# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE
**Nr. ....**
**Data: ....**

Prin contestația nr. ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., depusă de ..., cu sediul în ....., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului „...", coduri CPV 50232100-1, 34928500-3 și altele, cu data-limită de depunere a ofertelor ...., organizată de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire și obligarea autorității la decalarea termenului de depunere a ofertelor, precum și la plata cheltuielilor de judecată. Ulterior, a solicitat și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale, cerere respinsă de Consiliu ca nefondată, prin încheierea nr. .....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă anumite clauze ale documentației aferente procedurii de concesionare menționată în partea introductivă a acestei decizii:

- art. 3.1.4. din caietul de sarcini: *„Plata lucrărilor și serviciilor ce fac obiectul contractului de delegare prin concesionare a serviciului de ... public se va face după cum urmează:*

*[...] plata se va face in rate egale lunare începând cu prima lună în care se execută asemenea lucrări și până la expirarea perioadei de valabilitate a contractului [...]*

*Pentru lucrările de extindere a ...ului stradal-rutier care vor fi finanțate de operatorul serviciului de ... public, plata se va face [...] în rate lunare egale eșalonate pe perioada rămasă a contractului de delegare a gestiunii serviciului de ... public*."

- modelul de contract, art. 9: *„(2) Prestația efectuată de concesionar privind lucrările de investiții conform ofertei financiare Anexei 1, va fi rambursată în rate lunare egale de către concedent, eșalonat în ... de luni, începând cu prima lună în care se prezintă de către concesionar situații de lucrări privind prestațiile din luna anterioară*."

- modelul de contract, art. 11: *„(3) Pentru lucrările de investiții facturarea și plata valorii acestora se va face în ... rate fixe lunare. Concesionarul va emite în contul concedentului în primele 10 zile lucrătoare a fiecărei luni, pe parcursul perioadei în care trebuie efectuate lucrările de investiții, facturi cu valoarea investițiilor realizate în luna precedentă, având graficele de rambursare în rate conform contract*."

Pe de o parte, se solicită prin art. 3.3.1.3 ca investițiile să se realizeze în 12 luni și, pe de altă parte, în conformitate cu art. 3.1.4, plata se va întinde până la data expirării perioadei contractuale, adică pe 60 de luni. Așadar, se solicită execuția lucrărilor în 12 luni, însă recuperarea sumelor investite este în rate lunare pe timp de 60 de luni, solicitarea însemnând, implicit, finanțarea lucrărilor de investiții.

Nu au fost respectate prevederile imperative ale Legii nr. 72/2013, sens în care contestatoarea reproduce art. 6, 7, 12 și 14 din această lege, care nu admit plata sumelor de bani rezultând din derularea contractului la mai mult de 60 de zile (autoritatea nu poate stipula în contract un termen de plată mai lung de 60 de zile).

Proiectul de contract conține clauze abuzive, care contravin Legii nr. 72/2013. Nu există nicio justificare pentru ca autoritatea să beneficieze de o livrare de bunuri/prestare de servicii și să refuze achitarea contravalorii în 60 de zile prevăzut.

Prin documentația de licitație, autoritatea a solicitat contractantului un anumit tip de prestație, nicidecum să o finanțeze pentru o perioadă de peste 60 de zile.

Autoritatea nu a înțeles să invoce decât plata eșalonată, omițând să cuprindă în documentație obligațiile aferente plății eșalonate – anume costul creditării, dobânda penalizatoare și „celelalte despăgubiri". Dacă s-ar fi dorit finanțarea serviciului, nu doar prestarea, trebuia menționat în mod expres acest aspect în documentație și trebuia să fi fost prevăzute costuri de acoperire a

costurilor creditării. Ar fi devenit aplicabil art. 61 și 62 din Legea 273/2006, referitoare la datoria publică locală.

Cum în documentație nu se stabilesc dobânzi și penalități pentru plata eșalonată și, în speță, nu există avizul comisiei de autorizare a împrumuturilor locale, autoritatea nu poate invoca eșalonarea plății (însăși autoritatea nu îndeplinește condițiile impuse de lege pentru a se putea folosi de prevederile legii în materie de eșalonare).

În punctul său de vedere nr. ....., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației în măsura în care nu s-a depus dovada constituirii cauțiunii în termenul și cuantumul stabilite la art. $61^1$ din Legea nr. 101/2016. Totodată, invocă excepția tardivității formulării contestației, ținând seama că:

- data publicării documentației de atribuire este ....;
- termenul de contestare de 5 zile a început să curgă la ....;
- contestația a fost înregistrată atât la Consiliu, cât și la ...la .....

Față de dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestația este depusă/înregistrată după expirarea termenului de 5 zile fixat de lege, fiind tardiv formulată.

De asemenea, menționând prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr.101/2016, autoritatea invocă și excepția lipsei interesului actual și direct al contestatoarei, în condițiile în care nu a participat la procedură, prin depunerea unei oferte. Nu există nicio garanție că, în măsura în care contestația ar fi admisă, firma ar participa la procedură.

Pe fondul contestației, autoritatea susține că a luat în considerare toate aspectele menționate în art. 13 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 în calculul valorii estimate a contractului:

*„(1) Autoritatea/entitatea contractantă calculează valoarea estimată a concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii utilizând o metodă obiectivă ce trebuie specificată în documentația de atribuire, prin raportare, în special, la următoarele:*

*a) valoarea oricărei forme de opțiune sau de prelungire a duratei concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii;*

*b) venitul din achitarea onorariilor și a amenzilor de către utilizatorii lucrărilor/serviciilor, altele decât cele colectate în numele autorității/entității contractante;*

*c) plățile sau orice avantaje financiare, sub orice formă, efectuate de către autoritatea/entitatea contractantă sau de către orice altă entitate publică în favoarea concesionarului, inclusiv compensația pentru respectarea obligației de serviciu public și subvențiile publice de investiții;*

*d) valoarea granturilor sau a oricăror avantaje financiare, sub orice formă, primite de la terți pentru executarea concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii;*

*e) venitul din vânzarea oricăror active care fac parte din concesiunea de lucrări sau din concesiunea de servicii, cu respectarea prevederilor legale referitoare la regimul juridic al bunurilor proprietate publică;*

*f) valoarea tuturor bunurilor și serviciilor care sunt puse la dispoziția concesionarului de către autoritățile/entitățile contractante, cu condiția ca acestea să fie necesare pentru executarea lucrărilor sau furnizarea serviciilor;*

*g) orice premiu sau plată acordată candidaților/ofertanților*."

În baza art. 5 alin. (2) din Legea nr. 72/2013, cu privire la plata lucrărilor și a serviciilor, respectiv art. 3.1.4 din caietul de sarcini, solicitarea este justificată legal: *„(2) Părțile pot conveni efectuarea plății în mod eșalonat, în acest caz, dobânzile penalizatoare și celelalte despăgubiri prevăzute de prezenta lege se calculează prin raportare la suma scadentă."* În modelul de contract au fost stabilite penalitățile pentru întârzierea plăților.

Potrivit normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, art. 13 alin. (1): „Studiul de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să cuprindă o analiză care să permită definirea și cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor de proiect, luând în considerare, totodată, și variantele identificate de repartiție a riscurilor între părțile viitorului contract de concesiune, precum și analiza privind încadrarea contractului în categoria celor de concesiune." și art. 14 alin. (1) și (2): *„(1) În aplicarea art. 7 din Lege, entitatea contractantă determină, pe baza analizei economico-financiare prevăzute la art. 13, modul în care proiectul ar trebui realizat: fie printr-o concesiune, fie printr-un contract de achiziție publică.*

*(2) Analiza economico-financiară prevăzută la art. 13 presupune derularea următoarelor etape:*

*a) întocmirea costului comparativ de referință;*

*b) determinarea structurii preliminare a concesiunii;*

*c) realizarea analizei economico-financiare*."

Întrucât realizarea lucrărilor de investiții precizate în documentație este potențial generatoare de economie la consumul de energie electrică (principiu care figurează drept criteriu de atribuire), autoritatea înțelege să finanțeze lucrările de investiții și din aceste potențiale economii, precum și din fonduri proprii alocate din bugetul local pe întreaga durată a contractului de concesiune. Obiectul principal al contractului este concesionarea sistemului de ...

public pentru o durată de 5 ani, costurile aferente realizării activităților precizate în documentație fiind decontate în termenul contractual cu respectarea legislației privitoare la plata facturilor aferente prestării serviciilor menționate.

Cu nr. ...., ... a transmis Consiliului note scrise, prin care combate susținerile din punctul de vedere al autorității contractante.

În ceea ce privește tardivitatea contestației, societatea afirmă că a comunicat-o pe e-mail atât autorității, cât și Consiliului, la data de 17.03.2020, aspect ușor de probat prin verificarea e-mailului. Pe de altă parte, operează suspendarea de drept a termenelor de decădere, în baza art. 41 din Decretul nr. 195/2020:

*„Capitolul V - Domeniul justiție*

*Art. 41 - Prescripțiile și termenele de decădere de orice fel nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă pe toată durata stării de urgență instituite potrivit prezentului decret, dispozițiile art. 2.532 pct. 9 teza a II-a din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile*."

Sunt îndeplinite condițiile art. 41, în sensul că:

- termenul de contestare este un termen de decădere, în afara căruia partea își pierde dreptul de a acționa. Fiind un termen de decădere, este prevăzut de art. 41 ca fiind suspendat;

- Consiliul este organism administrativ-jurisdicțional care constituie prima instanță în materie de achiziții publice. Dreptul de a contesta putea fi exercitat direct la instanța de judecată, iar contestația este un demers cu caracter juridic;

- contestația împotriva documentației constituie litigiu, indiferent că este soluționată de Consiliu sau de către instanța de judecată, iar Consiliul acționează ca o prima curte.

În condițiile în care starea de urgență este o situație cunoscută de orice persoană, a se invoca pe perioada acesteia decăderi din termene juridice procedurale constituie un act de rea-credință din partea autorității, față de care contestatoarea solicită obligarea la plata unei amenzi judiciare, în temeiul art. 12 alin. (2) C. proc. civ.

Sunt aduse explicații și în privința netemeiniciei excepției lipsei de interes și a fondului cauzei.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de concesionare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea concesionării serviciului de ... public din comună (activitățile de operare propriu-zisă, gestiune, administrare, exploatare, întreținere-menținere, precum și

activitățile de pregătire, proiectare, finanțare și realizare a investițiilor din infrastructura aferentă serviciului de ... public), pe o perioadă de 60 de luni, contract estimat valoric la ...lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că acele clauze care stabilesc efectuarea plății de către autoritate a contravalorii lucrărilor și serviciilor în rate lunare egale, eșalonate pe durata întregului contract, contravin dispozițiilor legale, ... a atacat-o la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Reclamanta a furnizat Consiliului dovada constituirii cauțiunii, în temeiul art. 61 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, respectiv originalul recipisei de consemnare nr. ..... În consecință, obiecțiunile autorității vizavi de absența cauțiunii în termen și de cuantumul acesteia sunt lipsite de fundament.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către autoritatea concedentă a mai multor excepții, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să le analizeze cu precădere, dat fiind că validitatea demersului reclamantei depinde de soluționarea lor.

Consiliul observă că reclamanta își îndreaptă acțiunea împotriva documentației de atribuire, compusă din șapte fișiere (*[.../00002] 03 Formulare.docx.p7s, [.../00003] 04 studiu de fundamentare concesiune ... ....pdf.p7s, [.../00004] 05 model contract concesiune ... ....pdf.p7s, [.../00005] 06 regulament serviciu ... public ....pdf.p7s, [.../00006] FisaDate_DF1079472. pdf, [.../00008] 01 instructiuni pentru ofertanti.pdf.p7s și [.../00009] 02 caiet de sarcini ... ....pdf.p7s*), despre care a aflat la .... Potrivit art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în cazul în care contestația priveşte conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoştință este data publicării documentației de atribuire, însemnând, în speță, că legea prezumă absolut luarea cunoștință despre clauzele documentației, de către ..., la ....

În legătură cu prezentarea contestației în termenul legal, sunt relevante următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016, în forma în vigoare la momentul la care a fost redactată și transmisă (17.03.2020):

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: [...]

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

Art. 16. - (1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

Din documentele aflate la dosarul cauzei rezultă că ... a transmis contestația prin e-mail, la data de ...., doar Consiliului, nu și autorității contractante.

Cu adresele nr. ....., i s-a cerut contestatoarei un mijloc de probă că a înaintat contestația către autoritatea contractantă în interiorul termenului legal de cinci zile, întrucât mesajul e-mail având atașată contestația recepționat de Consiliu de la .....

În răspunsul său nr. .... (număr de înregistrare la Consiliu), reprezentantul convențional al reclamantei arată, cu privire la excepția tardivității, că este incident art. 41 din anexa nr. 1 la Decretul Președintelui României nr. 195/2020 privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României – „*Prescripțiile și termenele de decădere de orice fel nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă pe toată durata stării de urgență instituite potrivit prezentului decret, dispozițiile art. 2.532 pct. 9 teza a II-a din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile*."

Consiliul apreciază că ipoteza art. 41 al anexei este incidentă speței, pentru a deroga de la obligația înaintării contestației către ... până la sfârșitul zilei de ..... Desigur, astfel cum a transmis contestația Consiliului în respectiva zi, prin e-mail, ... o putea transmite și Comunei ... prin e-mail, având cunoștință despre coordonatele acesteia, expuse chiar în prima pagină a contestației. Comuna, prin primăria aferentă, și-a continuat activitatea și în perioada stării de urgență, în acord cu decretul amintit:

Art. 50. - Pe durata stării de urgență, autoritățile administrației publice centrale şi locale vor lua măsuri pentru organizarea activității astfel încât să fie evitat, pe cât posibil, contactul direct între persoane, inclusiv prin **utilizarea mijloacelor electronice de comunicare**.

Art. 51. - (1) Autoritățile şi instituțiile publice stabilesc măsurile care se impun pentru **asigurarea desfăşurării optime a activității**, cu respectarea regulilor de disciplină sanitară stabilite de autoritățile cu atribuții în domeniu, inclusiv prin hotărârile Comitetului Național privind Situațiile Speciale de Urgență, urmărind cu prioritate asigurarea prevenției şi reducerea riscului de îmbolnăvire.

Însă, dincolo de aceste prevederi, au prevalență în aplicare cele ale art. 41 reprodus – „*Prescripțiile și termenele de decădere* ***de orice fel*** *nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă pe toată durata stării de urgență instituite potrivit prezentului decret, dispozițiile art. 2.532 pct. 9 teza a II-a din Legea*

*nr. 287/2009 privind Codul civil sau* ***alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile***."

Termenul legal de contestare, la care face trimitere art. 16 alin. (1), cu certitudine reprezintă un termen de decădere, iar conform art. 185 alin. (1) C. proc. civ., când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Întrucât art. 41 din anexă se referă la termenele de decădere de orice fel, înseamnă că se referă și la termenele de contestare, cu obligațiile asociate lor, cum este și aceea de comunicare a contestației către autoritatea contractantă. Norma trebuie interpretată și aplicată astfel cum este redactată, fără distincții, în acord cu adagiul „unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem" (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* – a se vedea, cu titlu de exemplu, Concluziile avocatului general Jean Mischo prezentate la 21 martie 2002 în cauza Cipriani, C-395/00, EU:C:2002:209, punctele 62 și 63). De asemenea, trebuie reținută și precizarea din final, că orice „alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile", însemnând că și eventualele dispoziții contrare cuprinse în Legea nr. 101/2016.

În condițiile factuale evocate, înaintarea contestației către ... cu o zi întârziere, respectiv la ...., nu poate fi considerată decădere, iar contestația nu poate fi respinsă ca tardivă, dat fiind că termenul de decădere era suspendat pe durata stării de urgență instituită prin decretul prezidențial. Prin urmare, se respinge ca nefondată excepția tardivității contestației.

Aceeași soluție este valabilă și pentru excepția lipsei de interes a ... în demersul său, demers care nu este condiționat de parcurgerea unei proceduri prealabile de clarificare a documentației de atribuire de către reclamantă și nici de depunerea ofertei. Excepția nu poate fi validată drept întemeiată de către forul administrativ-jurisdicțional, întrucât nici Legea nr. 101/2016 și nici alt act de drept pozitiv nu obligă persoanele care se consideră vătămate să solicite clarificări ori să depună oferte la autoritățile contractante în prealabil contestării. Legea menționată dispune, între altele:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: [...]

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal [...]

prevederi care, citite împreună cu celelalte dispoziții ale legii, nu instituie nicio obligație, pentru persoanele care se consideră vătămate, să poarte o corespondență prealabilă cu autoritățile contractante pe marginea actelor apreciate vătămătoare ori să oferteze. Cu alte cuvinte, actualul cadru legislativ nu instituie, în sarcina contestatorilor, vreo obligație de a notifica anticipat autoritățile contractante, de a le cere clarificări legate de documentele achiziției/concesiunii ori de a participa cu ofertă. De altminteri, în speță, nici nu poate fi condiționată contestarea de depunerea ofertei, în condițiile în care termenul de depunere este până la 10.04.2020 (termenul nu este expirat).

Prin cererea supusă demersului Consiliului, ... urmărește să clarifice condițiile de participare a sa în condiții de legalitate la procedura de concesionare, justificând astfel propriul interes. Contestația nu poate fi respinsă ca lipsită de interes, societatea îndeplinind toate condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind participarea la competiție pentru a îi putea fi atribuit contractul:

- persoana care se consideră vătămată este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire;

- se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

Prejudiciul și interesul procesual rămân chestiuni de fapt, contextuale, lăsate de legiuitor la aprecierea celui care judecă. După cum este cunoscut, art. 33 C. proc. civ. nu face distincție după cum prejudiciul/interesul este patrimonial sau nepatrimonial. Spre pildă, prin .... prin pierderea șansei de a i se atribui contractul în litigiu și de a obține referințele corespunzătoare de atribuire a contractului. Potrivit jurisprudenței instanțelor Uniunii, condiția privind existența unui prejudiciu sigur este îndeplinită atunci când prejudiciul este iminent și previzibil cu certitudine suficientă, chiar dacă acesta încă nu poate fi cuantificat cu precizie (....). Beneficiul nerealizat urmărește despăgubirea pierderii contractului însuși, în timp ce pierderea unei șanse urmărește obținerea unei compensări a pierderii unei șanse de a încheia contractul menționat (....). Împrejurarea că autoritatea contractantă dispune de o marjă largă de apreciere în privința acordării contractului în discuție nu împiedică faptul ca prejudiciul întemeiat pe pierderea unei șanse să aibă un caracter real și cert în sensul jurisprudenței (în acest sens și prin analogie ...). Art. 39 din Legea nr. 100/2016 dispune că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de

atribuire în calitate de ofertant sau de candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, potrivit prevederilor prezentei legi, însemnând că și ... posedă respectivul drept. Nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere nr. .... și nici prin mijloacele de probă anexate lui, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea nu reușește să probeze cu date certe că ... nu dorește să participe ori nu poate participa la procedura de concesionare, în vederea obținerii contractului. Argumentul autorității că nu există nicio garanție că, în măsura în care contestația ar fi admisă, firma ar participa la procedură nu depășește nivelul de simplă suspiciune a autorității, mai ales că societatea este o companie care activează în sectorul serviciilor de ... (.... ....”), având interesul de a participa la competiție în scopul obținerii contractului supus licitării. Simetric, nu există nicio garanție nici că firma nu ar participa, cum sugerează organizatoarea. Lipsa interesului procesual nu se prezumă, ci trebuie temeinic dovedită, *quod non*.

Trebuie amintit și că, potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și ale art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

Prin urmare, Consiliul respinge ca nefondată excepția lipsei interesului invocată de către .... Pot fi atacate la Consiliu actele potențial vătămătoare emise ori asumate de autoritatea contractantă ca parte a documentației de atribuire. Legea nu face distincție după cum actele constituie hotărâri ale consiliului local, motiv pentru care acest aspect nu împiedică reclamarea lor la organul administrativ-jurisdicțional, câtă vreme sunt utilizate de autoritatea achizitoare ca documentație de atribuire și produc o vătămare. Data de la care începe să curgă termenul de contestare a lor este data la care autoritatea le valorifică în cadrul „licitației”,

respectiv de la publicarea lor în SEAP, ca acte pe baza cărora se va desfășura licitația, impuse operatorilor economici interesați. Constituie „document al concesiunii”, cum se arată la art. 5 alin. (1) lit. m) din Legea nr. 100/ 2016, „*anunțul de concesionare, documentația de atribuire, precum şi orice document suplimentar emis de autoritatea/entitatea contractantă sau la care aceasta face trimitere pentru a descrie sau a stabili elementele concesiunii sau ale procedurii de atribuire*”.

În interpretarea contrară, a autorității, se ajunge la concluzia de neacceptat că operatorul economic vătămat de documentația de atribuire nu are dreptul să o conteste, pe considerentul că nu a depus ofertă, deși termenul de ofertare nu este expirat, ori că nu și-a dovedit intenția de a participa la competiție, deși această intenție se deduce ușor tocmai din manifestarea de voință constând în formularea contestației, mai cu seamă că aceasta este dublată de costurile inerente constituirii unei cauțiuni pecuniare. De bună seamă că interpretarea promovată de comuna organizatoare este incompatibilă cu art. 2 și 8 din Legea nr. 101/2016, dar și cu art. 21 din Constituție, întrucât i-ar nega persoanei care se consideră vătămată dreptul de a ataca la o instanță, în etapa anterioară ofertării, actele vătămătoare adoptate de autoritatea contractantă.

Întrucât, din parcurgerea contestației, se vădește că actele care o nemulțumesc pe reclamantă sunt cele care formează documentația de atribuire („*documentul concesiunii care cuprinde cerințele, criteriile, regulile şi alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerințele autorității/entității contractante sau la elementele concesiunii, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice sau documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele şi modul de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile candidaților/ofertanților, studiul de fundamentare*”), termenul de contestare a ei curge de la data publicării în SEAP, dată în raport de care și prin prisma art. 41 din anexa nr. 1 la Decretul Președintelui României nr. 195/2020, redat mai sus, nu este depășit.

Intrând în cercetarea fondului cauzei, organul administrativ-jurisdicțional constată că disputa dintre cele două părți este cauzată de cerințele documentației de atribuire prin care autoritatea investitoare a statuat că plățile anumitor lucrări și servicii contractate se vor realiza în rate lunare egale, eșalonate până la expirarea perioadei de valabilitate a contractului, durata anunțată a acestuia fiind de 60 de luni. Spre pildă, la pct. IV.4.2 - *Modul de prezentare al propunerii financiare* din fișa de date a achiziției

(termenul achiziție este echivalent aceluia de concesiune, în cuprinsul prezentei decizii):

Oferta financiara se va realiza in urma centralizarii datelor din oferta tehnica si va cuprinde:

5.1. Pretul total pentru lucrarile de modernizare a sistemului de ... public;

5.2. Pretul total pentru lucrarile de extindere a sistemului de ... public stradal, ornamental si arhitectural;

5.3. Pretul total pentru lucrarile de modernizare a ...ului ornamental si arhitectural;

5.4. Pretul total pentru realizarea ...ului ornamental festiv;

5.5. Pretul total pentru activitatea de intretinere mentinere a sistemului de ... stradal;

[...]

**Lucrarile de modernizare se vor realiza in maxim 12 luni (2 luni proiectare si 10 luni executie). Plata lucrarilor de modernizare se va face esalonat, pe o perioada de 60 de luni. Contravaloarea serviciilor de intretinere, a lucrarilor de extinderi, ... ornamental, architectural si ... ornamental-festiv se va plati lunar, in baza situatiilor de lucrari solicitate si acceptate de beneficiar la plata.**

În modelul de contract este specificat:

- art. 9 - (2) Prestația efectuată de concesionar privind **lucrările de investiții** conform ofertei financiare Anexei 1, va fi rambursată în **rate lunare egale** de către concedent, eșalonat în ... de luni, începând cu prima lună în care se prezintă de către concesionar situații de lucrări privind prestațiile din luna anterioară.

- art. 11 - (3) Pentru **lucrările de investiții** facturarea și plata valorii acestora se va face în ... **rate fixe lunare**. Concesionarul va emite în contul concedentului în primele 10 zile lucrătoare a fiecărei luni, pe parcursul perioadei în care trebuie efectuate lucrările de investiții, facturi cu valoarea investițiilor realizate în luna precedentă, având graficele de rambursare în rate conform contract.

În caietul de sarcini, autoritatea a menționat:

3.1.4. Plata lucrarilor si serviciilor ce fac obiectul contractului de delegare prin concesionare a serviciului de ... public se va face dupa cum urmeaza:

- Pentru lucrarile de modernizare si eficientizare a sistemului de ... public stradal rutier din ..., constand in modernizarea si eficientizarea acestuia compus din 1147 aparate de ... stradale, echipate cu tehnologie LED cu led-uri de mare putere; modernizarea unui numar de 16 puncte de aprindere prin montarea de puncte de aprindere noi in cutii amplasate pe spatiul public; implementarea unui sistem de telegestiune si telemanagement modern, capabil sa optimizeze consumurile energetice pe intreaga perioada de functionare a ...ului public si sa eficientizeze intreg sistemul de ... public din ..., **plata se va face in rate egale lunare incepand cu prima luna in care se executa asemenea lucrari si pana la expirarea perioadei de valabilitate a contractului**, pe baza situatiilor de lucrari si a documentelor justificative intocmite conform tarifelor unitare din Anexa nr.5 si 5A cuprinsa in Propunerea financiara a operatorului delegat al serviciului de ... public, care face parte integranta din contractul de concesionare.

- Pentru lucrarile de extindere a ...ului stradal-rutier care vor fi finantate de operatorul serviciului de ... public, plata se va face pe baza situatiilor de lucrari si a documentelor justificative intocmite conform tarifelor unitare din Anexa nr.6 cuprinsa in Propunerea financiara a operatorului delegat al serviciului de ... public, care face parte integranta din contractul de concesionare, **in rate lunare egale esalonate pe perioada ramasa a contractului de delegare a gestiunii serviciului de ... public**.

3.1.5 - Durata contractului de delegare a gestiunii Serviciului de ... public implicand modernizarea, extinderea, mentinerea si intretinerea sistemul de ... public al comunai ... va fi de 5 ani, de la data semnarii acestuia.

5.5 - Graficul de executie a lucrarilor de modernizare a sistemului de ... public stradal rutier va fi de tip grafic Gantt cu indicarea clara a drumului critic si determinarea rezervelor de timp de munca. Toate lucrarile de investitii, de mentinere si intretinere si cele privind ...ul ornamental festiv vor privi intreaga perioada a delegarii serviciului de ...

public, de 5 ani din ..., ofertantii vor avea in vedere la elaborarea ofertei lor financiare, cheltuielile pentru intreaga perioada a delegarii serviciului de ... public.

**Lucrarile de modernizare se vor realiza in maxim 12 luni (2 luni proiectare si 10 luni executie). Plata lucrarilor de modernizare se va face esalonat, pe o perioada de 60 de luni.** Contravaloarea serviciilor de intretinere, a lucrarilor de extinderi, ... ornamental, architectural si ... ornamental-festiv se va plati lunar, in baza situatiilor de lucrari solicitate si acceptate de beneficiar la plata.

Din parcurgerea acestor clauze reiese că, pentru lucrările de modernizare (denumite în documentație și de investiții), pe care concesionarul urmează să le realizeze în maximum 12 luni (2 luni alocate proiectării și 10 luni execuției), plata se va realiza de către autoritatea concedentă în mod eșalonat, pe o perioadă de 60 de luni.

În cele patru pagini de explicații pe fondul cauzei, din punctul de vedere nr. ...., ... nu reușește să demonstreze forului administrativ-jurisdicțional necesitatea concretă pentru care viitorul concesionar să finanțeze lucrările de modernizare a sistemului de ... pentru comună și să își recupereze sumele, în tranșe egale, într-un interval de timp considerabil – cinci ani. Eșalonând plata contravalorii lucrărilor, autoritatea pune în dificultate economică executantul, ținut să suporte recuperarea sumelor investite după o lungă perioadă de timp, în rate egale (deși costurile lunare de execuție nu sunt egale), fără o justificare pertinentă și credibilă din partea autorității beneficiare.

Văzând că există divergență între pozițiile exprimate de părțile litigante, Consiliul este ținut să o lichideze prin raportare la dispozițiile din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, lege care se aplică „*creanţelor certe, lichide şi exigibile, constând în obligaţii de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesionişti sau între aceştia şi o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea şi execuţia lucrărilor publice, a clădirilor şi a lucrărilor de construcţii civile*”. În sensul legii, expresiile şi termenii de mai jos au următorul înţeles:

1. autoritate contractantă:

a) orice autoritate publică a statului român, care acţionează la nivel central, regional sau local;

b) orice organism de drept public, altul decât cel prevăzut la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înfiinţat pentru a satisface nevoi de interes general, fără scop lucrativ, şi care se află în cel puţin una dintre următoarele situaţii:

(i) este finanţat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către alt organism de drept public;

(ii) se află în subordinea sau este supus controlului unei autorităţi contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public;

(iii) în componenţa consiliului de administraţie ori, după caz, a consiliului de supraveghere şi directoratului, mai mult de jumătate din numărul membrilor sunt numiţi

de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către alt organism de drept public;

c) orice asociere formată de una sau mai multe autorităţi contractante dintre cele prevăzute la lit. a) sau b);

2. profesionist - orice persoană fizică sau juridică care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ;

Legea transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăţilor în tranzacţiile comerciale, care, la rândul său, oferă definiții pentru o parte dintre conceptele cu care operează, cum sunt:

2. „autoritate publică” înseamnă orice autoritate contractantă, conform definiției prevăzute la articolul 2 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/17/CE și la articolul 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18/CE, indiferent de obiectul sau valoarea contractului;

3. „întreprindere” înseamnă orice organizație, alta decât o autoritate publică, care desfășoară o activitate economică sau profesională independentă, chiar dacă respectiva activitate este desfășurată de o singură persoană.

Din art. 6 al Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune Text cu relevanță pentru SEE aflăm:

Art. 6. - (1) În sensul prezentei directive, „autorități contractante” înseamnă autoritățile de stat, regionale sau locale, organismele de drept public sau asociațiile formate dintr-una sau mai multe astfel de autorități sau organisme de drept public altele decât autoritățile, organismele sau asociațiile care exercită una dintre activitățile menționate în anexa II și atribuie o concesiune pentru exercitarea uneia dintre activitățile respective.

(2) „Autoritățile regionale” includ toate autoritățile din unitățile administrative enumerate neexhaustiv în NUTS 1 și 2, astfel cum sunt prevăzute în Regulamentul (CE) nr. 1059/2003 al Parlamentului European și al Consiliului (20).

(3) „Autoritățile locale” includ toate autoritățile din unitățile administrative incluse în NUTS 3 și unitățile administrative mai mici, astfel cum sunt prevăzute în Regulamentul (CE) nr. 1059/2003.

(4) „Organisme de drept public” înseamnă organismele care au toate caracteristicile următoare:

(a) sunt create cu obiectivul specific de a răspunde unor necesități de interes general, fără caracter industrial sau comercial;

(b) au personalitate juridică; și

(c) sunt finanțate, în cea mai mare parte, de autorități de stat, regionale sau locale sau de alte organisme de drept public; sau fac obiectul supravegherii administrării lor de către organismele sau autoritățile respective; sau au un consiliu de administrație, de conducere sau de supraveghere alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de autorități de stat, regionale sau locale sau de alte organisme de drept public.

Fiind utilizate noțiuni autonome de drept unional, eventualele interpretări particularizate ale statelor membre sunt lipsite de relevanță, prevalând interpretarea supranațională. Noțiunea „autoritate contractantă”, inclusiv aceea de „organism de drept public”, trebuie să primească o interpretare funcțională și largă (....).

În cauza pendinte, ... acționează în calitate de autoritate care dorește să cumpere servicii și lucrări de investiții pe piața de profil (... public). În contractul supus licitației, rolul comunei este de cumpărător de proiect și lucrări (beneficiar) de la un vânzător (proiectant și antreprenor executant). Unitatea administrativ-

teritorială are calitatea de autoritate contractantă când încheie contracte supuse Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, cum este și acela în discuție. Art. 1.169 C. civ. stabilește că părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri.

Din moment ce, pentru atribuirea contractului de servicii și lucrări de concesiune a ...ului public din ..., a ales să apeleze la procedura competițională supusă Legii nr. 100/2016 și s-a declarat atât în anunțul de concesionare, cât și în alte documente ale „licitației" drept „autoritate contractantă", comuna pârâtă trebuie considerată ca fiind autoritate contractantă, atât în lumina Legii nr. 100/2016, cât și a Legii nr. 72/2013, astfel cum a fost precizat în numeroase rânduri de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (hotărâri interpretative).

În consecință, contractul pe care urmează să îl încheie intră în sfera art. 6 din Legea nr. 72/2013:

Art. 6. - (1) Autorităţile contractante execută obligaţia de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesionişti cel târziu la:

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

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

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

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

(3) Părţile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emitere/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.

(4) În cazul instituţiilor publice din domeniul sănătăţii şi entităţilor publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligaţiile băneşti rezultând din contracte încheiate cu profesionişti este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1).

Chiar dacă orice contract cu o autoritate contractantă cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, aceste clauze nu trebuie să excedeze limitelor legii, trecând în sfera celor abuzive – *practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă* (art. 12 din Legea nr. 72/2013).

Operatorul economic reclamant se găsește într-o situație de inferioritate față de autoritatea achizitoare în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către autoritate, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora în absența inițierii unui demers litigios. Dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 urmăresc, între altele, să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile contractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți. *Mutatis mutandis*, este de observat și poziția favorabilă părții dependente/constrânse a .....

Astfel fiind, determinând că achizitoarea ... are calitate de autoritate contractantă, prin prisma Legii nr. 72/2013 citită împreună cu legea concesiunilor, îi revenea obligația de a cuprinde în modelul de contract de concesiune un termen pentru îndeplinirea obligaţiei de plată a sumelor de bani rezultând din contract care să respecte termenul maximal impus de art. 6 din Legea nr. 72/2013. Prin urmare, clauzele din fișa de date, caietul de sarcini și modelul de contract trebuie revizuite, pentru a fi puse în acord cu dispozițiile legale.

După cum judicios a sesizat și contestatoarea, autoritatea contractantă nu a furnizat nicio justificare obiectivă pentru a beneficia de acordarea unui termen de grație pentru plata lucrărilor de investiții de aproape cinci ani ori de împărțirea contravalorii lor în rate egale.

Derogarea de la art. 5 alin. (2) din Legea nr. 72/2013 – *„Părţile pot conveni efectuarea plăţii în mod eşalonat, în acest caz, dobânzile penalizatoare şi celelalte despăgubiri prevăzute de prezenta lege se calculează prin raportare la suma scadentă*.” – este inaplicabilă speței, întrucât una dintre premise constă în acordul ambelor părți în sensul eșalonării, acord care nu există, dovadă fiind tocmai contestația aflată pe rol.

Potrivit Regulamentului de recepţie a lucrărilor de construcţii şi instalaţii aferente acestora, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994 (denumit în prezent „Regulamentul privind recepţia construcţiilor”), în conformitate cu decizia comisiei de recepţie la terminarea lucrărilor, investitorul aprobă, în termen de 3 zile de la luarea deciziei de către comisie, admiterea sau respingerea recepţiei şi semnează procesul-verbal la terminarea lucrărilor (art. 19).

Elocvente sunt și următoarele dispoziții ale Codului civil:

Art. 1.862. - (1) De îndată ce a primit comunicarea prin care antreprenorul îl înştiinţează că lucrarea este finalizată, beneficiarul are obligaţia ca, într-un termen rezonabil potrivit naturii lucrării şi uzanţelor din domeniu, să o verifice şi, dacă aceasta corespunde condiţiilor stabilite prin contract, să o recepţioneze, precum şi, atunci când este cazul, să o ridice.

(2) Dacă, fără motive temeinice, beneficiarul nu se prezintă sau nu comunică neîntârziat antreprenorului rezultatul verificării, lucrarea se socoteşte recepţionată fără rezerve.

(3) Beneficiarul care a recepţionat lucrarea fără rezerve nu mai are dreptul de a invoca viciile aparente ale lucrării sau lipsa aparentă a calităţilor convenite.

Art. 1.876. - (1) În cursul executării contractului, beneficiarul are dreptul ca, fără a stânjeni activitatea normală a antreprenorului, să controleze stadiul de execuţie, calitatea şi aspectul lucrărilor efectuate şi ale materialelor întrebuinţate, precum şi orice alte aspecte referitoare la îndeplinirea de către antreprenor a obligaţiilor sale contractuale.

(2) Beneficiarul comunică antreprenorului constatările şi instrucţiunile sale în scris, dacă nu s-a convenit altfel.

(3) La finalizarea acelei părţi din lucrare ce urmează a fi acoperită prin executarea ulterioară a altor lucrări sau prin montarea unor elemente de construcţii, antreprenorul şi beneficiarul sunt obligaţi să constate împreună existenţa părţii finalizate şi conformitatea acesteia cu dispoziţiile legale şi clauzele contractului. În acest scop, dacă nu s-a convenit altfel, antreprenorul îl convoacă pe beneficiar la locul executării lucrării înăuntrul unui termen rezonabil, a cărui întindere se stabileşte, potrivit uzanţelor existente, în raport cu natura lucrării şi locul situării acesteia. În cazul în care beneficiarul nu se prezintă la termenul comunicat în scris sau pe altă cale convenită de către părţi, antreprenorul poate întocmi singur actul de constatare a lucrării ce urmează a fi acoperită.

Consiliul trebuie să intervină și să asigure un echilibru între interesele concurente, chiar și în cazul contractelor administrative încheiate între o autoritate și un profesionist. De pildă, fiind unidirecționale, unele clauze rup echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera celor abuzive, astfel cum sunt definite de Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante. Nu este acceptabil din perspectiva echilibrului obligațiilor contractuale ca societatea constructoare să suporte eșalonarea plăților pe durata întregului contract, în vreme ce instituția beneficiară îi impune să întocmească proiectul și să îl pună în operă în 12 luni, eșalonarea trecând în sfera clauzelor abuzive – *practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă* (art. 12 din Legea nr. 72/2013). Autoritatea contractantă nu poate să profite și să se „îmbogățească" pe seama constructorului care își va recupera sumele consumate pentru investiții abia la finalul graficului contractului.

În lumina celor expuse, coroborat cu absența oricărei justificări concrete din partea Comunei ... în sensul derogării de la termenul legal de plată a investițiilor de către autoritățile contractante, Consiliul consideră că este necesar ca autoritatea concedentă să revizuiască, din fișa de date, caietul de sarcini și modelul contractului de concesiune, clauzele care prevăd eșalonarea plăților în rate pe durata întregului contract, astfel încât să răspundă exigențelor de legalitate, echitate și de informare corectă a operatorilor economici. Pe de altă parte, în acest fel se elimină efectul descurajator pe care îl au clauzele examinate asupra

potențialilor ofertanți în a participa la licitație, respectiv se dă eficiență principiului concurenței reale (deschiderea pieței), interesul legiuitorului și al oricărei autorități contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să fie aleasă aceea care răspunde cel mai bine necesităților autorității.

Aceasta fiind situația faptică și de drept, reținută în urma cercetării întreprinse în prezenta cauză, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în limita considerentelor de mai sus, contestația ... nr. ....., în contradictoriu cu ..., și va obliga autoritatea contractantă să aducă remedierile necesare în privința documentației de atribuire, conform motivării expuse. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, înainte de data-limită de depunere a ofertelor, cu prelungirea în mod corespunzător a perioadei de depunere a ofertelor, nu mai puțin de 5 zile. Art. 1 alin. (5) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a concesiunilor de lucrări sau a concesiunilor de servicii, cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a clauzelor privind plata lucrărilor de investiții. Prezenta decizie nu afectează drepturile și obligațiile autorității stabilite la art. 53 din normele amintite.

Prelungirea termenului va fi de minimum 5 zile, interval apreciat de Consiliu suficient operatorilor economici interesați pentru adaptarea ofertelor în baza măsurilor de remediere care vor fi luate de autoritate. Dacă aceste măsuri nu vor putea fi publicate înainte de data-limită de depunere a ofertelor, autoritatea va proceda la anularea competiției.

Admiterea contestației este parțială. Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea contestației, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației* – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – *partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei*. ..., deși a solicitat Consiliului – prin contestație – să oblige autoritatea concedentă la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici

nu a anexat la contestație vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Admite în parte contestația ... nr. ....., în limita considerentelor de mai sus, și obligă autoritatea contractantă ... ca, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze cerințele documentației de atribuire, astfel cum rezultă din considerentele expuse. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, înainte de data-limită de depunere a ofertelor, cu prelungirea în mod corespunzător a perioadei de depunere a ofertelor. Dacă aceste măsuri nu vor putea fi publicate înainte de data-limită de depunere a ofertelor, autoritatea va proceda la anularea competiției.

Respinge capătul de cerere al contestatoarei de obligare a autorității la plata cheltuielilor ocazionate de formularea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.