produs existent/deja testat se pot atașa documente care certifică specificațiile tehnice oferite; dacă se ofertează un produs nou, ofertanții vor înscrie în ofertă caracteristicile tramvaiului pe care se obligă să-l furnizeze). Conform prevederilor art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire.

Consideră astfel că, prin depunerea unei propuneri tehnice conforme cu cerințele autorității din documentația de atribuire, ofertantul se obligă să livreze produsul în cauză, conform clauzelor contractuale asumate (propunerea tehnică prezentată, inclusiv, dacă este cazul, clarificările din perioada de evaluare - constituind anexa la contractul de furnizare).

În opinia sa, întrebarea contestatoarei cu privire la momentul prezentării documentelor care atestă modalitatea îndeplinirii cerințelor vizate poate fi considerată, cel puțin, tendențioasă, „acesta încercând să creeze confuzie cu privire la momentele de prezentare a diferitelor documente solicitate prin documentația de atribuire”.

Afirmă că, fiind vorba despre aprecierea factorilor de evaluare, este de la sine înțeles că documentele prezentate în susținere trebuie depuse odată cu oferta (conform solicitării din documentația de atribuire), iar ceea ce se depune până la data livrării primului tramvai este unul dintre următoarele documente:

a) omologarea în România (dacă legislația din România cere acest lucru, în momentul încheierii contractului sau oricând pe durata perioadei de garanție), pentru transportul urban și suburban de călători cu acționare electrică și a tuturor componentelor și echipamentelor acestora;

b) agreementul tehnic feroviar din partea AFER România, care atestă faptul că tramvaiul îndeplinește toate condițiile pentru utilizare în domeniul transportului urban pe șine în România.

iii) aflarea autorității în situația de a dispune de o libertate de apreciere nelimitată a modului de alocare a punctajului aferent respectivului factor de evaluare și neprecizarea clară și detaliată în documentație a factorului de evaluare (însoțit de algoritmul de punctare aferent).

Autoritatea contractantă învederează Consiliului că fiecare dintre cei doi factori de evaluare criticați (respectiv: „Podeaua joasă pe toata suprafața de transport a călătorilor” și „Consumul specific de energie de tracțiune - KWh/t x km”) au fost descriși cu suficientă acuratețe în cuprinsul documentației de atribuire (secțiunea II.2.5 „Criterii de atribuire” din fișa de date și conținutul caietului de sarcini), iar alocarea punctajului fiecăruia dintre factori se face în baza unui algoritm clar specificat.

Drept urmare, conchide că toate criticile contestatorului cu privire la cei doi factori de evaluare sunt nefondate, vizează aprecieri lipsite de obiectivitate și denotă o parcurgere superficială a conținutului întregii documentații de atribuire.

2. Referitor la criticile care vizează factorul de evaluare nr. 4 „Perioada de garanție extinsă”, achizitoarea susține că, și în acest caz, contestatoarea face aprecieri prin care insinuează nerespectarea anumitor prevederi legale, dând propria interpretare cerințelor autorității, astfel:

- în documentația de atribuire se precizează explicit: *„Conform caietului de sarcini, garanția funcționării tramvaielor: minim 180.000 km sau minim 3 ani (care condiție se îndeplinește prima), de la data Certificatului de fiabilitate. (...) Numărul minim de ani pentru garanția extinsă, care va fi punctat este de 1 an suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 60.000 km, iar numărul maxim este de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km”;*

- perioada de garanție care poate fi ofertată de fiecare operator economic interesat este specificată cu claritate, fiind menționate valorile factorului pentru care se acordă punctaj, respectiv multiplu de an întreg sau 60.000 km, corespondența indicată fiind una evidentă (respectiv, 1 an sau 60.000 km);

- operatorii economici interesați au libertatea de a oferta o perioadă de garanție, fie în ani, fie în km, fie ambele - dar numai cu asigurarea proporționalității indicate în documentație 1an/60.000 km).

- exemplele date sunt unele neconforme cerințelor autorității. A se vedea faptul că propunerile de garanție sunt definite în număr de ani și km cu toate că cerința din documentație este una explicită, respectiv: număr de ani sau km.

Prin urmare, achizitoarea apreciază că, și în acest caz, critica autoarei contestației cu privire la factorul de evaluare este nefondată, claritatea descrierii factorului de evaluare și a algoritmului de punctare fiind de netăgăduit.

3. În ceea ce privește critica petentei referitoare la ajustarea prețului, respectiv faptul că, prin documentația de atribuire, s-a precizat explicit că prețul contractului nu se ajustează, cu toate că, pentru contractele cu o durată mai mare de 24 de luni, legislația specifică impune introducerea în documentație și în proiectul de contract a modului concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, achizițarea consideră că, și în acest caz, se încearcă prezentarea aspectului referitor la ajustare, extrăgând din documentația de atribuire numai aspectele care convin societății contestatoare, fiind excluse toate celelalte precizări corespondente, astfel:

- în secțiunea II.1.3 a fișei de date s-a menționat că tipul contractului este de furnizare;

- în secțiunea II.1.4 a fișei de date s-a specificat, cu suficientă acuratețe, faptul că durata contractului este de 61 de luni de la semnarea acestuia de ambele părți (durată rezultată din: termen livrare = max. 22 luni (conform cap. XVII din caietul de sarcini); perioadă teste de recepție = max. 1 lună (conform subcap. 3.2.4 din caietul de sarcini); perioadă teste de fiabilitate = 2 luni (conform subcap. 3.2.5 din caietul de sarcini); perioadă de garanție = min. 36 luni (conform subcap. 3.2.6 din caietul de sarcini);

- în modelul de contract publicat, la capitolul 1 „Definiții” se precizează explicit faptul că durata de valabilitate a contractului este intervalul de timp în care contractul produce efecte, respectiv de la data intrării în vigoare a contractului și până la epuizarea convențională, legală sau stabilită de instanța de judecată a oricărui efect pe care îl produce. Durata contractului este egală cu durata de furnizare a produselor, dacă aceasta din urmă este neîntreruptă. Durata contractului este mai mare decât durata reală de furnizare a produselor (...).

Mai evidențiază autoritatea contractantă următoarele:

- faptul că termenul de livrare maxim acceptat (conform documentației de atribuire) este de 22 luni;

- perioada pe parcursul căreia contractul produce efecte juridice este de 61 de luni;

- perioada de 39 de luni care excede termenului de livrare este alcătuită din perioade de timp alocate unor activități asumate prin oferta depusă, incluse în prețul oferit pentru fiecare produs în parte, care nu implică solicitarea unor plăți suplimentare după facturarea tramvaielor livrate.

Concluzionează că, având în vedere aspectele menționate și întrucât contractul în cauză este unul eminamente de furnizare, iar perioada de livrare este de maxim 22 de luni, nu există motive temeinice care să impună includerea clauzei de ajustare a prețului contractului în condițiile prevederilor art. 222² din Legea nr. 98/2016, invocate de către contestator.

4. În ceea ce privește critica referitoare la încetarea contractului prin atingere la termen, organizatoarea procedurii consideră că includerea acestei critici în cuprinsul unei contestații este, dincolo de toate aspectele invocate, una excesivă, deoarece:

- în cuprinsul documentației de atribuire (secțiunea IV.4.1, pct. 6, din fișa de date) se precizează explicit faptul că: „Eventualele propuneri cu privire la clauzele contractului (...) se vor formula în scris sub forma de clarificări, înainte de depunerea ofertei în format electronic, în secțiunea „întrebări”;

- ofertantul însuși a inclus acest aspect și în cadrul solicitării de clarificări adresată autorității contractante în data de 29.05.2023, ora 17:03;

Astfel, consideră că aspectele criticate de către contestatoare în legătură cu apariția unor posibile cauze care conduc la prorogarea termenului de livrare vizează cazuri care trebuie susținute și demonstrate din punct de vedere legal la momentul apariției și invocării lor de către una din părți. Acest lucru nu poate fi prevăzut la data semnării contractului, dar condițiile în care se procedează în asemenea situații, inclusiv modificarea contractului prin acte adiționale, sunt deja reglementate în conținutul contractului.

Învederează faptul că eventualele situații de acest gen nu pot lipsi, la data semnării contractului, acest act juridic de una din prevederile sale cele mai importante ce derivă din condițiile caietului de sarcini și din oferta câștigătorului procedurii, și anume, termenul de livrare ferm și legal.

5. În ceea ce privește critica referitoare la rezilierea contractului, autoritatea contractantă apreciază că, și în acest caz, includerea acestei critici în cuprinsul unei contestații este, dincolo de toate aspectele invocate, una excesivă, deoarece:

- în cuprinsul documentației de atribuire (secțiunea IV.4.1, pct. 6, din fișa de date) se precizează explicit faptul că: eventualele propuneri cu privire la clauzele contractului (...) se vor formula în scris sub forma de clarificări, înainte de depunerea ofertei în format electronic, în secțiunea „întrebări”;

- ofertantul însuși a inclus acest aspect și în cadrul solicitării de clarificări adresată autorității în data de 29.05.2023, ora 17:03;

Totodată, precizează că situațiile, prevăzute drept cauze de rezoluționare/reziliere a contractului de art. 32.2 sunt ipotetice și trebuie să îndeplinească anumite condiții pentru a produce respectivele efecte juridice.

Mai mult, arată că producerea oricăreia din acestea, pune autoritatea publică în imposibilitatea de a rămâne în relație contractuală cu furnizorul, singura sancțiune aplicabilă fiind aceea a rezoluționării/rezilierii contractului.

În contradictoriu cu susținerile petentei, apreciază că echilibrul contractual și principiile tratamentului egal și proporționalității sunt

respectate întrucât conținutul clauzelor criticate referitoare la reglementarea aspectelor posibile de rezoluțiune/reziliere a contractului (în speța situațiile menționate la lit. e), f), h), k) ale clauzei 32.2 din contract) reprezintă tot atâtea situații care împiedică continuarea derulării contractului.

Referitor la prevederile contractuale, achizitoarea subliniază faptul că modelul de contract publicat în cadrul documentației de atribuire conține capitolul 33 „Amendamente”, conform căruia: *„Părțile contractante au dreptul, pe durata îndeplinirii contractului, de a conveni modificarea clauzelor contractului, prin act adițional, numai în condițiile prevăzute de art. 221-222 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”*.

Drept urmare, în legătură cu aspectele criticate la paragrafele (11)-(45) din cuprinsul contestației, ... solicită Consiliului „să constate și să rețină faptul că documentația de atribuire publicată în cadrul anunțului de participare conține precizări explicite, care, în condiții normale de obiectivitate, nu lasă loc la interpretări, iar demersul contestatoarei poate fi considerat drept o simplă încercare de impunere a prorogării de termen de depunere a ofertelor cu, cel puțin, perioada de soluționare a prezentei contestații”.

Subliniază faptul că toată această argumentație, care face trimitere la cerințe din documentația de atribuire (fișa de date, caiet de sarcini, modele de formulare), este susținută de reglementările cadrului legal aplicabil în materie (astfel cum au fost ele menționate mai sus).

În concluzie, apreciază că documentația de atribuire respectă, în totalitate, principiile legislației în vigoare privind achizițiile publice.

Pentru toate considerentele de fapt și de drept prezentate anterior, achizitoarea solicită Consiliului admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016 și ale Legii 98/2016, precum și prevederile altor acte normative incidente în prezenta cauză.

Prin adresa nr. 110317/06.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 30949/09.06.2023, autoritatea contractantă a depus, în copie certificată, o parte din documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 31394/1457/C5/12.06.2023, Consiliul a solicitat contestatoarei ... să transmită eventualele susțineri față de punctul de vedere al autorității contractante comunicat prin adresa nr. 110265/06.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 30268/ 07.06.2023.

Până la data emiterii prezentei decizii, contestatoarea nu a formulat un răspuns la solicitarea CNSC.

Prin adresa nr. 112120/08.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 31409/12.06.2023, în completarea punctului de vedere transmis cu adresa nr. 110265/06.06.2023, ... a precizat următoarele:

- toate aspectele criticate în cuprinsul contestației au fost incluse și în cadrul solicitării de clarificări adresată autorității contractante în data

de 29.05.2023, ora 17.00 de către contestatoare (Solicitarea de clarificări nr. 107060/2023 – parte a dosarului achiziției, pag. 327-324, întrebările/ clarificările nr. 1, 2, 3, 4, 60 și 61);

- ulterior depunerii contestației, au fost primite și alte solicitări de clarificări, acestea fiind atașate în completarea dosarului achiziției, astfel că autoritatea contractantă va răspunde în perioada imediat următoare tuturor acestor întrebări adresate de operatorii economici interesați;

- pentru încadrarea în termenele procedurale de răspuns conform documentației de atribuire, având în vedere numărul mare de clarificări adresate, autoritatea contractantă a mai inițiat o erată de prelungire a termenului limită pentru primirea ofertelor cu încă 7 zile, respectiv, până la data de 11.07.2023, ora 15.00.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de furnizare având ca obiect „Achiziția a 10 tramvaie de aproximativ 18 metri destinate transportului public de călători”, cod CPV 34622100-4, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 26.06.2023, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 98.454.000 lei.

Prin anunțurile de tip erată EN 1046056/29.05.2023 și EN 1046335/10.06.2023, autoritatea contractantă a decalat termenul limită pentru primirea ofertelor, inițial, la data de 04.07.2023, ora 15:00, iar ulterior la data de 11.07.2023.

În cadrul contestației, ... a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în raport de criticile din contestație.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată de Consiliu prin Încheierea nr. 1614/C5/1457 din data de 08.06.2023, fiind respinsă ca nefondată.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 2023, eliberată de CEC BANK – Sucursala Victoria, în sumă de 220.000 RON.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prima critică a contestatoarei vizează factorul de evaluare nr. 2, care se regăsește în fișa de date a achiziției la punctul II.2.5, „*Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor*”.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că pentru atribuirea prezentului contract a fost ales criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț”, stabilirea ofertei câștigătoare urmând a se realiza prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare, după cum urmează:

- componenta financiară - Prețul total al ofertei – 60 de puncte;
- componenta tehnică:
 - Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor – 10 puncte;
 - Consumul specific de energie de tracțiune - KWh/t x km – 10 puncte;
 - Perioada de garanție extinsă – 10 puncte;
 - Perioada de livrare mai rapidă – 10 puncte.

În cadrul fișei de date a achiziției, la punctul II.2.5 Criterii de atribuire, în referire la factorul de evaluare „*Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor*”, se regăsesc următoarele mențiuni:

„Componenta tehnică: Prin obținerea unui model de tramvai cu podeaua complet coborâtă se asigură o mai bună utilizare, acces și mobilitate în interiorul vagonului, concomitent cu o creștere a gradului de confort.

Conform caietului de sarcini procentul de înclinație al pantei podelei maxim acceptat în zona boghiurilor este de 8%. Ofertele care prezintă o înclinație a pantei de peste 8% sunt declarate neconforme.

Algoritm de calcul: Pentru ofertele ce conțin podeaua complet coborâtă (0% înclinație), se acordă un punctaj maxim de 10 puncte.

Pentru ofertele ce conțin podeaua coborâtă, dar cu o pantă cu înclinație cuprinsă între 0,1% și 7,9% înclinație, se acordă punctaj după cum urmează:

- *pentru o înclinație mai mare de 0% dar mai mică sau egală cu 2% se acordă 8 puncte;*
- *pentru o înclinație mai mare de 2% dar mai mică sau egală cu 4% se acordă 6 puncte;*
- *pentru o înclinație mai mare de 4% dar mai mică sau egală cu 6% se acordă 4 puncte;*
- *pentru o înclinație mai mare de 6% dar mai mică decât 8% se acordă 2 puncte;*

Pentru ofertele ce conțin podeaua coborâtă, dar cu o pantă cu înclinație de 8%, nu se acordă punctaj”.

În Strategia de contractare nr. 97882/16.05.2023, se regăsesc următoarele mențiuni cu privire la factorul de evaluare „*Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor*”:

„Prin obținerea unui model de tramvai cu podeaua complet coborâtă se asigură o mai bună utilizare, acces și mobilitate în interiorul vagonului, concomitent cu o creștere a gradului de confort. Conform caietului de sarcini procentul de înclinație al pantei podelei maxim

acceptat în zona boghiurilor este de 8%. Ofertele care prezintă o înclinație a pantei de peste 8% sunt declarate neconforme.

Algoritm de calcul:

Pentru ofertele ce conțin podeaua complet coborâtă (0% înclinație), se acordă un punctaj maxim de 10 puncte.

Pentru ofertele ce conțin podeaua coborâtă, dar cu o pantă cu înclinație cuprinsă între 0,1% și 7,9% înclinație, se acordă punctaj după cum urmează:

- pentru o înclinație mai mare de 0% dar mai mică sau egală cu 2% se acordă 8 puncte;
- pentru o înclinație mai mare de 2% dar mai mică sau egală cu 4% se acordă 6 puncte;
- pentru o înclinație mai mare de 4% dar mai mică sau egală cu 6% se acordă 4 puncte;
- pentru o înclinație mai mare de 6% dar mai mică decât 8% se acordă 2 puncte;

Pentru ofertele ce conțin podeaua coborâtă, dar cu o pantă cu înclinație de 8%, nu se acordă punctaj.

(...)

Referitor la factorul «Podeaua joasă pe toată suprafața de transport a călătorilor»:

În caietul de sarcini la capitolul 11.4.4 - Podeaua tramvaiului se precizează explicit: Podeaua trebuie să fie joasă, fără trepte sau praguri.

În ultimii ani, operatorii de transport public împreună cu marile firme producătoare de material rulant de acest tip au implementat noi concepte în ceea ce privește structura tramvaielor și modul de amenajare a spațiului interior pentru călători.

Una din problemele importante ce au apărut în proiectarea tramvaielor moderne a fost construcția unei podele cu o înălțime cât mai apropiată față de nivelul peroanelor. Rata de urcare și coborâre a călătorilor fiind mai ridicată față de trenuri, au fost adoptate structuri cu o podea coborâtă. Eliminându-se astfel treptele de acces în interiorul tramvaiului, crește gradul de acces și confort la îmbarcarea/debarcarea pasagerilor și în timpul călătoriei, mai ales în timpul orelor de vârf, când vehiculele sunt foarte aglomerate.

Astfel au apărut tramvaiele cu podea joasă, denumite low floor trams (LF). Acestea se fabrică în prezent în două variante constructive, cu podea parțial joasă (cu trepte în zona boghiurilor și articulațiilor) sau cu podea complet joasă sau 100% joasă (la același nivel pe toată lungimea vehiculului).

Printre avantajele multiple pe care le prezintă tramvaiele cu podea 100% joasă se numără confortul sporit pentru călător, viteza de îmbarcare-debarcare crescută, capacitatea mai mare de transport și nu în ultimul rând facilitatea accesului pentru persoanele cu deficiențe locomotorii sau în scaune cu rotile. De asemenea, în cazul acestor

vehicule se poate crește numărul de uși pentru acces, lucru foarte important în zonele aglomerate din marile orașe.

Acest factor conduce la o creștere a capacității de transport (nr. de călători), fapt care are drept rezultat direct creșterea încasărilor și, respectiv, scăderea compensației care trebuie achitată de la bugetul local pentru prestarea serviciului public, rezultând astfel economii”.

Analizând Fișa de date a achiziției, Consiliul reține că la punctul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„1. (...) Oferta tehnică vă respecta întocmai cerințele din Caietul de sarcini care sunt minime și obligatorii. Propunerea tehnică nu va fi o copie a Caietului de sarcini, ci va reprezenta corespondența ofertei cu caietul de sarcini. Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu cerințele din Caietul de sarcini.

Operatorii economici vor prezenta propunerea tehnică astfel încât să permită identificarea cu ușurință a corespondentei propunerii tehnice cu specificațiile minime din caietul de sarcini. În acest sens, ofertanții vor completa punctual, explicit, formularul de Propunere tehnică (publicat în cadrul documentației de atribuire cu denumirea FORMULAR PROPUNERE TEHNICA), detaliind caracteristicile tehnice ale produselor oferite conform caietului de sarcini.

Se vor indica regulamentele, standardele tehnice etc. utilizate drept baza a construcției, producerii și testării tramvaielor.

În cazul în care, pentru susținerea cerinței caietului de sarcini este necesară prezentarea unor documente edificatoare (spre exemplificare: descrierea unor procese tehnologice sau tehnologii specifice, detalierea caracteristicilor tehnice ale produselor oferite, prezentarea de fișe tehnice, garanție, descrieri/ fotografii/cataloge, manuale de utilizare, desene, schițe amplasare scaune etc., conform cerințelor cuprinse în Caietul de sarcini), ofertanții vor atașa anexe la Formularul de propunere tehnică (denumite sugestiv pentru o identificare facilă), cu indicarea concretă a acestora în formularul de propunere tehnică (respectiv: nr. anexa, nr. pag.).

Toate documentele ofertei vor fi prezentate în copie lizibilă.

Documentele prezentate în altă limbă decât cea română vor fi însoțite de traducerea autorizată în limba română.

Produsele oferite vor fi noi (Ofertantul va prezenta o Declarație pe propria răspundere – format propriu, prin care se angajează să livreze produse (tramvaie) noi, neutilizate, de ultimă generație).

Se va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la echipamente, utilaje, mijloace fixe, dotări, dar și la personalul pentru îndeplinirea contractului, inclusiv pentru asigurarea asistenței tehnice și a service-ului în perioada de garanție a bunurilor.

Neîndeplinirea tuturor cerințelor tehnice minime duce la declararea ofertei ca neconformă și atrage respingerea ofertei prezentate.

Propunerile tehnice se vor elabora în conformitate cu prevederile caietului de sarcini.

Notă: Ofertantul trebuie să aibă în vedere că nu se admit răspunsuri de tipul «DA» sau copierea exactă a cerințelor din caietul de sarcini sau fișele tehnice, fără prezentarea detaliată a modului de îndeplinire a fiecărei cerințe”.

De asemenea, verificând prevederile Caietului de sarcini, Consiliul reține că, la punctul 1.4, autoritatea contractantă a menționat următoarele CERINȚE OBLIGATORII PENTRU OFERTANȚI:

„Ofertantul va trebui să prezinte minim documente doveditoare referitoare la:

- 1. grafic de lucru pentru proiectare, producție și livrare;*
- 2. grafic de lucru pentru întreținere;*
- 3. respectarea reglementărilor și standardelor internaționale și naționale;*
- 4. respectarea în totalitate a condițiilor de mediu;*
- 5. respectarea infrastructurii existente;*
- 6. respectarea cerințelor tehnice generale;*
- 7. respectarea cerințelor de performanță;*
- (...)*

10. omologarea de tip la producător (să posede un certificat de omologare sau document echivalent, emis în țările membre ale Uniunii Europene);

Ofertantul declarat câștigător va obține pe cheltuiala acestuia până la data livrării primului tramvai, pentru acesta, unul din următoarele documente :

a) omologarea în România (dacă legislația din România cere acest lucru în momentul încheierii contractului sau oricând pe durata perioadei de garanție), pentru transportul urban și suburban de călători cu acționare electrică și a tuturor componentelor și echipamentelor acestora;

b) agreementul Tehnic Feroviar din partea AFER România care atestă faptul că tramvaiul îndeplinește toate condițiile pentru utilizare în domeniul transportului urban pe șine în România.

Dacă atestarea din partea AFER nu este definitivă, ofertantul declarat câștigător se va ocupa pe cheltuiala acestuia de prelungirea valabilității acesteia de câte ori este nevoie pe toată perioada de garanție”.

Relevante în soluționarea prezentei cauze sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, ulterior sesizării Consiliului:

Astfel, răspunzând întrebării nr. 3 adresată de un operator economic interesat, și anume:

„În Fișa de date (pag. 3) și în Caietul de sarcini (pag. 101) este prezentat Factorul de evaluare nr. 2 «Podeaua joasă pe toată suprafața

de transport a călătorilor». Deoarece nicăieri nu este precizată modalitatea în care un ofertant urmează să prezinte și să probeze valoarea ofertată pentru factorul respectiv vă rugăm să precizați unde anume în ofertă (eventual să indicați un formular special în acest sens) și prin ce document justificativ concret urmează a se proba realitatea valorii oferite, precum și când trebuie prezentat respectivul document (la depunerea ofertei sau după declararea ofertei câștigătoare)”, autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 3:

„Autoritatea contractantă consideră că documentația de atribuire este suficient de clară în acest sens, respectiv:

- în secțiunea IV.4.1. din Fișa de date a achiziției, la punctul 1. se precizează în mod explicit faptul că: Oferta tehnică va respecta întocmai cerințele din Caietul de sarcini care sunt minime și obligatorii. (...) Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu cerințele din Caietul de sarcini. Operatorii economici vor prezenta propunerea tehnică astfel încât să permită identificarea cu ușurință a corespondenței propunerii tehnice cu specificațiile minime din caietul de sarcini. În acest sens, ofertanții vor completa punctual, explicit, formularul de Propunere tehnică (publicat în cadrul documentației de atribuire cu denumirea FORMULAR PROPUNERE TEHNICĂ), detaliind caracteristicile tehnice ale produselor oferite conform caietului de sarcini.

Se vor indica regulamentele, standardele tehnice etc. utilizate drept bază a construcției, producerii și testării tramvaielor.

În cazul în care pentru susținerea cerinței caietului de sarcini este necesară prezentarea unor documente edificatoare (spre exemplificare: descrierea unor procese tehnologice sau tehnologii specifice, detalierea caracteristicilor tehnice ale produselor oferite, prezentarea de fișe tehnice, garanție, descrieri/fotografii/cataloge, manuale de utilizare, desene, schițe amplasare scaune etc., conform cerințelor cuprinse în Caietul de sarcini), ofertanții vor atașa anexe la Formularul de propunere tehnică (denumite sugestiv pentru o identificare facilă), cu indicarea concretă a acestora în formularul de propunere tehnică (respectiv: nr. anexa, nr. pag.).

- în Formularul de Propunere tehnică publicat în cadrul documentației de atribuire sunt înscrise cerințele minime preluate punctual din Caietul de sarcini, fiind alocate secțiuni aferente Modalității de îndeplinire și observațiilor pe care ofertanții le consideră necesare pentru caracteristica tehnică vizată care constituie totodată și componentă tehnică a factorilor de evaluare, astfel:

❖ Cerințele care vizează «Podeaua joasă (...)» sunt definite la punctele 63 și 170 din Formular;

Modalitatea de îndeplinire este indicată de fiecare ofertant în parte, conform specificațiilor tehnice ale produselor oferite, tot ei fiind și cei care aleg să prezinte documentele edificatoare în

susținerea cerinței Caietului de sarcini - astfel cum a fost solicitat prin Fișa de date.

Întrucât specificațiile/cerințele tehnice minime impuse prin documentația de atribuire criticată (Caiet de sarcini și Fișa de date), care sunt în legătură cu factorul de evaluare, sunt detaliate în Formularul de Propunere tehnică și includ atât secțiuni narrative prin care se precizează elementele concrete de apreciere a propunerilor tehnice cât și exemplificarea de documente probante în raport cu care urmează să se verifice efectiv informațiile furnizate de către ofertanți, considerăm astfel că documentația de atribuire este suficient de edificatoare (conține atât cerința minimă a autorității cât și modalitatea de îndeplinire).

În baza celor precizate mai sus, documentele prezentate în susținere se vor atașa Propunerii tehnice, ofertanții fiind cei care decid asupra tipului de document în funcție de situația concretă (**spre exemplificare: dacă se ofertează un produs existent/deja testat se pot atașa documente care certifică specificațiile tehnice oferite; dacă se ofertează un produs nou, ofertanții vor înscrie în ofertă caracteristicile tramvaiului pe care se obligă să-l furnizeze**). Conform prevederilor art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea 98/2016 oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire.

Considerăm astfel că prin depunerea unei Propuneri tehnice conforme cu cerințele autorității din documentația de atribuire ofertantul se obligă să livreze produsul în cauză, conform clauzelor contractuale asumate (Propunerea tehnică prezentată, inclusiv, dacă este cazul, clarificările din perioada de evaluare - constituind anexa la contractul de furnizare).

Fiind vorba despre aprecierea factorilor de evaluare este de la sine înțeles că documentele prezentate în susținere trebuie depuse odată cu oferta (conform solicitării din documentația de atribuire)".

Analizând informațiile din documentația de atribuire, coroborate cu cele care se regăsesc în răspunsul consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, împotriva căruia nu au fost formulate contestații, în cadrul termenului legal, Consiliul apreciază că algoritmul de punctare îndeplinește exigențele legale, este clar și detaliat, poate fi urmărit în procesul de evaluare a ofertelor, nu distorsionează rezultatul procedurii de atribuire și nu conduce la o libertate de apreciere nelimitată, astfel cum susține contestatoarea.

De asemenea, Consiliul constată că autoarea contestației, după primirea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, respectiv după publicarea în SEAP a răspunsului la clarificări consolidat, document care în opinia Consiliului a lămurit în mod deplin factorul de

evaluare în discuție, nu a mai transmis Consiliului nicio susținere cu privire la contestația formulată, respectiv nu a contestat în cadrul termenului legal răspunsul la clarificări, dacă aprecia că acesta este neclar/încalcă dispozițiile legale în vigoare, această atitudine a sa dovedind acceptarea acestuia.

În concluzie, ofertanții vor avea obligația de a indica în cadrul propunerii tehnice „procentul de înclinație al pantei în zona boghiurilor”, iar documentele prezentate în susținere urmează a se atașa Propunerii tehnice, tot ofertanții fiind cei care decid asupra tipului de document în funcție de situația concretă. Exemplul autorității contractante din cadrul răspunsului la clarificări [**spre exemplificare: dacă se ofertează un produs existent/deja testat se pot atașa documente care certifică specificațiile tehnice oferite; dacă se ofertează un produs nou, ofertanții vor înscrie în ofertă caracteristicile tramvaiului pe care se obligă să-l furnizeze).**], este edificator și oferă informații cu privire la modul în care se va acorda punctaj factorului de evaluare în discuție, în speță având relevanță principiul asumării răspunderii, stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor.

Pentru motivele anterior menționate, Consiliul va respinge această critică a contestatoarei.

A doua critică a contestatoarei vizează factorul de evaluare nr. 3, care se regăsește în fișa de date a achiziției la punctul II.2.5, „Consumul specific de energie de tracțiune - KWh/t x km”.

În cadrul Fișei de date a achiziției, la punctul II.2.5 Criterii de atribuire, în referire la factorul de evaluare „Consumul specific de energie de tracțiune - KWh/t x km”, se regăsesc următoarele mențiuni:

„Componenta tehnică:

Caracteristica externă reprezintă diagrama ce arată performanțele atinse de tramvai la sarcina maximă de consum. Conform caietului de sarcini consumul specific de energie de tracțiune maxim acceptat este de 0,07 KWh/t x km.

Algoritm de calcul:

a) Pentru consumul specific de energie cel mai mic se acordă un punctaj maxim de 10 puncte;

b) Pentru alt consum decât cel prevăzut la lit. «a», punctajul se acordă astfel: $P(n) = (\text{consum minim} / \text{consum}(n)) \times \text{punctaj maxim alocat}$.

În Strategia de contractare nr. 97882/16.05.2023, se regăsesc următoarele mențiuni cu privire la factorul de evaluare „Consumul specific de energie de tracțiune - KWh/t x km – pondere”:

„Caracteristica externă reprezintă diagrama ce arată performanțele atinse de tramvai la sarcina maximă de consum. Conform caietului de

sarcini consumul specific de energie de tracțiune maxim acceptat este de 0,07 KWh/t x km. Se acceptă prezentarea la licitație a unor măsurători/teste din care să reiasă consumul de energie electrică pentru tracțiune, însoțite de o Declarație - angajament prin care ofertantul își asumă prezentarea până la livrarea primului vehicul a unui buletin de măsurători emis de un laborator acreditat din UE din care să reiasă încadrarea în valoarea consumului prezentată la ofertare.

Algoritm de calcul:

a) Pentru consumul specific de energie cel mai mic se acordă un punctaj maxim de 10 puncte;

b) Pentru alt consum decât cel prevăzut la lit. «a», punctajul se acordă astfel:

$$P(n) = (\text{consum minim}/\text{consum}(n)) \times \text{punctaj maxim alocat} (...)$$

În ceea ce privește factorul «Consumul specific de energie de tracțiune - KWh/t x km»:

Acest factor reprezintă o componentă tehnică care conduce la economii în exploatarea tramvaiului pe termen lung.

Factorul de evaluare susmenționat este o extindere a cerinței minime obligatorii din caietul de sarcini, iar această extindere să reprezinte o cerință în plus față de cerința minimă și reflectă avantajele economice și financiare rezultate din cadrul ofertelor depuse.

Astfel, în caietul de sarcini la capitolul 1.4 Cerințe obligatorii pentru ofertant se evidentiază specificații tehnice minime impuse pentru factorul de evaluare - Consumul de energie - «13. calculul consumului de energie de tracțiune minus energia recuperată (fără energia consumată pentru încălzire și aer condiționat) pentru tramvaiul tip».

Consumul de energie electrică este un factor important în calculul costului pe kilometru. Cu cât consumul este mai scăzut, costurile cu serviciul public vor fi mai scăzute, putând astfel ca fondurile rezultate din aceste economii să fie utilizate pentru modernizarea infrastructurii, achiziții de materiale rulante noi și performante.

Jinta UAT este de a pune la dispoziția cetățenilor mijloace de transport moderne dar și cu un consum de energie cât mai redus și nepoluante, devenind astfel și exemplu, astfel încât prin mediatizare și conștientizare să se atragă către transportul public în detrimentul transportului personal cât mai mult public călător.

Este considerat cel mai important factor tehnic, deoarece este principalul generator de cheltuieli în desfășurarea serviciului public de călători. Consumul este parte componentă a costului/km și influențează direct valoarea acestuia. Așa cum reiese și din prezentarea factorului, achiziția a 10 tramvaie noi, cu un consum scăzut de energie, ar conduce la o reducere substanțială a consumului pe acest mod de transport. Cum compensația către operator se realizează de la bugetul local, o astfel de economie este foarte importantă prin ponderea pe care o reprezintă în stabilirea costului/km pentru fiecare mod de transport”.

Relevante în soluționarea prezentei cauze sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebării nr. 4 adresată de un operator economic interesat, și anume:

„În Fișa de date (pag. 3) și în Caietul de sarcini (pag. 102) este prezentat Factorul de evaluare nr. 3 «Consumul specific de energie de tracțiune». Deoarece în Fișa de date nu este precizată modalitatea în care un ofertant urmează să prezinte și să probeze valoarea ofertată pentru factorul respectiv, iar în Caietul de sarcini se menționează măsurători/teste fără indicarea emitentului acestora precum și o Declarație care nu are corespondent în Formularele atașate prezentei proceduri, vă rugăm să precizați unde anume în ofertă (eventual să indicați un formular special în acest sens) și prin ce document justificativ concret urmează a se proba realitatea valorii ofertate, precum și când trebuie prezentat respectivul document (la depunerea ofertei sau după declararea ofertei câștigătoare)”, autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 4:

„Autoritatea contractantă consideră că documentația de atribuire este suficient de clară în acest sens, respectiv:

- în secțiunea IV.4.1. din Fișa de date a achiziției, la punctul 1. se precizează în mod explicit faptul că: Oferta tehnica vă respecta întocmai cerințele din Caietul de sarcini care sunt minime și obligatorii. (...) Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu cerințele din Caietul de sarcini. Operatorii economici vor prezenta propunerea tehnică astfel încât să permită identificarea cu ușurință a corespondentei propunerii tehnice cu specificațiile minime din caietul de sarcini. În acest sens, ofertanții vor completa punctual, explicit, formularul de Propunere tehnică (publicat în cadrul documentației de atribuire cu denumirea FORMULAR PROPUNERE TEHNICA), detaliind caracteristicile tehnice ale produselor ofertate conform caietului de sarcini.

Se vor indica regulamentele, standardele tehnice etc. utilizate drept bază a construcției, producerii și testării tramvaielor.

În cazul în care pentru susținerea cerinței caietului de sarcini este necesară prezentarea unor documente edificatoare (spre exemplificare: descrierea unor procese tehnologice sau tehnologii specifice, detalierea caracteristicilor tehnice ale produselor ofertate, prezentarea de fișe tehnice, garanție, descrieri/fotografii/cataloge, manuale de utilizare, desene, schițe amplasare scaune etc., conform cerințelor cuprinse în Caietul de sarcini), ofertanții vor atașa anexe la Formularul de propunere tehnică (denumite sugestiv pentru o identificare facilă), cu indicarea

concretă a acestora în formularul de propunere tehnică (respectiv: nr. anexa, nr. pag.).

- în Formularul de Propunere tehnică publicat în cadrul documentației de atribuire sunt înscrise cerințele minime preluate punctual din Caietul de sarcini, fiind alocate secțiuni aferente Modalității de îndeplinire și observațiilor pe care ofertanții le consideră necesare pentru fiecare dintre cele două caracteristici tehnice care constituie totodată și componente tehnice ale factorilor de evaluare, astfel:

❖ Cerințele care vizează «Consumul specific de energie (...)» sunt definite la punctele 6, 13, 143 și 144 din Formular;

Modalitatea de îndeplinire este indicată de fiecare ofertant în parte, conform specificațiilor tehnice ale produselor oferite, tot ei fiind și cei care aleg să prezinte documentele edificatoare în susținerea cerinței Caietului de sarcini - astfel cum a fost solicitat prin Fișa de date.

Întrucât specificațiile/cerințele tehnice minime impuse prin documentația de atribuire criticată (Caiet de sarcini și Fișa de date), care sunt în legătură cu factorul de evaluare, sunt detaliate în Formularul de Propunere tehnică și includ atât secțiuni narrative prin care se precizează elementele concrete de apreciere a propunerilor tehnice cât și exemplificarea de documente probante în raport cu care urmează să se verifice efectiv informațiile furnizate de către ofertanți, considerăm astfel că documentația de atribuire este suficient de edificatoare (conține atât cerința minimă a autorității cât și modalitatea de îndeplinire).

În baza celor precizate mai sus, documentele prezentate în susținere se vor atașa Propunerii tehnice, ofertanții fiind cei care decid asupra tipului de document în funcție de situația concretă (spre exemplificare: dacă se ofertează un produs existent/deja testat se pot atașa documente care certifică specificațiile tehnice oferite; dacă se ofertează un produs nou, ofertanții vor înscrie în ofertă caracteristicile tramvaiului pe care se obligă să-l furnizeze). Conform prevederilor art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea 98/2016 oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire.

Considerăm astfel că prin depunerea unei Propuneri tehnice conforme cu cerințele autorității din documentația de atribuire ofertantul se obligă să livreze produsul în cauză, conform clauzelor contractuale asumate (Propunerea tehnică prezentată, inclusiv, dacă este cazul,

clarificările din perioada de evaluare - constituind anexa la contractul de furnizare).

Fiind vorba despre aprecierea factorilor de evaluare este de la sine înțeles că documentele prezentate în susținere trebuie depuse odată cu oferta (conform solicitării din documentația de atribuire)”.

Analizând informațiile din documentația de atribuire, coroborate cu cele din răspunsul consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, împotriva căruia nu au fost formulate contestații, în cadrul termenului legal, Consiliul apreciază că algoritmul de punctare îndeplinește exigențele legale, este clar și detaliat, poate fi urmărit în procesul de evaluare a ofertelor, nu distorsionează rezultatul procedurii de atribuire și nu conduce la o libertate de apreciere nelimitată, astfel cum susține contestatoarea.

De asemenea, Consiliul constată că autoarea contestației, după primirea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, respectiv după publicarea în SEAP a răspunsului la clarificări consolidat, document care în opinia Consiliului a lămurit în mod deplin factorul de evaluare în discuție, nu a mai transmis Consiliului nicio susținere cu privire la contestația formulată, respectiv nu a contestat în cadrul termenului legal răspunsul la clarificări, dacă aprecia că acesta este neclar/încalcă dispozițiile legale în vigoare, această atitudine a sa dovedind acceptarea acestuia.

În concluzie, ofertanții vor avea obligația de a indica în cadrul propunerii tehnice *„consumul specific de energie de tracțiune”*, iar documentele prezentate în susținere urmează a se atașa Propunerii tehnice, tot ofertanții fiind cei care decid asupra tipului de document în funcție de situația concretă. Exemplul autorității contractante din cadrul răspunsului la clarificări [***spre exemplificare: dacă se ofertează un produs existent/deja testat se pot atașa documente care certifică specificațiile tehnice oferate; dacă se ofertează un produs nou, ofertanții vor înscrie în ofertă caracteristicile tramvaiului pe care se obligă să-l furnizeze).***], este edificator și oferă informații cu privire la modul în care se va acorda punctaj factorului de evaluare în discuție, în speță având relevanță principiul asumării răspunderii, stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor.

A treia critică a contestatoarei vizează factorul de evaluare nr. 4, care se regăsește în fișa de date a achiziției la punctul II.2.5, *„Perioada de garanție extinsă”*.

În cadrul Fișei de date a achiziției, la punctul II.2.5 Criterii de atribuire, în referire la factorul de evaluare *„Perioada de garanție extinsă”*, se regăsesc următoarele mențiuni:

„Componenta tehnică: Perioada de garanție extinsă va asigura beneficiarul de o cheltuială cât mai eficientă a fondurilor publice, prin minimizarea costurilor legate de întreținerea/repararea/înlocuirea tramvaielor în ansamblu și a componentelor acestora.

Conform Caietului de Sarcini, garanția funcționării tramvaielor: minim 180.000 km sau minim 3 ani (care condiție se îndeplinește prima), de la data Certificatului de fiabilitate. Garanția se referă la tramvai în ansamblu și la toate componentele acestuia (altele decât cele enunțate la punctul Garanții).

Numărul minim de ani pentru garanția extinsă, care va fi punctat este de 1 an suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 60.000 km, iar numărul maxim este de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km.

Orice ofertă cu un număr de ani de garanție extinsă mai mare de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km, nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul:

a) Pentru o garanție extinsă mai mare sau egală cu 3 ani sau 180.000 km, se acordă punctajul maxim alocat de 10 puncte;

b) Pentru o garanție extinsă mai mică decât cea prevăzută la lit. «a», punctajul se acordă astfel:

$$P(n) = (\text{număr ani sau km garanție extinsă ofertat}(n) / 3 \text{ sau } 180.000) \times \text{punctaj maxim alocat}.$$

În Strategia de contractare nr. 97882/16.05.2023, se regăsesc următoarele mențiuni cu privire la factorul de evaluare „Perioada de garanție extinsă”:

„Perioada de garanție extinsă va asigura beneficiarul de o cheltuială cât mai eficientă a fondurilor publice, prin minimizarea costurilor legate de întreținerea/repararea/înlocuirea tramvaielor în ansamblu și a componentelor acestora.

Conform Caietului de Sarcini, garanția funcționării tramvaielor: minim 180.000 km sau minim 3 ani (care condiție se îndeplinește prima), de la data Certificatului de fiabilitate. Garanția se referă la tramvai în ansamblu și la toate componentele acestuia (altele decât cele enunțate la punctul Garanții).

Numărul minim de ani pentru garanția extinsă, care va fi punctat, este de 1 an suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 60.000 km, iar numărul maxim este de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km. Orice ofertă cu un număr de ani de garanție extinsă mai mare de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km, nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul:

a) Pentru o garanție extinsă mai mare sau egală cu 3 ani **sau** 180.000 km, se acordă punctajul maxim alocat de 10 puncte;

b) Pentru o garanție extinsă mai mică decât cea prevăzută la lit. «a», punctajul se acordă astfel:

$P(n) = (\text{număr ani sau km garanție extinsă ofertat}(n) / 3 \text{ sau } 180.000) \times \text{punctaj maxim alocat.}$

(...)

Referitor la factorul Perioada de garanție extinsă:

Ofertarea unei perioade de garanție mai mari are implicații directe asupra costurilor aferente activităților care vizează menținerea în exploatare a tramvaielor achiziționate, în sensul eliminării acestor cheltuieli pentru primii ani de funcționare.

În caietul de sarcini la capitolul 1.4 Cerințe obligatorii pentru ofertant se evidențiază specificații tehnice minime impuse pentru factorul de evaluare - Perioada de garanție extinsă - «11. perioada de garanție de cel puțin 3 ani de la încheierea cu succes a perioadei de testări». Întrucât garanția se referă la tramvai în ansamblu și la toate componentele acestuia, extinderea perioadei de garanție peste cerința minimă impusă (respectiv, minim 180.000 km sau minim 3 ani - care condiție se îndeplinește prima), orice suplimentare a garanției reprezintă un avantaj real, evident pentru autoritate”.

Relevante în soluționarea prezentei cauze, sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebării nr. 5 adresată de un operator economic interesat, și anume:

„În Fișa de date (pag. 3) și în Caietul de sarcini (pag. 102) este prezentat Factorul de evaluare nr. 4 «Perioada de garanție extinsă». Deoarece este acceptată ofertarea a două valori distincte și independente (perioada în ani și, respectiv, numărul de km) algoritmul de alocare a punctajului prezentat nu îndeplinește exigențele legale privind claritatea, proporționalitatea și nedistorsionarea rezultatului procedurii. Spre exemplu, vă rugăm să verificați cum se atribuie punctajul pentru factorul nr. 4 (max. 10 pct.) în următoarea situație: se depun 3 oferte care conțin fiecare (pe lângă valoarea minimă acceptată a garanției – 3 ani și 180.000 km, ofertată de fiecare dintre cei trei ofertanți) și următoarele propuneri de garanție suplimentară - oferta A suplimentar 3 ani și 180.000 km, oferta B suplimentar 1 an și 180.000 km, oferta C suplimentar 3 ani și 1 km. Datorită distorsionării alocării punctajului prin utilizarea a două valori independente și incomparabile vă rugăm să fiți de acord cu eliminarea valorii în km și punctarea exclusiv a valorii în ani/luni a garanției suplimentare”, autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 5:

„În documentația de atribuire se precizează explicit: Conform Caietului de Sarcini, garanția funcționării tramvaielor: minim 180.000 km **sau** minim 3 ani (care condiție se îndeplinește prima), de la data Certificatului de fiabilitate. (...) Numărul minim de ani pentru garanția extinsă, care va fi punctat este de 1 an suplimentar perioadei de

garanție obligatorie sau 60.000 km, iar numărul maxim este de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km;

- perioada de garanție care poate fi oferată de fiecare operator economic interesat este specificată cu claritate, fiind menționate valorile factorului pentru care se acordă punctaj, respectiv multiplu de an întreg sau 60.000 km, corespondența indicată fiind una evidentă (respectiv, 1 an sau 60.000 km);

*- operatorii economici interesați au libertatea de a oferta o perioadă de garanție fie în ani, fie în km, fie ambele - dar numai cu asigurarea proporționalității indicate în documentație **1 an/60.000 km**).*

- exemplele date sunt unele neconforme cerințelor autorității. A se vedea faptul că propunerile de garanție sunt definite în număr de ani și km cu toate că cerința din documentație este una explicită, respectiv: număr de ani sau km”.

Împotriva răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, nu au fost formulate contestații, în cadrul termenului legal.

De asemenea, Consiliul constată că autoarea contestației, după primirea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, respectiv după publicarea în SEAP a răspunsului la clarificări consolidat, document care în opinia Consiliului a lămurit în mod deplin factorul de evaluare în discuție, nu a mai transmis Consiliului nicio susținere cu privire la contestația formulată, respectiv nu a contestat în cadrul termenului legal răspunsul la clarificări, dacă aprecia că acesta este neclar/încalcă dispozițiile legale în vigoare, această atitudine a sa dovedind acceptarea acestuia.

Constatând că răspunsul autorității contractante este lămuritor și clarifică toate aspectele reclamate de, Consiliul va respinge această critică a contestatoarei, întrucât algoritmul de punctare îndeplinește exigențele legale, este clar și detaliat (fiind esențială „*asigurarea proporționalității indicate în documentație **1 an/60.000 km***”), poate fi urmărit în procesul de evaluare a ofertelor, nu distorsionează rezultatul procedurii de atribuire și nu conduce la o libertate de apreciere nelimitată, astfel cum susține contestatoarea.

A patra critică a contestatoarei vizează faptul că în fișa de date a achiziției, la punctul II.3, autoritatea contractantă a menționat că nu este permisă ajustarea contractului, ceea ce încalcă dispozițiile art. 222² din Legea nr. 98/2016.

Analizând Fișa de date a achiziției, Consiliul reține că la punctul II.3 Ajustarea prețului contractului, se regăsește mențiunea: „*NU*”.

De asemenea, în formularul de contract, parte a documentației de atribuire, la punctul 10, se regăsesc următoarele clauze:

„10.1. Pentru produsele livrate, plățile datorate de achizitor furnizorului sunt cele declarate în propunerea financiară, anexă la contract, iar prețul contractului nu poate fi majorat sau actualizat.

10.2. Prețul contractului este ferm pe toată durata derulării acestuia și nu se actualizează, excepție fiind situațiile reglementate de prevederile art. 164 al. 4 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016”.

În soluționarea cauzei, Consiliul reține dispozițiile art. 222² din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele:

„(1) Pe parcursul îndeplinirii acordului-cadru/contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului.

(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în acordul-cadru/contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

(...)

(8) Autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă de cel mult 6 luni.

(9) Autoritatea contractantă **este obligată** să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau **furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni** și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni. (...).”

Relevante în soluționarea prezentei cauze sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebărilor nr. 6 și nr. 59, adresate de operatori economici interesați, și anume:

- „În Fișa de date (pag. 4) la secțiunea II.3 «Ajustarea prețului contractului» s-a completat cu mențiunea «Nu». În raport cu durata contractului (61 de luni) și cu prevederile legislației în vigoare (art. 222 indice 2 din Legea nr. 98/2016) vă rugam să fiți de acord cu includerea în documentație și în contract a unor prevederi clare de ajustare a prețului și a unei formule de ajustare detaliate în acest sens, raportată la indici statistici relevanți”;

• „În proiectul de contract (pag. 8) art. 10 nu prevede ajustarea prețului contractului. Având în vedere durata contractului (mai mare de 24 de luni) și prevederile legislației în vigoare (art. 222 indice 2 din Legea nr. 98/2016) vă rugăm să fiți de acord cu includerea în contract a unor prevederi clare de ajustare a prețului și a unei formule de ajustare detaliate în acest sens, raportată la indici statistici relevanți”,

autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsurilor nr. 6 și 59:

„În secțiunea II.1.3 a Fișei de date s-a menționat că tipul contractului este de furnizare. În secțiunea II.1.4 a Fișei de date s-a specificat cu suficientă acuratețe faptul că Durata contractului este de 61 de luni de la semnarea acestuia de ambele părți (durată rezultată din: termen livrare = max. 22 luni (conform cap. XVII din Caietul de sarcini); perioadă teste de recepție = max. 1 lună (conform subcap. 3.2.4 din Caietul de sarcini); perioadă teste de fiabilitate - 2 luni (conform subcap. 3.2.5 din Caietul de sarcini); perioadă de garanție - min. 36 luni (conform subcap. 3.2.6 din Caietul de sarcini)). În modelul de contract publicat, la capitolul 1 - Definiții se precizează explicit: Durata de valabilitate a Contractului - intervalul de timp în care prezentul Contract produce efecte, respectiv de la data intrării în vigoare a Contractului și până la epuizarea convențională, legală sau stabilită de instanța de judecată a oricărui efect pe care îl produce. Durata Contractului este egală cu durata de furnizare a Produselor, dacă aceasta din urmă este neîntreruptă. (...). Evidențiem astfel:

- faptul că termenul de livrare maxim acceptat (conform documentației de atribuire) este de 22 luni, perioadă care constituie în fapt durata maximă efectivă de furnizare a produselor în cadrul contractului;

- perioada pe parcursul căreia contractul produce efecte juridice este de 61 de luni, perioadă ce constituie durata de valabilitate a contractului;

- perioada de 39 de luni care excede termenului de livrare este alcătuită din perioade de timp alocate unor activități asumate prin oferta depusă, incluse în prețul ofertat pentru fiecare produs în parte, care nu afectează prețul tramvaielor produse și livrate în cursul celor 22 de luni. Activitățile post-livrare la care se obligă ofertantul nu implică solicitarea unor plăți suplimentare după facturarea tramvaielor livrate;

Ținând cont de aspectele menționate, întrucât contractul în cauză este unul eminamente de furnizare, iar perioada de livrare este de maxim 22 de luni, considerăm că nu există motive temeinice care să impună includerea clauzei de ajustare a prețului contractului în condițiile prevederilor art. 222 ind. 2 din Legea nr. 98/2016”.

Același răspuns a fost formulat de către autoritatea contractantă și la întrebarea nr. 75.

Împotriva răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, nu au fost formulate, în cadrul termenului legal, contestații.

Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiată această critică a contestatoarei, pentru considerentele expuse în continuare.

Prin prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă intenționează să atribuie un contract de furnizare de tramvaie, unul din factorii de evaluare a ofertelor fiind „perioada de livrare cea mai rapidă”.

În cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă a menționat în mod clar faptul că **durata contractului este de maxim 22 de luni** de la semnarea acestuia de către ambele părți, la care se adaugă durata garanției acordate de ofertant. Efectele juridice ale contractului sunt de la semnarea acestuia și până la stingerea tuturor obligațiilor ce le revin ambelor părți, inclusiv durata de post garanție a tramvaielor.

În ceea ce privește livrarea produselor, în cadrul Caietului de sarcini s-a menționat faptul că *„livrarea primului tramvai se va face cel târziu în luna 15, urmând ca restul tramvaielor să fie livrate până **cel mai târziu în luna 22 de derulare a contractului**”*.

Astfel, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a făcut o distincție clară între:

- durata contractului, care reprezintă termenul de livrare, în speță perioada de livrare/furnizare a celor 10 tramvaie;
- durata de valabilitate a contractului care reprezintă perioada de timp în care contractul produce efecte juridice, și anume de la semnarea acestuia și până la stingerea tuturor obligațiilor ce le revin ambelor părți, inclusiv durata de **post garanție a tramvaielor**.

În condițiile în care durata contractului (durata de derulare a furnizării) nu depășește 24 de luni, nu sunt incidente dispozițiile art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care Consiliul va respinge această critică a contestatoarei.

În plus, Consiliul reține că, la art. 33 din contract, intitulat „Amendamente”, se regăsesc următoarele precizări: „Părțile contractante au dreptul, pe durata îndeplinirii contractului, de a conveni modificarea clauzelor contractului, prin act adițional, numai în condițiile prevăzute de art. 221-222 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”.

Criticile următoare ale contestatoarei vizează clauzele introduse de autoritatea contractantă în modelul de contract de furnizare (parte integrantă a documentației de atribuire).

În soluționarea acestor critici, Consiliul are în vedere considerentele ce urmează.

Definiția contractului de achiziție publică, stipulată de art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, este următoarea: *„contract de achiziție publică” – „contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, **actului administrativ**, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect*

execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii". Lit. n) a aceluiași articol definește „contractul de achiziție publică de produse”, ca fiind: „contractul de achiziție publică care are ca obiect achiziția de produse prin cumpărare, inclusiv cu plata în rate, închiriere, leasing cu sau fără opțiune de cumpărare ori prin orice alte modalități contractuale în temeiul cărora autoritatea contractantă beneficiază de aceste produse, indiferent dacă dobândește sau nu proprietatea asupra acestora; contractul de achiziție publică de produse poate include, cu titlu accesoriu, lucrări ori operațiuni de amplasare și de instalare”.

Conform Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, art. 2 alin. (1) lit. c) și c¹), „*actul administrativ*” este „*actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim **de putere publică**, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice*”, fiind asimilate actelor administrative, în sensul Legii nr. 554/2004, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice, prin legi speciale putând fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că regimul juridic al contractului în discuție este unul special. Fiind un contract cu ajutorul căruia autoritatea contractantă își realizează o parte din sarcinile sale, regimul juridic aplicabil acestui contract este unul preponderent de drept public. Prerogativele de drept public la îndemâna autorității contractante constau în faptul că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, ceea ce pune autoritatea contractantă într-o poziție privilegiată cu posibilitatea de a impune unele clauze în contract, de a controla modul de executare și chiar de reziliere a contractului. Voința autorității contractante, ca parte a acestui contract este subordonată realizării interesului general.

Fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, acest contract se deosebește de contractul de drept comun, privat, el având o natură juridică preponderent de adeziune.

Față de cele mai sus menționate, clauzele contractuale redactate de autoritatea contractantă vor putea face obiectul cenzurii CNSC doar în condițiile în care contestatoarea dovedește că încalcă prevederile legale în vigoare.

În continuare, Consiliul procedează la analiza celei de-a cincea critici a contestatoarei, care vizează faptul că prevederile din contract referitoare la încetarea la termen, respectiv finalizarea acestuia la o dată fixă, completată în propunerea de contract la semnare, sunt incompatibile atât cu definiția duratei de valabilitate a contractului, cât și cu natura unui contract de furnizare de produse, așa cum este reglementat de Codul civil.

Contestatoarea susține că inserarea în contract a unei clauze de încetare prin atingerea la termen (însoțită de o dată fixă de finalizare a duratei) reprezintă o încălcare a specificului contractului de furnizare, precum și o încălcare a principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Analizând prevederile modelului de contract inclus în documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele clauze:

• **Art. 1 – Definiții:**

„În prezentul Contract următorii termeni vor fi interpretați astfel:
(...)”

Durata de valabilitate a Contractului - intervalul de timp în care prezentul Contract produce efecte, respectiv de la data intrării în vigoare a Contractului și până la epuizarea convențională, legală sau stabilită de instanța de judecată a oricărui efect pe care îl produce. ***Durata Contractului este egală cu durata de furnizare a Produselor, dacă aceasta din urmă este neîntreruptă.*** Durata Contractului este mai mare decât durata reală de furnizare a Produselor, dacă aceasta din urmă se întrerupe, din orice motiv, caz în care Durata Contractului cuprinde și intervalele de timp în care furnizarea Produselor este suspendată sau prelungită. Durata de furnizare a Produselor nu poate depăși, ca termen, limita termenului la care expiră durata Contractului.

Contractul este considerat finalizat atunci când contractantul:

- a realizat toate activitățile stabilite prin Contract și a prezentat toate Rezultatele, astfel cum este stabilit în Propunerea sa și în Contract,
- a remediat eventualele Neconformități care nu ar fi permis utilizarea Produselor de către Autoritatea/entitatea contractantă, în vederea obținerii beneficiilor anticipate și îndeplinirii obiectivelor comunicate prin Caietul de Sarcini”;

• **Art. 5 - Durata Contractului**

„5.1. Durata prezentului Contract începe de la data intrării în vigoare și se finalizează la data de sau, după caz, la data îndeplinirii obligațiilor contractuale în sarcina Părților.

5.2. Contractul intră în vigoare la data semnării acestuia de către ambele părți.

5.3. Furnizarea produselor aferente contractului va începe în termen de zile lucrătoare de la data semnării contractului de către ambele părți, și va dura maxim luni sau, după caz, **până la data îndeplinirii obligațiilor contractuale în sarcina părților”.**

• **Art. 32 - Încetarea Contractului**

„32.1. Prezentul Contract încetează de drept prin atingere la termen sau la momentul la care toate obligațiile stabilite în sarcina părților au fost executate”.

Relevante în soluționarea prezentei cauze sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebării nr. 58 adresată de un operator economic interesat, și anume: „În Caietul de sarcini (pag. 100) durata contractului are altă valoare decât în cadrul Fișei de date și a proiectului de contract. Vă rugăm să corelați toate aceste formulări în toate documentele procedurii”, autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 58:

„Pentru înțelegerea perioadelor referitoare la durată din cuprinsul documentației de atribuire facem următoarele precizări:

În modelul de contract publicat, la capitolul 1 - Definiții se precizează explicit: Durata de valabilitate a Contractului - intervalul de timp în care prezentul Contract produce efecte, respectiv de la data intrării în vigoare a Contractului și până la epuizarea convențională, legală sau stabilită de instanța de judecată a oricărui efect pe care îl produce. Durata Contractului este egală cu durata de furnizare a Produselor, dacă aceasta din urmă este neîntreruptă.

Perioadele înscrise în Caietul de sarcini (pag. 100), în modelul de Contract și în Fișa de date fac diferențiere explicită între durata de livrare/furnizare a produselor (22 luni) și durata de valabilitate a contractului (care a fost estimată la 61 luni), diferența fiind dată de perioadele aferente recepției (1 lună), perioadei de testare a fiabilității (2 luni) și perioadei de garanție (minim 36 luni)”;

Analizând critica autoarei contestației, Consiliul o va respinge pentru considerentele ce urmează.

Prin prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă intenționează să atribuie un contract de furnizare de tramvaie, unul din factorii de evaluare a ofertelor stabilit de autoritatea contractantă fiind „perioada de livrare cea mai rapidă”.

În cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a menționat în mod clar faptul că durata contractului este de **maxim 22 de luni** de la semnarea acestuia de către ambele părți, la care se adaugă durata garanției acordate de ofertant. Efectele juridice ale contractului sunt de la semnarea acestuia și până la stingerea tuturor obligațiilor ce le revin ambelor părți, inclusiv durata de post garanție a tramvaielor.

În ceea ce privește livrarea produselor, în cadrul Caietului de sarcini s-a menționat faptul că „livrarea primului tramvai se va face cel târziu în luna 15, urmând ca restul tramvaielor să fie livrate până **cel mai târziu în luna 22 de derulare a contractului**”.

Astfel, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a făcut o distincție clară între:

- durata contractului, care reprezintă termenul de livrare, în speță perioada de livrare/furnizare a celor 10 tramvaie;

- durata de valabilitate a contractului care reprezintă perioada de timp în care contractul produce efecte juridice, și anume de la semnarea acestuia și până la stingerea tuturor obligațiilor ce le revin ambelor părți, inclusiv durata de **post garanție a tramvaielor**.

Conform dispozițiilor documentației de atribuire *„Perioada de garanție va fi de minim 36 de luni sau minim 180.000 km de la emiterea certificatului de fiabilitate”*, unul din factorii de evaluare stabiliți de către autoritatea contractantă fiind *„perioada de garanție extinsă”*. Numărul minim de ani pentru garanția extinsă, care va fi punctat este de 1 an suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 60.000 km, iar numărul maxim este de 3 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie sau 180.000 km.

Față de cele mai sus menționate, atât durata contractului, cât și durata de valabilitate a contractului vor putea fi stabilite cu certitudine în raport de conținutul ofertei câștigătoare, relevant fiind și faptul că furnizorul are obligația de a-și îndeplini obligațiile contractuale în perioada menționată în contract, iar, dacă pe parcursul îndeplinirii contractului, furnizorul nu respectă graficul de livrare sau de prestare a serviciilor, acesta are obligația de a notifica, în timp util, achizitorului. Modificarea datei/perioadelor de furnizare asumate se face cu acordul părților, prin act adițional. Certificarea motivelor care au generat întârzierea se va stipula într-un document constatator confirmat atât de reprezentantul achizitorului responsabil cu executarea contractului, cât și de cel al furnizorului (art. 34.2 din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire).

Față de cele mai sus menționate, luând în considerare răspunsul 58 din documentul publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, intitulat *„Răspuns consolidat”*, precum și dispozițiile art. 1766 alin. (1) din Codul civil, care stipulează următoarele: *„Contractul de furnizare este acela prin care o parte, denumită furnizor, se obligă să transmită proprietatea asupra unei cantități determinate de bunuri și să le predea, **la unul sau mai multe termene ulterioare încheierii contractului** ori în mod continuu, sau să presteze anumite servicii, la unul sau mai multe termene ulterioare ori în mod continuu, iar cealaltă parte, denumită beneficiar, se obligă să preia bunurile sau să primească prestarea serviciilor și să plătească prețul lor”*, Consiliul va respinge critica autoarei contestației referitoare la faptul că inserarea în contract a unei clauze de încetare prin ajungerea la termen (însoțită de o dată fixă de finalizare a duratei) reprezintă o încălcare a specificului contractului de furnizare precum și o încălcare a principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

A șasea critică a contestatoarei vizează dispozițiile art. 32.2 din proiectul de contract inclus în documentația de atribuire.

O primă subcritică vizează faptul că lit. e), f), h) și k) ale art. 32.2 nu pot fi imputate furnizorului, aceste clauze de reziliere reprezentând încălcări ale dispozițiilor art. 1547, 1549 și art. 1555-1557 din Codul civil.

Analizând prevederile modelului de contract inclus în documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele clauze:

„32.2. Autoritatea/entitatea contractantă își rezervă dreptul de a **rezoluționa/rezilia Contractul**, fără însă a fi afectat dreptul Părților de a pretinde plata unor daune sau alte prejudicii, dacă:

a) Contractantul nu se conformează, în perioada de timp, conform notificării emise de către Autoritatea/entitatea contractantă, prin care i se solicită remedierea Neconformității sau executarea obligațiilor care decurg din prezentul Contract;

b) Contractantul subcontractează părți din Contract fără a avea acordul scris al Autorității/entității contractante;

c) Contractantul cesionează drepturile și obligațiile sale fără acordul scris al Autorității/entității contractante;

d) Contractantul înlocuiește personalul/expertii nominalizați fără acordul Autorității/entității Contractante;

e) Are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul Contractantului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt realizate prin Act Adițional la prezentul Contract, cu respectarea dispozițiilor legale;

f) Devin incidente oricare alte incapacități legale care să împiedice executarea Contractului;

g) Contractantul eșuează în a furniza/mentține/prelungi/reîntregi/completa garanțiile ori asigurările solicitate prin Contract;

h) În cazul în care, printr-un act normativ, se modifică interesul public al Autorității/entității contractante în legătură cu care se furnizează Produselor care fac obiectul Contractului;

i) La momentul atribuirii Contractului, Contractantul se afla în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire;

j) În situația în care Contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit Contractantului deoarece au fost încălcate grav obligațiile care rezultă din legislația europeană relevantă iar această împrejurare a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene;

k) În cazul în care împotriva Contractantului se deschide procedura falimentului;

l) Contractantul a săvârșit nereguli sau fraude în cadrul procedurii de atribuire a Contractului sau în legătură cu executare acestuia, ce au provocat o vătămare Autorității/entității contractante;

m) Valorificarea de către Autoritatea/entitatea contractantă a rezultatelor prezentului contract este grav compromisă ca urmare a întârzierii prestațiilor din vina Contractantului”.

Relevante în soluționarea prezentei cauze, sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebării nr. 63 adresată de un operator economic interesat, și anume:

„În proiectul de contract (pag. 20) art. 32.2 prevede rezilierea contractului de către autoritatea contractantă și pentru cazuri în care nu există culpa Contractantului, cu încălcarea dispozițiilor aplicabile din Codul civil. Vă rugăm să eliminați de la art. 32.2 literele e), f), h) și k)”, autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 63: „Facem precizarea că situațiile prevăzute ca și clauze de rezoluționare/reziliere a contractului de art. 32.2 sunt ipotetice și trebuie să îndeplinească anumite condiții pentru a produce respectivele efecte juridice. Mai mult decât atât, producerea oricăreia din acestea pune autoritatea publică în imposibilitatea de a rămâne în relație contractuală cu furnizorul, singura sancțiune aplicabilă fiind aceea a rezoluțiunii/rezilierii contractului.

Considerăm că echilibrul contractual și principiile tratamentului egal și proporționalității sunt respectate întrucât conținutul clauzelor care fac obiectul solicitării, referitoare la reglementarea aspectelor posibile de rezoluțiune/reziliere a contractului (în speța situațiile menționate la lit. e, f, h, k ale clauzei 32.2 din contract) reprezintă tot atâtea situații care împiedică continuarea derulării contractului.

Nu se acceptă eliminarea clauzelor propuse”.

În analiza acestei critici a contestatoarei, Consiliul reține că art. 32.2 prevede un drept al autorității contractante de a rezoluționa/rezilia contractul, fără însă a fi afectat dreptul părților de a pretinde plata unor daune sau alte prejudicii, dacă:

„e) Are loc orice modificare organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul Contractantului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt realizate prin Act Adițional la prezentul Contract, cu respectarea dispozițiilor legale;

f) Devin incidente oricare alte incapacități legale care să împiedice executarea Contractului;

(...)

h) În cazul în care, printr-un act normativ, se modifică interesul public al Autorității/entității contractante în legătură cu care se furnizează Produselor care fac obiectul Contractului;

(...)

k) În cazul în care împotriva Contractantului se deschide procedura falimentului”.

Verificând informațiile care se regăsesc pe site-ul ANAP, la adresa <https://achizitiipublice.gov.ro/matrix/10/1/true>, Consiliul constată că în îndeplinirea funcției stipulate de art. 3 alin. (3) lit. i) din HG nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, [„(3) În realizarea funcțiilor sale, ANAP are, în principal, următoarele atribuții: (...) i) elaborează documente standard, formulare și modele- cadru, ghiduri, manuale și alte instrumente operaționale cu rol de suport în aplicarea corectă și unitară a legislației în domeniul

achizițiilor publice și asigură diseminarea acestora”], Agenția Națională pentru Achiziții Publice a publicat modele de documentații de atribuire standardizate, printre acestea regăsindu-se și „Documentația de atribuire furnizare de produse”, care conține și informații „privind rolul, conținutul și modalitatea de completare a formularului-cadru: CONTRACT de achiziție publică de Produse, inclusiv Secțiunea «Condiții Generale» și Secțiunea «Condiții Specifice»”, structurate în cadrul a trei secțiuni.

În cadrul Secțiunii „Condiții Generale” a contractului de achiziție publică de furnizare produse, punctul 7.5 – Rezilierea contractului, lit. c) subpunctele viii, ix, xi și xv, este menționat dreptul autorității contractante de a rezilia contractul dacă:

„viii. are loc orice modificarea organizațională care implică o schimbare cu privire la personalitatea juridică, natura sau controlul Contractantului, cu excepția situației în care asemenea modificări sunt realizate prin Act Adițional la prezentul Contract;

ix. apariția oricărei alte incapacități legale care să împiedice executarea Contractului;

(...)

xi. în cazul în care, printr-un act normativ, se modifică interesul public al Achizitorului în legătură cu care se livrează Produsele care fac obiectul Contractului;

(...)

xv. împotriva Contractantului se deschide procedura falimentului (...).”

Constatând că, prin modelul de contract inclus în documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să aplice modelul de documentație standardizată furnizare produse elaborat de ANAP și având în vedere considerentele CNSC de la pag. 32-32 ale prezentei decizii, referitoare la regimul juridic al contractului de achiziție publică, Consiliul va respinge și această critică a contestatoarei.

A doua subcritică a contestatoarei vizează faptul că art. 32.2 lit. a) din proiectul de contract prevede rezilierea contractului de către autoritatea contractantă pentru încălcarea oricărei obligații, fără luarea în considerare a gravității încălcării, a caracterului principal sau accesoriu al obligației ori a existenței culpei.

Pentru aceste motive, contestatoarea consideră că păstrarea în actuala formulare a art. 32.2 lit. a) în proiectul de contract reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Analizând prevederile modelului de contract inclus în documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele clauze:

„32.2. Autoritatea/entitatea contractantă își rezervă dreptul de a rezoluționa/rezilia Contractul, fără însă a fi afectat dreptul Părților de a pretinde plata unor daune sau alte prejudicii, dacă:

a) Contractantul nu se conformează, în perioada de timp, conform notificării emise de către Autoritatea/entitatea

contractantă, prin care i se solicită remedierea Neconformității sau executarea obligațiilor care decurg din prezentul Contract; (...)".

Relevante în soluționarea prezentei cauze, sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebării nr. 64 adresată de un operator economic interesat, și anume:

„În proiectul de contract (pag. 20) art. 32.2 lit. a) prevede rezilierea contractului de către autoritatea contractantă pentru încălcarea oricărei obligații, fără luarea în considerare a gravității încălcării, a caracterului principal sau accesoriu al obligației ori a existenței culpei. Această măsură este disproporționată și inechitabilă și vă rugăm să re formulați lit. a) după cum urmează: «Contractantul nu se conformează, într-o perioadă de timp rezonabilă în raport cu natura obligației, în urma notificării emise de către autoritatea contractantă prin care i se solicită remedierea neconformității sau executarea obligațiilor care decurg din prezentul contract, iar neconformitatea ori încălcarea au un caracter grav și se referă la o obligație principală a contractului», autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 64: „Se menține argumentarea de la Clarificarea 63. Nu se acceptă modificarea propusă”. (Nota Consiliului: răspunsul la întrebarea nr. 63 a fost reprodus la pag. 37-38 ale prezentei decizii).

Având în vedere că:

- în documentația standardizată de furnizare produse, în Secțiunea „Condiții Generale” a Contractului de furnizare de produse, la punctul 7.5 – Rezilierea contractului, lit. c) subpunctul ii), este menționat dreptul autorității contractante de a rezilia contractul dacă:

„ii. Contractantul nu se conformează, în perioada de timp rezonabilă, conform notificării emise de Achizitor, prin care i se solicită remedierea Defectelor/neconformităților precum și executarea sau neexecutarea obligațiilor din prezentul Contract, care afectează în mod grav executarea în mod corespunzător și la termen a obligațiilor contractuale ale Contractantului;

- precum și toate considerentele Consiliului avute în vedere în analiza criticii anterioare, Consiliul va respinge și această critică a contestatoarei.

A treia subcritică a contestatoarei vizează faptul că procedura de reziliere prevăzută la art. 32.4 din proiectul de contract încalcă atât principiul tratamentului egal (favorizând în mod nejustificat autoritatea în raport cu furnizorul, deoarece doar încălcarea de către furnizor a unor obligații declanșează rezilierea automată, nu și încălcarea de către autoritar a propriilor obligații), precum și principiul proporționalității.

Contestatoarea consideră că păstrarea art. 32.4 în proiectul de contract reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Analizând prevederile modelului de contract inclus în documentația de atribuire, Consiliul reține următoarea clauză:

„32.4. Rezoluțiunea/Rezilierea Contractului în condițiile art. 32.2 și art. 32.3 intervine cu efecte depline, fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități prealabile și fără a mai fi necesară intervenția vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale”.

De asemenea, Consiliul reține dispozițiile art. 32.2 din modelul de contract, reproduse la pag. 36-37 ale prezentei decizii, precum și dispozițiile 32.3 care stipulează următoarele:

„32.3. Contractantul poate rezoluționa/rezilia Contractul fără însă a fi afectat dreptul Părților de a pretinde plata unor daune sau alte prejudicii, în cazul în care:

a) Autoritatea/entitatea contractantă a comis erori esențiale, nereguli sau fraude în cadrul procedurii de atribuire a Contractului sau în legătură cu executare acestuia, ce au provocat o vătămare Contractantului.

b) Autoritatea/entitatea contractantă nu își îndeplinește obligațiile de plată a produselor prestate de Contractant, în condițiile stabilite prin prezentul Contract”.

Relevante în soluționarea prezentei cauze sunt și următoarele dispoziții ale Răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023.

Astfel, răspunzând întrebării nr. 65 adresată de un operator economic interesat, și anume: *„În proiectul de contract (pag. 21) art. 32.4 conține o procedură disproporționată și neechitabilă de reziliere, fără notificare, fără luarea în considerare a culpei Contractantului și fără posibilitatea Contractantului de a-și prezenta punctul de vedere, precum și fără posibilitatea de a se apăra în cadrul unei instanțe competente. Vă rugăm să reformulați art. 32.4 după cum urmează:*

«Autoritatea poate cere rezilierea Contractului în condițiile legii, în oricare dintre cazurile de la art. 32.2 și 32.3 intervenite din culpa gravă a Contractantului»”, autoritatea contractantă a menționat următoarele în cadrul Răspunsului 65: *„Autoritatea contractantă menține prevederea din documentația de atribuire. Nu se acceptă modificarea propusă”.*

Împotriva răspunsului consolidat la clarificări, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 16.06.2023, nu au fost formulate, în cadrul termenului legal, contestații.

De asemenea, Consiliul constată că autoarea contestației, după primirea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, respectiv după publicarea în SEAP a răspunsului la clarificări consolidat, document care în opinia Consiliului a lămurit în mod deplin factorul de evaluare în discuție, nu a mai transmis Consiliului nicio susținere cu

privire la contestația formulată, respectiv nu a contestat în cadrul termenului legal răspunsul la clarificări, dacă aprecia că acesta este neclar/încalcă dispozițiile legale în vigoare, această atitudine a sa dovedind acceptarea acestuia.

Consiliul va respinge această critică a contestatoarei pentru următoarele considerente:

- articolul 32.4 din modelul de contract reprezintă un pact comisoriu, conform dispozițiilor art. 1553 Cod civil:

„(1) Pactul comisoriu produce efecte dacă prevede, în mod expres, obligațiile a căror neexecutare atrage rezoluțiunea sau rezilierea de drept a contractului”

*(2) În cazul prevăzut la alin. (1), rezoluțiunea sau rezilierea **este subordonată punerii în întârziere a debitorului, afară de cazul în care s-a convenit că ea va rezulta din simplul fapt al neexecutării.***

- art. 32.2 prevede dreptul autorității contractante de a rezilia contractul, iar art. 32.3 se referă la dreptul contractantului de a rezilia contractul. Astfel se constată că art. 32.4 (aplicabil atât condițiilor de la art. 32.2, cât și condițiilor de la art. 32.3) prevede în mod simetric, pentru ambele părți, faptul că *„Rezoluțiunea/Rezilierea Contractului (...) intervine cu efecte depline, fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități prealabile și fără a mai fi necesară intervenția vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale”*, astfel încât nu se poate constata încălcarea principiului tratamentului egal și al proporționalității;

- regimul juridic al contractului de achiziție publică, la care Consiliul s-a referit la pag. 32-33 ale prezentei decizii.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei,

...

Redactată în 4 exemplare, conține 42 pagini.