str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de..... nr..., Bloc..., Sc ., Ap..., Sector..., ..., avand punct de lucru activ și adresa de corespondenta in... nr...., ..., înregistrată la... Comerțului sub nr...., având..., reprezentată legal de..., administrator, împotriva documentației de atribuire corespunzătoare Anunțului de participare nr.... din..., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect „Echipamente de laborator în cadrul proiectului de cercetare ...- Sursă de alimentare neîntreruptă, organizată de ...", cu sediul în..... nr....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- constatarea nelegalității, în măsura criticilor de mai jos, a răspunsului autorității contractante prin care aceasta a refuzat remedierea clauzelor contestate;
- obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere a documentației de atribuire prin reformularea/eliminarea clauzelor art..... și..., astfel încât mecanismul contractual să respecte principiile proporționalității, transparenței, tratamentului egal și asumării echilibrate a riscurilor și să fie compatibil cu normele dreptului comun aplicabile contractului;
- obligarea autorității contractante să publice în SEAP forma remediată a modelului de contract și să prelungească termenul de depunere a ofertelor, astfel încât toți operatorii economici să poată formula ofertele în condiții reale de concurență și previzibilitate;
- în subsidiar, în măsura în care Consiliul apreciază că remedierea nu mai este posibilă fără afectarea principiilor achiziției publice, dispunerea măsurii legale corespunzătoare.

Solicită, de asemenea, accesul la dosarul achiziției publice, în condițiile Legii nr...., precum și acordarea cheltuielilor de soluționare a contestației, dacă

acestea vor fi solicitate și dovedite.

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... reclamă documentația de atribuire corespunzătoare Anunțului de participare nr.... din..., solicitând cele de mai sus.

Contestatorul a solicitat în perioada legală de clarificări reformularea clauzelor din documentația de atribuire, arătând în concret caracterul disproporționat și efectul cumulativ al sancțiunilor, precum și riscul patrimonial concret transferat furnizorului în ipoteza denunțării unilaterale:

- art....: o sumă de 10% din valoarea contractului dacă o obligație neexecutată a constituit factor de evaluare;
- art....: o clauză penală de 10% din valoarea contractului fără TVA în cazul rezilierii totale/parțiale pentru neexecutarea/executarea parțială de către Contractant;
- art....: o clauză penală egală cu valoarea obligațiilor contractuale neexecutate, respectiv 100% din valoarea acestora;
- art....: dreptul Autorității contractante de a denunța unilateral contractul, în cel mult 15 zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la încheierea contractului, cu notificare cu numai 3 zile înainte;
- art....: o formulare generală privind repararea prejudiciilor și restituirea produselor/prestațiilor după încetarea contractului.

Autoritatea contractantă a refuzat orice modificare, invocând în esență faptul că prevederile sunt preluate din Documentația standard aprobată prin Ordinul... nr...., că ar reprezenta aplicarea unor dispoziții imperative ale Legii nr.... și că mecanismele de sancționare ar fi justificate prin protejarea fondurilor publice. Cu privire la art...., Autoritatea a indicat ca temei art. 223 din Legea nr. 98/2016 și normele dreptului comun privind imprevizibilitatea și forța majoră.

Contestatorul apreciază că răspunsul nu înlătură nelegalitățile sesizate și, dimpotrivă, confirmă faptul că Autoritatea nu a realizat o analiză concretă a proporționalității mecanismului contractual, limitându-se la invocarea caracterului standard al clauzelor.

Autoritatea contractantă susține că prevederile sunt obligatorii întrucât sunt preluate din Ordinul... nr..... Această susținere nu poate fi primită în forma absolută în care a fost formulată.

Prin urmare, simpla preluare formală a unor clauze din modelul... nu exonerează Autoritatea contractantă de obligația de a respecta Legea nr. 98/2016, inclusiv principiul proporționalității, și nici de obligația de a justifica cerințele și condițiile contractuale raportat la obiectul concret al achiziției.

Mai mult, chiar modelul contractului publicat în această procedură conține prevederi care permit evaluarea și modificarea contractului prin consultarea părților, precum și clauze de revizuire, ceea ce confirmă că documentația standard nu poate fi interpretată ca un text legal absolut rigid.

Art.... aplică o sancțiune fixă de 10% din valoarea întregului contract, indiferent de importanța, ponderea, natura, întinderea și impactul obligației neexecutate.

Problema nu este existența abstractă a unui mecanism destinat protejării avantajului competitiv rezultat din factorii de evaluare, ci lipsa unei corelări între sancțiune și obligația efectiv încălcată. O abatere punctuală și una care golește de conținut un factor esențial sunt tratate identic, iar baza de calcul rămâne întreaga valoare a contractului.

În aceste condiții, sancțiunea poate depăși în mod evident orice prejudiciu previzibil asociat unei neexecutări punctuale. Art. 14 și art. 15 C.civ. consacră buna-credință și interdicția exercitării abuzive a drepturilor, iar art.... C.civ. impune buna-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe durata executării acestuia. Principiul proporționalității este, de asemenea, expres consacrat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Solicită, prin urmare, reformularea art.... astfel încât sancțiunea să fie raportată la obligația concret neexecutată, la ponderea factorului de evaluare și la gravitatea efectivă a neexecutării, iar nu automat la întreaga valoare a contractului.

În subsidiar, solicită eliminarea art.... dacă Autoritatea nu poate demonstra o justificare obiectivă și proporțională a cuantumului fix de 10% pentru orice neexecutare a oricărei obligații care a constituit factor de evaluare.

Art.... instituie, în cazul rezilierii totale/parțiale pentru neexecutare/executare parțială, o clauză penală de 10% din valoarea întregului contract fără TVA, fără raportare la valoarea obligațiilor efectiv neexecutate și fără o limitare sau regulă expresă de ne-cumul cu alte sancțiuni aplicabile aceleiași conduite.

Această formulare este problematică în special prin coroborare cu art.... și art..... Astfel, aceeași conduită de neexecutare poate, în funcție de circumstanțe, activa simultan sau succesiv mai multe mecanisme: penalitatea de 10% prevăzută de art...., penalitatea de 10% prevăzută de art...., clauza penală de 100% din valoarea obligațiilor neexecutate prevăzută de art.... și, distinct, mecanismul garanției de bună execuție.

Nu susține că fiecare dintre aceste instrumente este, în abstract, incompatibil cu legea. Critica privește arhitectura cumulativă și lipsa unei reguli contractuale clare care să prevină suprapunerea sancțiunilor pentru aceeași conduită.

În practica CNSC, prin Decizia nr. ..., Consiliul a analizat penalități de 10%-20% raportate la valoarea contractului și a reținut caracterul vădit disproporționat al acestora, în contextul în care existau și alte mecanisme de sancționare. În aceeași decizie, CNSC a făcut aplicarea principiilor rezultate din art.... C.civ. și a constatat inclusiv o dublare nejustificată a penalităților pentru aceeași situație contractuală.

Prin urmare, solicită fie eliminarea art...., fie reformularea sa astfel încât penalitatea să fie raportată la valoarea obligațiilor efectiv neexecutate și să se prevadă expres că nu se cumulează cu alte clauze penale aplicabile aceleiași fapte, în măsura în care cumulul ar conduce la o sancționare disproporționată.

Art.... stabilește o penalitate egală cu însăși valoarea obligațiilor contractuale neexecutate. În fapt, pentru o obligație neexecutată în valoare de..., clauza penală este de..., înainte de a analiza eventualele alte remedii contractuale.

Autoritatea a răspuns că această limitare la valoarea obligațiilor neexecutate ar exclude suprasancționarea. Argumentul nu este suficient: problema nu este doar baza de calcul, ci cuantumul de 100% aplicat acestei baze, precum și posibilitatea de cumul cu celelalte mecanisme.

Art. 1538 C.civ. califică această prestație drept clauză penală, iar art. 1541 alin. (1) lit. b) permite reducerea judiciară a penalității atunci când aceasta este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului. Existența acestui control judiciar de proporționalitate confirmă că procentul unei clauze penale nu este imun la analiza excesului.

De asemenea, art. 1540 alin. (2) C.civ. prevede că penalitatea nu poate fi cerută atunci când executarea obligației a devenit imposibilă din cauze neimputabile debitorului. Or, contractul trebuie să delimiteze suficient de clar situațiile imputabile Contractantului de cele în care neexecutarea este consecința unei cauze neimputabile.

Solicită reformularea art.... prin raportarea sancțiunii la gravitatea și întinderea neexecutării și prin excluderea cumulului cu alte clauze penale pentru aceeași faptă. În subsidiar, solicităm eliminarea clauzei dacă Autoritatea nu justifică obiectiv necesitatea unei penalități egale cu 100% din valoarea obligațiilor neexecutate.

Art.... acordă Autorității dreptul de a denunța unilateral contractul în cel mult 15 zile de la apariția unor „circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului", cu notificare cu cel puțin 3 zile înainte.

Clauza este problematică prin lipsa unei delimitări obiective a evenimentelor care pot activa dreptul de denunțare. Sintagma utilizată este mult mai largă decât noțiunile definite în același contract de caz fortuit și forță majoră. Contractul definește separat forța majoră ca eveniment independent de controlul părților, imprevizibil și care face imposibilă executarea, însă art.... utilizează o categorie distinctă și mult mai largă.

Autoritatea a susținut în răspuns că temeiul legal este art. 223 din Legea nr. 98/2016. Or, art. 223 alin. (1) enumeră situații specifice în care autoritatea poate denunța unilateral contractul, iar pierderea, diminuarea sau retragerea finanțării nu este menționată ca atare în aceste ipoteze. Art. 223 nu poate fi invocat în mod generic pentru a transforma orice circumstanță imprevizibilă într-un drept unilateral nelimitat de încetare.

În consecință, solicită Autorității să indice exact ipoteza din art. 223 în care se încadrează art.... și, dacă dreptul se întemeiază distinct pe dreptul comun, să indice norma juridică și condițiile concrete care justifică această derogare contractuală.

În plus, art. 1...0 alin. (2) C.civ. consacră regula potrivit căreia contractul se modifică sau încetează numai prin acordul părților ori din cauze autorizate de lege, iar art. 1...6 C.civ. reglementează denunțarea unilaterală și, pentru contractele cu executare succesivă/continuă, impune un termen rezonabil de

preaviz și protejează prestațiile executate sau în curs de executare, în lipsa unei convenții contrare.

Preavizul de numai 3 zile este deosebit de problematic într-un contract de furnizare de echipamente. Furnizorul poate fi obligat, imediat după semnarea contractului, să lanseze comenzi ferme către producători/furnizori, inclusiv pentru produse configurate sau comandate special, cu plată anticipată și fără posibilitate rezonabilă de returnare ori de revânzare către un alt beneficiar.

Într-o asemenea situație, denunțarea după un preaviz de 3 zile poate produce un prejudiciu direct, cert și previzibil: costul produselor comandate, avansuri nerecuperabile, transport, logistică, depozitare și alte costuri nerecuperabile. Aceste consecințe sunt cunoscute sau cel puțin previzibile pentru o autoritate care achiziționează produse și stabilește un grafic de furnizare.

În mod relevant, chiar modelul... utilizat în alte structuri contractuale recunoaște necesitatea reglementării distincte a riscului finanțării și a limitării răspunderii autorității în anumite situații. Prin urmare, nu poate fi susținut că simpla invocare a standardizării impune în mod necesar transferarea integrală a riscului asupra furnizorului.

Solicită ca art.... să fie reformulat astfel încât: (i) cauzele de denunțare să fie definite obiectiv; (ii) să fie exclusă denunțarea pentru cauze imputabile Autorității sau pentru o simplă decizie discreționară privind finanțarea; (iii) preavizul să fie rezonabil raportat la natura furnizării; și (iv) să fie recunoscut expres dreptul Contractantului la recuperarea costurilor directe, necesare, rezonabile și nerecuperabile suportate pentru produse comandate în vederea executării contractului, atunci când denunțarea nu este imputabilă acestuia.

În subsidiar, dacă autoritatea dorește păstrarea dreptului de denunțare pentru pierderea finanțării, solicităm introducerea unei clauze exprese de despăgubire care să acopere cel puțin produsele comandate special, nereturnabile și nerevandabile, avansurile nerecuperabile și costurile logistice directe, dovedite.

Art.... prevede generic că părțile pot fi ținute, chiar ulterior încetării contractului, la repararea prejudiciilor și la restituirea produselor/prestațiilor. Autoritatea susține că această clauză ar opera diferit în funcție de tipul încetării.

Problema este că textul publicat nu face această distincție în mod expres. În forma actuală, art.... nu precizează că, atunci când încetarea operează prin art.... din cauze independente de culpa Contractantului, acesta nu poate fi obligat să suporte costurile și prejudiciile generate de însăși decizia Autorității de încetare.

Această lipsă de claritate este cu atât mai gravă cu cât contractul consacră în sarcina Contractantului mai multe mecanisme de răspundere și penalizare, în timp ce pentru ipoteza denunțării unilaterale a Autorității nu există o regulă contractuală simetrică privind prejudiciul direct al furnizorului.

Solicită completarea art.... printr-o delimitare expresă: prejudiciile imputabile Contractantului se suportă potrivit regulilor răspunderii contractuale, iar prejudiciile directe și necesare suferite de Contractant ca efect al denunțării prevăzute la art...., fără culpa sa, nu sunt puse în sarcina acestuia și, în condițiile dovedirii lor, sunt suportate de Autoritatea contractantă.

Încălcarea principiului proporționalității prin efectul cumulat al clauzelor

Consideră că analiza nu poate fi realizată exclusiv clauză cu clauză. Documentația instituie simultan garanția de bună execuție de 10% din prețul fără TVA, penalitatea de 10% prevăzută la art...., penalitatea de 10% prevăzută la art...., clauza penală egală cu valoarea obligațiilor neexecutate prevăzută la art...., precum și răspunderea pentru prejudiciu prevăzută la art.... și alte remedii ale rezoluțiunii/rezilierii.

Garanția de bună execuție nu este contestată prin prezenta, întrucât existența și cuantumul acesteia rezultă din dispozițiile legale aplicabile. Critica privește însă mecanismele suplimentare care se suprapun peste această garanție.

Autoritatea a susținut că sancțiunile au rol preventiv și reparator și că ar proteja fondurile publice. Acest obiectiv este legitim, dar nu răspunde întrebării esențiale: de ce sunt necesare cumulativ mai multe sancțiuni, inclusiv o penalitate de 100% din obligațiile neexecutate și două penalități distincte de 10% raportate la valoarea întregului contract, pentru atingerea aceluiași obiectiv de protejare a executării?

... nr...., Consiliul a reținut caracterul vădit disproporționat al unor penalități de 10%-20% și a sancționat dublarea mecanismelor penale pentru aceeași situație. Această practică nu conduce automat la nelegalitatea clauzelor din prezenta procedură, dar constituie un reper relevant pentru analiza proporționalității și a cumulului.

Prin urmare, solicită Consiliului să analizeze arhitectura contractuală în ansamblu și să nu considere suficientă justificarea abstractă privind protejarea fondurilor publice.

Autoritatea a afirmat că temeiul principal al introducerii clauzelor este reprezentat de dispozițiile imperative ale Legii nr...., corelate cu dreptul comun. Totuși, răspunsul nu identifică pentru fiecare dintre art..... și... norma legală imperativă care ar impune exact cuantumul și redactarea adoptate.

Ordinul... nr.... nu poate transforma prin el însuși o clauză contractuală într-o normă legală de rang superior. Art. 3 alin. (2) lit. c) din ordin califică Secțiunea III drept model orientativ de contract. În consecință, Autoritatea trebuia să demonstreze necesitatea și proporționalitatea adaptării clauzelor la achiziția concretă, mai ales atunci când i s-a semnalat în mod expres riscul de suprapunere a sancțiunilor și prejudiciul potențial al furnizorului.

Menținerea automată a unor clauze standard, fără analiza concretă a efectului lor cumulativ, nu poate substitui analiza de legalitate cerută de principiile achizițiilor publice.

... relevantă:

1.... nr.... - în cauza în care au fost analizate penalități de 10%-20% din valoarea contractului și mai multe mecanisme de sancționare, Consiliul a reținut caracterul vădit disproporționat al procentelor și a dispus remedierea situației în ceea ce privește dublarea penalităților. Decizia invocă în mod expres art.... C.civ.

2.... privind critica de tip D6 - „impunerea de clauze contractuale inechitabile sau excesive" - confirmă că asemenea clauze pot face obiectul

controlului în etapa documentației de atribuire și că standardizarea nu exclude analiza proporționalității.

3.Ghidurile și materialele instituționale din domeniul achizițiilor publice au tratat ca problemă de risc transferarea excesivă către contractant a unor riscuri care nu îi sunt imputabile, inclusiv în contextul finanțării proiectelor. Aceste materiale nu constituie izvor de drept, dar sunt relevante pentru interpretarea practicii administrative și a principiului alocării rezonabile a riscurilor.

Solicită Consiliului să aibă în vedere această jurisprudență în analiza efectului cumulativ și a proporționalității, fără a pretinde că precedentele sunt identice sub aspect factual.

Contestatorul este operator economic direct interesat de participarea la procedură și riscă să fie obligată, în cazul desemnării ca fiind câștigătoare, să accepte un contract ale cărui riscuri juridice și economice sunt disproporționat alocate.

Prejudiciul nu este ipotetic în sensul unei simple temeri. Într-un contract de furnizare, executarea presupune comenzi ferme către furnizori/producători, iar unele produse pot fi comandate special pentru configurația solicitată de Autoritate. Plata anticipată și imposibilitatea de returnare sau revânzare sunt riscuri comerciale concrete. Existența acestor riscuri este relevantă tocmai pentru etapa de atribuire, deoarece operatorul economic trebuie să își fundamenteze oferta și prețul în cunoștință de cauză.

Codul civil consacră repararea prejudiciului direct și necesar (art. 1530), repararea integrală a prejudiciului și luarea în calcul a pierderii efective și a cheltuielilor rezonabile de limitare a prejudiciului (art. 1531), precum și regula previzibilității prejudiciului (art. 1533). Aceste norme nu creează automat un drept contractual de despăgubire în orice ipoteză de denunțare, tocmai de aceea solicitarea Contestatoarei este ca un asemenea mecanism să fie reglementat expres în contract.

Răspunsul Autorității este insuficient motivat. Art. 223 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează situații determinate de denunțare unilaterală, iar alin. (2) privește introducerea dreptului prevăzut la alin. (1) în condițiile contractuale. Nu rezultă că art. 223 ar institui, în mod autonom, un drept general de denunțare pentru orice pierdere sau modificare a finanțării.

Dacă Autoritatea se prevalează de dreptul comun privind încetarea contractelor, trebuie să indice norma și condițiile concrete care permit această denunțare, precum și raportul dintre acea normă și art. 223. În lipsa unei asemenea delimitări, clauza rămâne insuficient de previzibilă și permite un drept contractual excesiv de larg.

În plus, faptul că documentația de atribuire a prevăzut o condiție suspensivă privind obținerea finanțării până la încheierea contractului nu justifică automat, după intrarea..., un drept nelimitat de denunțare cu un preaviz de numai 3 zile. Sunt situații juridice distincte: riscul neobținerii finanțării înainte de încheierea contractului și riscul pierderii/încetării finanțării după ce furnizorul a început să execute contractul și și-a asumat obligații ferme față de terți.

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr...., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de..., prin care

solicită Consiliului respingerea contestației ca fiind lipsită de obiect, lipsită de interes și complet neîntemeiată, prin raportare la prevederile Legii nr...., ale Legii nr.... și ale....

Excepția lipsei calității de persoană vătămată și a lipsei de interes prin prisma art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016

În conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dreptul de a introduce o contestație aparține exclusiv persoanei care se consideră vătămată, calitatea de persoană vătămată fiind strict condiționată de existența unui prejudiciu real, concret și actual sau potențial, dar cert, generat de un act al autorității contractante.

În cauza de față, criticile de nelegalitate formulate de contestator cu privire la clauzele art..... și... din modelul de contract au un caracter pur abstract, speculativ și teoretic.

Prin contestația depusă, operatorul economic solicită: „obligarea Autorității contractante să adopte măsuri de remediere a documentației de atribuire prin reformularea/eliminarea clauzelor art..... și..., astfel încât mecanismul contractual să respecte principiile proporționalității, transparenței, tratamentului egal și asumării echilibrate a riscurilor". În mod evident, aceste susțineri nu au un corespondent în realitatea procedurii.

Temerea sau presupunerea contestatorului că autoritatea contractantă ar putea aplica în mod abuziv aceste clauze în viitoarea fază de executare a contractului nu reprezintă o vătămare actuală în faza de atribuire.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să constate că nu este îndeplinită condiția vătămării prevăzută de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestația fiind introdusă fără justificarea unui interes lezat în mod real.

Pentru a demonstra caracterul pur ipotetic al susținerilor societății..., solicită Consiliului să aibă în vedere particularitățile economice și structurale ale acestei proceduri care înlătură orice risc patrimonial real:

- Valoarea contractului și aplicarea art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: Bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA. Raportat la această valoare, clauza penală de 10% în caz de reziliere (art....) reprezintă o sumă calculată pe baza valorii de... fără TVA, fiind perfect proporțională cu dimensiunea economică a achiziției și respectând principiul proporționalității consacrat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016. O expunere patrimonială determinată de această valoare nu poate constitui un risc major inapt să permită fundamentarea unei oferte;

Caracterul instantaneu al prestațiilor (uno ictu): Obiectul lotului este furnizarea unui singur echipament individual, respectiv o sursă de alimentare neîntreruptă. Prestația este unică și indivizibilă. Livrarea unitară exclude structural riscurile logistice complexe sau acumulările succesive de penalități etapizate;

- Inaplicabilitatea de drept a art....: Clauza este lipsită de obiect. Prezenta procedură aplică exclusiv criteriul „prețul cel mai scăzut". Procedura nu conține factori de evaluare tehnici sau financiari. Condiția de activare a penalității este imposibil de îndeplinit.

Cu privire la clauza art.... (Penalitatea raportată la factorii de evaluare)

Solicită respingerea criticilor ca lipsite de obiect în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Textul clauzei specifică expres că sancțiunea operează doar „în măsura în care obligația neexecutată a constituit factor de evaluare".

Contestatorul critică această prevedere arătând că: *„ art.... aplică o sancțiune fixă de 10% din valoarea întregului contract, indiferent de importanța, ponderea, natura, întinderea și impactul obligației neexecutate "*, susținând că: „ o abatere punctuală și una care golește de conținut un factor esențial sunt tratate identic, iar baza de calcul rămâne întreaga valoare a contractului".

Procedura de atribuire pentru Lotul 3 nu conține prevederi sau cerințe care să constituie dobândirea unui punctaj suplimentar. Criteriul aplicat este cel mai scăzut preț. Condiția de activare a penalității de 10% este efectiv imposibil de îndeplinit. Clauza a fost menținută formal din structura Documentației standard aprobată prin Ordinul... nr.....

Autoritatea arată că, lipsa totală de obiect în cadrul acestei licitații, înlătură orice vătămare reală sau potențială a contestatorului, precum și a oricărui operator economic.

Contestatorul afirmă că asocierea dintre aceste articole generează o arhitectură problematică, arătând că: *„ aceeași conduită de neexecutare poate, în funcție de circumstanțe, activa simultan sau succesiv mai multe mecanisme: penalitatea de 10% prevăzută de art...., penalitatea de 10% prevăzută de art...., clauza penală de 100% din valoarea obligațiilor neexecutate prevăzută de art.... și, distinct, mecanismul garanției de bună execuție". Ace*astă afirmație este contrazisă de normele din Codul civil și elementele distinctive ale achiziției, respective în ceea ce privește:

Indivizibilitatea bunului: Bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA, reprezentând un singur echipament individual, respectiv o sursă de alimentare neîntreruptă. Obligația contractantului este indivizibilă prin natura ei. Echipamentul fie este livrat în stare funcțională conform cerințelor din Caietul de sarcini, fie nu este livrat;

- Compatibilitatea cu art. 1538 și art.... din Codul civil: în caz de nelivrare totală, intervine desființarea contractului, iar penalitatea aplicată va fi calculată raportat la faptul că bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA. Articolul... plafonează daunele la nivelul obligațiilor rămase neexecutate. Deoarece bunul este unic, nelivrarea înseamnă neexecutare totală. Clauza penală are rolul legal de evaluare anticipată a prejudiciului generat de rezoluțiune, în deplină concordanță cu art. 1538 din Codul civil. Nu există un cumul abuziv interzis de art.... din..., întrucât autoritatea nu solicită simultan și executarea în natură și plata penalității de rezoluțiune;

- Justificarea valorică: Sancțiunea raportată la faptul că bunul are valoarea estimată la suma de... fară TVA nu are un caracter vădit excesiv în sensul art. 1541 alin. (1) lit. b) din Codul civil. Ea reflectă evaluarea anticipată minimă a cheltuielilor administrative pe care Universitatea le va suporta pentru reluarea unei noi proceduri de achiziție publică.

Apreciază că mecanismul este direct corelat cu exigența sporită ce guvernează proiectele de cercetare finanțate din fonduri publice nerambursabile și, deși bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA,

sursa de alimentare neîntreruptă are un rol tehnic critic în protejarea datelor de cercetare. Orice bloc... în furnizare pune în pericol indicatorii asumați în cadrul grantului de cercetare, justificând rigoarea clauzelor în conformitate cu principiul bunei-credințe consacrat de art. 14 și art.... din Codul civil.

Totodată, consideră că, ghidurile instituționale sau materialele de bune practici invocate formal de contestator, nu constituie izvoare de drept și nu pot înlătura această diligență bugetară imperativă.

Cu privire la clauza art.... (Denunțarea unilaterală cu preaviz de 3 zile)

Temeiul legal al clauzei... rezidă în art. 223 din Legea nr. 98/2016 corelat cu normele dreptului comun. Caracterul uno ictu al contractului determină reguli clare de aplicare.

Potrivit art. 1...6 alin. (1) din Codul civil, în contractele cu executare dintr-o dată (uno ictu), dreptul de denunțare unilaterală poate fi exercitat doar atât timp cât executarea contractului nu a început.

Odată ce furnizorul predă echipamentul și se semnează procesul-verbal de recepție, contractul este complet executat. Din acel moment, denunțarea unilaterală devine juridic imposibilă. Fereastra de timp în care autoritatea ar putea activa art.... este extrem de redusă.

Contestatorul susține că: *„preavizul de numai 3 zile este deosebit de problematic într-un contract de furnizare de echipamente ", argumentând că: „furnizorul poate fi obligat, imediat după semnarea contractului, să lanseze comenzi ferme către producători/furnizori, inclusiv pentru produse configurate sau comandate special, cu plată anticipată și fără posibilitate rezonabilă de returnare ori de revânzare către un alt beneficiar", iar: „denunțarea după un preaviz de 3 zile poate produce un prejudiciu direct, cert și previzibil: costul produselor comandate, avansuri nerecuperabile, transport, logistică, depozitare și alte costuri nerecuperabile* ".

În contextul unui contract în care bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA, aceste argumente privind stocuri logistice imense sunt total disproporționate și artificial construite. Clauza contractuală protejează strict autoritatea împotriva riscului sistării sau retragerii independente a finanțării nerambursabile înainte de livrare, încadrându-se în conceptul de imprevizibilitate guvernat de normele de ordine publică.

Universitatea „... nu poate fi obligată să își asume anticipat scheme rigide de despăgubire, depășind cadrul standardizat al... nr.....

Cu privire la clauza art.... (Regimul restituirii prestațiilor)

În contractele cu executare dintr-o dată (uno ictu), desființarea contractului din culpa furnizorului îmbracă forma rezoluțiunii, operând cu efect retroactiv (ex tune), conform art. 1554 alin. (1) din Codul civil. Acest mecanism obligă ambele părți la repunerea în situația anterioară (restitutio in integrum), reglementată de art. 1635 și următoarele din Codul civil.

Contestatorul critică textul clauzei afirmând că: *„art.... nu precizează că, atunci când încetarea operează prin art.... din cauze independente de culpa Contractantului, acesta nu poate fi obligat să suporte costurile și prejudiciile generate de însăși decizia Autorității de încetare". D*in perspectivă juridică este exclusă această interpretare speculativă potrivit căreia autoritatea ar putea reține bunul livrat și să refuze plata în mod simultan. Având în vedere că bunul

are valoarea estimată la suma de... fără TVA, dacă echipamentul nu este conform cerințelor tehnice, contractul se desființează, iar bunul este returnat în natură către furnizor, conform regulilor restituirii prestațiilor din Codul civil, eliminând orice risc de vătămare în sensul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să înlăture trimiterea la... nr.... realizată de contestator. Contestatorul invocă acest precedent arătând că: „Consiliul a analiz*at penalități de 10%-20% raportate la valoarea contractului și a reținut caracterul vădit disproporționat al acestora, în contextul în care existau și alte mecanisme de sancționare ", constatând: „*inclusiv o dublar*e nejustificată a penalităților pentru aceeași situație contractuală".*

După cum se poate observa, această decizie vine în dezlegarea unei situații de fapt complet diferită, în care o autoritate contractantă instituise penalități mari calculate global, care se dublau automat fără niciun criteriu de diminuare sau corelare. în contractul de față, art.... plafonează cuantumul daunelor strict la valoarea obligațiilor neexecutate. Faptul că bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA, completat de inaplicabilitatea demonstrată a art...., face ca argumentul cumulului din decizia citată să fie complet irelevant în speță. Astfel, se poate observa că nu există o vătămare actuală sau identitate de raționament juridic.

Pentru deplina clarificare a cauzei, relevă următoarele particularități distinctive fundamentale:

Complexitatea obiectului contractului: în Decizia nr. 1751/2024 s-a analizat un contract complex de mare anvergură (lucrări sau servicii cu executare succesivă), divizat pe etape și livrări multiple, cu termene intermediare susceptibile de a genera penalități în cascadă. în speța noastră, contractul vizează achiziția unei singure surse de alimentare neîntrerupte, având o natură pur uno ictu, ceea ce exclude structural acumulările de penalități etapizate;

- Mecanismul de calcul și baza de penalizare: în decizia citată, penalitățile de 10-20% se aplicau global la valoarea totală a contractului pentru abateri parțiale. în contractul de față, bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA, penalitatea maximă fiind dimensionată strict la această bază, iar textul art.... plafonează sancțiunea strict la valoarea obligațiilor neexecutate. Indivizibilitatea bunului unic anulează riscul supra-compensării;

- Structura criteriului de atribuire: în precedentul din..., procedura folosea factori complecși de evaluare tehnici, penalitățile fiind corelate cu punctajul suplimentar obținut în licitație. în speța noastră, criteriul este exclusiv „cel mai scăzut preț". Lipsa factorilor de punctaj atrage inaplicabilitatea de drept a art...., lăsând fără sprijin argumentativ întreaga arhitectură de „cumul triplu" invocată artificial de contestator.

Cu privire la cererea de acordare a cheltuielilor de soluționare a contestației:

La capitolele I și XVII din cuprinsul contestației, contestatorul solicită acordarea cheltuielilor de soluționare. Față de aceaste pretenții solicită Consiliului respingerea în totalitate a acestei cereri motivate, pe de o parte, de

caracterul complet neîntemeiat al contestației, nefiind incidentă nicio culpă procesuală a autorității contractante, iar, pe de altă parte, solicitarea are un caracter pur formal, cheltuielile nefiind în niciun fel dovedite sau justificate prin documente anexate la dosarul cauzei, contrar dispozițiilor legale aplicabile.

Autoritatea solicită să se constate faptul că documentația de atribuire reflectă o alocare legală și previzibilă a riscurilor, perfect calibrată la faptul că bunul are valoarea estimată la suma de... fără TVA și la caracterul instantaneu al prestațiilor (uno ictu), în deplină conformitate cu textul Legii nr.... și al Codului civil. Clauzele simt pe deplin justificate de regimul riguros de gestionare a fondurilor publice nerambursabile alocate proiectului de cercetare. Contestatorul nu a demonstrat nicio vătămare directă sau concurențială în sensul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, criticile sale fiind pur teoretice.

Față de toate aceste motive, solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor respingerea contestației formulate de... ca neîntemeiată.

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr..... formulează prezentele concluzii scrise ca răspuns la punctul de vedere nr.... al autorității contractante.

Precizează de la început că prezentele concluzii nu introduc motive sau capete de cerere noi, ci dezvoltă și răspund argumentelor formulate de autoritatea contractantă cu privire la criticile deja deduse judecății prin contestația nr.....

Cu privire la excepția lipsei calității de persoană vătămată și a lipsei de interes, apărarea autorității contractante pornește de la o premisă juridică eronată: aceea că existența unei vătămări în materia Legii nr.... ar presupune producerea deja efectivă a unui prejudiciu patrimonial în etapa de executare a contractului.

Or, art. 3 alin. (1) lit. f) pct. (ii) din Legea nr. 101/2016 definește în mod expres „persoana care se consideră vătămată" ca operatorul economic care „a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu" ca urmare a unui act al autorității contractante de natură să producă efecte juridice. Legiuitorul a prevăzut, așadar, în mod expres și situația riscului de prejudiciere, nu numai pe cea a prejudiciului deja consumat.

În speță, riscul invocat nu este ipotetic în sensul susținut de autoritate. El rezultă nemijlocit din conținutul documentației și al modelului de contract, care instituie în sarcina furnizorului obligații și sancțiuni determinate: art.... stabilește o clauză penală de 10% din valoarea contractului în cazul rezilierii pentru neexecutare/executare parțială, iar art.... stabilește o clauză penală egală cu valoarea obligațiilor neexecutate. Art.... permite autorității denunțarea unilaterală într-un interval de 15 zile de la apariția unor circumstanțe neprevăzute, cu un preaviz de numai 3 zile.

Contestatorul nu solicită să fie protejată de o eventuală aplicare arbitrară a unor clauze în viitor, ci contestă însăși legalitatea și proporționalitatea mecanismului contractual impus ex ante tuturor operatorilor economici interesați. Riscul juridic este actual tocmai pentru că ofertantul trebuie să decidă. În prezent, dacă își asumă participarea și, ulterior, dacă își poate fundamenta oferta economică în condițiile acestor riscuri.

Mai mult art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 include în noțiunea de „act al autorității contractante" orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, precum și omisiunea ori refuzul autorității de a efectua o operațiune în legătură cu procedura. Prin urmare, răspunsul autorității nr...., prin care aceasta a refuzat explicit remedierea clauzelor contestate, reprezintă un act susceptibil de contestare.

În consecință, afirmația autorității potrivit căreia Contestatorul ar trebui să aștepte producerea prejudiciului pentru a avea interes ar conduce la un rezultat contrar chiar scopului Legii nr....: controlul jurisdicțional ar deveni posibil abia după materializarea prejudiciului, deși legea pennite expres contestarea atunci când operatorul economic „riscă să sufere un prejudiciu".

Este semnificativ faptul că autoritatea contractantă nu contestă existența clauzelor și nici efectele lor juridice. Dimpotrivă, aceasta explică mecanismul prin raportare la valoarea de... fără TVA și afirmă că art.... reprezintă 10% din această valoare, iar art.... poate ajunge la valoarea obligațiilor neexecutate.

Prin urmare, autoritatea confirmă exact premisa contestației: există o expunere contractuală determinabilă încă din etapa de atribuire. împrejurarea că valoarea lotului este de... nu transformă riscul într-unui abstract. Proporționalitatea nu se apreciază prin calificarea unei sume drept „mică" sau „mare" în termeni absoluți, ci prin raportare la obligația garantată, prejudiciul previzibil, gravitatea neexecutării, natura contractului și existența altor mecanisme de garantare și sancționare.

Într-un contract cu valoare estimată de..., o penalitate de 10% reprezintă..., iar o clauză penală de 100% din valoarea obligației neexecutate poate ajunge la... pentru neexecutarea totală. La acestea se adaugă, în arhitectura contractuală, garanția de bună execuție, precum și celelalte mecanisme de răspundere. Chestiunea supusă analizei nu este dacă autoritatea poate proteja interesul public, ci dacă nivelul și suprapunerea instrumentelor sunt necesare și proporționale.

Cu privire la art...., Contestatorul ia act de susținerea expresă a autorității că Lotul 3 este atribuit exclusiv pe criteriul „prețul cel mai scăzut" și că nu există factori de evaluare tehnici sau financiari.

Această recunoaștere confirmă că, în procedura concretă, condiția de activare a art.... nu există. Prin urmare, autoritatea nu poate transforma această constatare într-un argument împotriva contestației; dimpotrivă, rezultă că menținerea unei clauze sancționatorii fară obiect în modelul contractual este lipsită de utilitate juridică și contrară exigențelor de claritate și predictibilitate a documentației.

Contestatorul nu insistă ca acest singur aspect să fie considerat determinant pentru soluționarea cauzei. Solicită însă ca recunoașterea autorității să fie valorificată ca atare: art.... nu este necesar pentru această procedură și poate fi eliminat fară niciun impact asupra interesului public sau asupra executării contractului.

Autoritatea răspunde criticii privind cumulul printr-o reducere a problemei la art...., afirmând că acesta plafonează daunele la valoarea obligațiilor neexecutate. Această apărare nu răspunde însă criticii formulate.

Contestatorul nu a susținut că orice clauză penală este nelegală și nici că existența art...., analizat izolat, ar fi suficientă pentru a conduce automat la nelegalitate. Critica vizează arhitectura contractuală: art.... stabilește 10% din valoarea întregului contract pentru rezilierea totală/parțială, în timp ce art.... stabilește, pentru aceeași situație de rezoluțiune/reziliere din cauza neexecutării/executării parțiale, o clauză penală egala cu valoarea obligațiilor neexecutate.

Textele sunt alăturate în același model contractual, iar niciunul nu conține o regulă expresă care să precizeze dacă penalitatea de la art.... se absoarbe în cea de la art...., dacă se deduce din aceasta, dacă se aplică alternativ sau dacă poate fi cumulată. Tocmai această lipsă de corelare este problema de legalitate și predictibilitate.

Apărarea potrivit căreia art.... nu depășește valoarea obligațiilor neexecutate nu răspunde întrebării dacă, pentru aceeași conduită, autoritatea poate pretinde suplimentar și cei 10% prevăzuți ia art..... Într-o asemenea ipoteză, numai pentru neexecutarea integrală a contractului, mecanismul contractual ar permite, în lectura literală a celor două clauze, 100% din obligația neexecutată plus 10% din valoarea contractului, fără a exista o regulă de absorbție sau ne-cumul.

Or, atunci când documentația este... de autoritatea contractantă, sarcina acesteia este să stabilească, în mod clar, mecanismul juridic pe care operatorul economic trebuie să și-l asume. Nu poate fi transferată asupra ofertantului incertitudinea privind raportul dintre două clauze sancționatorii redactate chiar de autoritate.

În plus, art.... prevede acoperirea integrală a prejudiciului pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a altor obligații contractuale, ceea ce întărește necesitatea unei delimitări exprese între clauza penală, despăgubirea pentru prejudiciu și celelalte remedii.

Autoritatea invocă art. 1538 și... C.civ. și susține că art.... reprezintă o clauză penală permisă de lege. Contestatorul nu contestă această calificare. Tocmai art. 1538 C.civ. confirmă însă natura juridică a obligației instituite prin art.... și, implicit, incidența art. 1541 C.civ.

Art. 1541 alin. (1) lit. b) C.civ. permite reducerea penalității atunci când aceasta este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului. în faza de atribuire, problema care trebuie verificată este dacă autoritatea a stabilit o sancțiune proporțională cu riscul pe care urmărește să îl acopere și dacă a analizat efectiv prejudiciul previzibil, nu dacă autoritatea va avea sau nu, ulterior, posibilitatea de a solicita o reducere în instanță.

Autoritatea afirmă că penalitatea de 100% reflectă „evaluarea anticipată minimă a cheltuielilor administrative" pentru reluarea unei proceduri. Această afirmație este însă neprobată și, mai ales, nu explică de ce costurile administrative ale unei eventuale reluări ar fi egale cu 100% din valoarea obligației neexecutate.

O penalitate egală cu însăși valoarea prestației neexecutate reprezintă, în cazul neexecutării totale, o sancțiune de aceeași valoare cu prestația principală, peste care modelul contractual mai prevede art.... de 10% din

valoarea contractului și garanția de bună execuție. Autoritatea nu prezintă nicio analiză economică prin care să demonstreze că această structură este necesară pentru acoperirea unui prejudiciu previzibil.

Invocarea caracterului critic al echipamentului pentru proiectul de cercetare nu înlocuiește analiza de proporționalitate. Dacă echipamentul este într-adevăr critic, autoritatea poate stabili cerințe tehnice, termene ferme, garanții și remedii adecvate; această importanță nu justifică, prin ea însăși, orice cuantum sancționator.

Autoritatea susține că, fiind vorba despre un contract uno ictu. denunțarea unilaterală ar deveni imposibilă după predarea echipamentului și semnarea procesului-verbal de recepție. Chiar dacă se acceptă această premisă juridică pentru executarea deja începută/realizată, concluzia autorității este opusă realității economice invocate de Contestator.

Fereastra în care art.... poate produce efecte este tocmai perioada anterioară livrării, adică perioada în care furnizorul își asumă comenzile către producători, plățile în avans, transportul și celelalte costuri necesare executării. Faptul că denunțarea nu mai poate fi exercitată după recepție nu înseamnă că prejudiciul nu poate apărea; înseamnă doar că prejudiciul se poate produce înainte de recepție.

Mai mult, art.... nu limitează denunțarea la situații concrete precum forța majoră, ci folosește formula largă „circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului". Autoritatea invocă art. 223 din Legea nr. 98/2016, însă nu identifică în punctul de vedere norma care ar impune exact această formulare contractuală, nici nu explică de ce sintagma ar acoperi orice pierdere/încetare a finanțării după încheierea contractului.

Este relevant că Ordinul... nr.... însuși califică Secțiunea III drept „modelul orientativ al unui contract de achiziție publică/sectorială de produse". Prin urmare, faptul că o clauză apare în model nu transformă automat fiecare formulare a acesteia într-o normă legală imperativă și nu înlătură obligația autorității de a o aplica și redacta în acord cu particularitățile procedurii concrete.

În ceea ce privește preavizul de numai 3 zile, autoritatea nu explică de ce un asemenea termen este suficient pentru un furnizor care, pentru executarea unui contract de furnizare, poate fi obligat să plaseze comenzi ferme și să efectueze plăți nerecuperabile. Contestatorul nu pretinde că orice preaviz mai scurt de o anumită durată ar fi, în abstract, ilegal, ci solicită verificarea caracterului rezonabil și proporțional al termenului raportat la natura concretă a furnizării.

Autoritatea susține că este „exclusă" interpretarea potrivit căreia ar putea păstra bunul și refuza plata și că, în cazul neconformității, produsul ar fi restituit potrivit regulilor Codului civil. Această explicație nu rezolvă critica Con testatoarei.

Contestatorul nu a afirmat că autoritatea poate, fară temei, să păstreze produsul și să refuze plata. A arătat că art.... este... generic și nu delimitează expres regimul prejudiciilor în funcție de cauza încetării. Textul publicat spune că părțile „pot fi ținute" ulterior încetării la repararea prejudiciilor și la

restituirea produselor/prestațiilor, fară a preciza ce se întâmplă când încetarea este determinată de art...., fară culpa Contractantului.

Dacă, așa cum susține acum autoritatea, în cazul art.... nu există nicio obligație a furnizorului de a suporta prejudiciile generate de decizia de denunțare a autorității, atunci această delimitare poate și trebuie să fie introdusă în contract. într-o procedură de achiziție publică, operatorii economici nu trebuie să deducă din explicații ulterioare regimul juridic al unei clauze care va deveni parte a contractului.

Mai mult, însăși structura contractului demonstrează că autoritatea știe să delimiteze situațiile de răspundere atunci când dorește: art.... condiționează anumite despăgubiri de existența culpei Contractantului, iar art.... enumeră situații în care răspunderea Contractantului nu operează. Tocmai de aceea, absența unei delimitări similare în art...., în corelație cu art...., este relevantă.

Contestatorul nu contestă caracterul legitim al protejării fondurilor nerambursabile și nici necesitatea autorității de a preveni neexecutarea. Contestăm însă transformarea acestui obiectiv legitim într-o justificare generală pentru transferarea aproape integrală a riscului contractual asupra furnizorului.

În special, autoritatea afirmă că pierderea finanțării ar justifica denunțarea unilaterală, dar nu analizează riscul contractual simetric: după semnarea contractului, furnizorul poate fi determinat de obligațiile sale contractuale să cumpere produsul special pentru beneficiar. Dacă finanțarea încetează ulterior, furnizorul poate rămâne cu un produs pe care nu îl poate returna producătorului și nu îl poate revinde cu ușurință.

În această ipoteză, autoritatea nu suportă un risc echivalent: dispune de dreptul contractual de denunțare cu preaviz de 3 zile, în timp ce furnizorul suportă riscul costurilor deja angajate. O alocare echilibrată a riscului nu presupune eliminarea dreptului autorității de a denunța, ci stabilirea unor condiții previzibile și a unui mecanism rezonabil pentru costurile directe, necesare, dovedite și nerecuperabile generate fără culpa furnizorului.

Această soluție este compatibilă cu protejarea fondurilor publice: nu se solicită o despăgubire pentru profitul viitor sau pentru prejudicii speculative, ci pentru costuri directe și dovedite pe care furnizorul le-a suportat în mod necesar pentru executarea contractului și pe care denunțarea autorității le face nerecuperabile.

Autoritatea invocă în mod repetat caracterul standard al clauzelor. Contestatorul subliniază că tocmai Ordinul nr.... precizează la art. 3 alin. (2) lit. c) că Secțiunea III conține „modelul orientativ al unui contract de achiziție publică/sectorială de produse".

Prin urmare, autoritatea nu poate răspunde criticilor de legalitate exclusiv prin formula „clauza este preluată din modelul...". Un model orientativ este un instrument de standardizare, nu o normă care ar transforma automat orice redactare contractuală într-o soluție imună controlului de legalitate și proporționalitate.

Dealtfel, chiar rațiunea... este standardizarea în vederea unui cadru transparent, previzibil și unitar. Aceste finalități nu sunt satisfăcute atunci

când, într-o procedură concretă în care nu există factori de evaluare, se păstrează o sancțiune dependentă de factori inexistenți sau când două clauze penale distincte, aplicabile aceleiași neexecutări, nu sunt corelate printr-o regulă expresă.

Contestatorul își permite să facă o precizare de rigoare juridică. în contestația inițială a fost menționată „... nr....". Verificarea ulterioară a evidențelor publice arată că nr.... identifică dosarul CNSC, iar decizia de fond este Decizia nr. 1783/C5/... din.... Acea decizie privește o altă problematică și nu constituie un precedent direct pentru cuantumul penalităților discutate în prezenta cauză.

Pentru evitarea oricărei confuzii, Contestatorul nu solicită Consiliului să considere această referire drept precedent obligatoriu sau decisiv. Argumentul de fond privind proporționalitatea rezultă direct din textele legale incidente și din arhitectura contractului contestat.

În schimb, este relevantă pentru prezenta cauză... nr..../.. din..., pronunțată într-o procedură în care au fost contestate, între altele, clauze din modele de contract și cerințe contractuale neclare/disproporționate.

Este necesar să se facă distincția între două chestiuni: caracterul de executare dintr-o dată al obligației de livrare și existența mai multor consecințe juridice atașate aceleiași neexecutări.

Chiar dacă bunul este unic și livrarea se realizează într-un singur moment, aceasta nu răspunde întrebării dacă, în cazul nelivrării, autoritatea poate aplica simultan art.... și art..... Dimpotrivă, tocmai pentru că obligația este unică, riscul suprapunerii celor două clauze pentru aceeași faptă este mai ușor de identificat: neexecutarea totală poate conduce la reziliere, iar ambele texte sunt redactate ca sancțiuni asociate rezilierii/neexecutării.

Argumentul autorității privind indivizibilitatea bunului poate fi relevant pentru stabilirea bazei de calcul, dar nu înlătură problema cuantumului și a cumulului.

În punctul de vedere, autoritatea invocă protejarea fondurilor publice, caracterul critic al echipamentului, valoarea redusă a contractului și caracterul standard al clauzelor. Niciuna dintre aceste împrejurări nu constituie, singură, o fundamentare concretă a cuanturnuri lor de 10% și 100%.

Contestatorul a solicitat accesul la documentele care ar demonstra fundamentarea: strategia de contractare, note interne, analize de risc, avize juridice și documentele prin care au fost stabilite cuantumurile sancțiunilor. Dacă asemenea documente există, acestea sunt esențiale pentru verificarea afirmației că autoritatea a realizat o analiză concretă. Dacă nu există, afirmația privind „calibrarea" și „evaluarea anticipată" a prejudiciului rămâne o justificare post factum.

într-o procedură de achiziție publică, proporționalitatea nu poate fi redusă la afirmația că o sancțiune este acceptabilă deoarece valoarea contractului este mică in opinia acesteia. Trebuie analizată legătura dintre măsura contractuală și obiectivul urmărit, precum și dacă același obiectiv putea fi atins printr-o măsură mai puțin împovărătoare pentru operatorii economici. Pentru un operator economic mic cum este si subscrisa, suma respectiva poate fi considerata mare iar riscul economic pentru societate este implicit mare.

Contestatorul își menține cererea privind cheltuielile de soluționare numai în măsura în care acestea sunt dovedite în condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016. În consecință, nu solicită acordarea unor cheltuieli nedovedite și va depune, dacă este cazul, documentele justificative înainte de pronunțarea deciziei.

Față de cele expuse, rezultă că apărările autorității contractante nu înlătură criticile formulate prin contestație, ci, în mai multe privințe, confirmă premisele acestora:

- autoritatea recunoaște că art.... nu are obiect în procedura concretă, întrucât criteriul este „prețul cel mai scăzut" și nu există factori de evaluare;
- autoritatea confirmă existența unei penalități de 10% din valoarea contractului prin art....;
- autoritatea confirmă existența unei clauze penale de 100% din valoarea obligațiilor neexecutate prin art....;
- autoritatea nu indică o regulă contractuală expresă de absorbție/ne-cumul între art.... și art.... pentru aceeași neexecutare;
- autoritatea nu prezintă o fundamentare concretă care să demonstreze de ce cuantumul de 100% corespunde prejudiciului previzibil sau de ce este necesar în raport cu celelalte garanții și remedii;
- autoritatea admite că art.... operează într-o perioadă anterioară finalizării livrării, fară însă a răspunde riscului concret al costurilor nerecuperabile suportate de furnizor în această perioadă;
- art.... rămâne... generic și nu precizează expres regimul costurilor și prejudiciilor furnizorului în cazul denunțării fară culpa sa;
- invocarea... nr.... nu înlătură faptul că Secțiunea III este calificată de însuși ordinul respectiv drept model orientativ.

În drept, sunt incidente, în principal, dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1) lit. a) și f), art. 8, art. 9, art. 18, art. 21 și art. 26 din Legea nr. 101/2016, precum și art. 14, art. 15, art...., art. 1...0, art. 1...6, art.... din Codul civil, în măsura aplicabilității lor.

Pentru toate aceste motive, solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să admită contestația astfel cum a fost formulată și să dispună măsurile de remediere solicitate, în principal prin reformularea/eliminarea clauzelor contestate astfel încât acestea să fie clare, previzibile, proporționale și să nu permită suprapunerea nejustificată a sancțiunilor pentru aceeași faptă; să dispună corelarea art.... și... în sensul unei delimitări clare a situației în care denunțarea intervine fară culpa Contractantului; precum și publicarea în SEAP a formei remediate și..., prelungirea..., iar pana la o decizie finala... dispună suspendarea procedurii de licitatie pentru acest lot.

Contestatorul informează Consiliul că termenul de depunere al documentelor în acest lot este..., ora 15, iar din observațiile în SEAP autoritatea contractantă nu a suspendat procedura pentru acest lot contestat. Prin urmare până la finalizarea contestației se impune suspendarea procedurii de licitatie în acest lot urmată fiind de o nouă reluare cu un nou termen de depunere dupa Decizia....

În subsidiar, dacă aprecierea Consiliului va fi că anumite critici trebuie analizate distinct, solicită cel puțin admiterea acestora în măsura în care se

constată lipsa de claritate, proporționalitate și corelare a mecanismului contractual și obligarea autorității contractante la măsurile de remediere necesare restabilirii legalității.

Totodată, din verificările efectuate în SEAP rezultă că, până la data prezentei, autoritatea contractantă nu a dispus suspendarea procedurii de atribuire în ceea ce privește Lotul nr...., deși asupra documentației aferente acestui lot există prezenta contestație, aflată în curs de soluționare.

În aceste condiții, există riscul concret ca procedura să continue până la depunerea și ulterior evaluarea ofertelor, înainte de pronunțarea unei decizii de către..., ceea ce ar putea conduce la producerea unor consecințe procedurale și juridice dificil sau chiar imposibil de remediat ulterior.

Față de caracterul actual și iminent al acestui risc, solicită... ca, în temeiul dispozițiilor Legii nr.... privind remediile și căile de atac în materia atribuirii contractelor de achiziție publică, să dispună măsurile necesare pentru suspendarea procedurii de atribuire aferente Lotului nr.... până la soluționarea definitivă a prezentei contestații, astfel încât autoritatea contractantă să nu procedeze la primirea, deschiderea și evaluarea ofertelor în baza unei documentații a cărei legalitate face obiectul analizei....

În măsura în care, ca urmare a soluționării contestației, se va constata necesitatea remedierii documentației de atribuire, solicită ca autoritatea contractantă să procedeze la efectuarea măsurilor de remediere dispuse de... și la stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor, calculat astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze efectiv de timpul necesar pentru formularea ofertelor în raport cu documentația remediată.

Consideră că această măsură este necesară pentru asigurarea efectivității deciziei ce urmează a fi pronunțată de... și pentru evitarea situației în care procedura ar continua până într-un stadiu în care remedierea eventualelor nelegalități constatate ar deveni excesiv de dificilă sau ar afecta în mod nejustificat operatorii economici participanți.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., emisă de..., în valoare de..., potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Analizâ**nd documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:**

...", în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect „...".

Împotriva răspunsului la clarificări privind conținutul documentației de atribuire... a formulat contestația care face obiectul dosarului nr...., criticând refuzul autorității contractante de a modifica o serie de clauze contractuale din modelul de contract atașat anunțului, parte a documentației de atribuire.

Consiliul va respinge excepțiile lipsei calității de persoană vătămată și a lipsei interesului contestatoarei, împotriva documentației de atribuire putând depune documentație orice operator care dorește să participe la procedură. În realitate, argumentele autorității contractante, în susținerea excepțiilor, sunt unele de fond, ce țin, de fapt, de caracterul întemeiat al criticilor.

Consiliul reține că în fapt, contestatoarea critică prevederile documentației de atribuire (modelul de contract), ce a rămas nemodificată în urma clarificărilor.

Contestatoarea susține că actul atacat este răspunsul la solicitarea de clarificări nr...., respectiv răspunsul autorității contractante la solicitarea de reformulare/eliminare a clauzelor art..... și... din modelul de contract.

Consiliul reține, astfel, că față de răspunsul în cauză, contestația depusă în..., respectă termenul legal de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Din conținutul contestației, însă, rezultă că operatorul este nemulțumit de refuzul autorității de a interpreta/completa documentația în sensul solicitat, respectiv de a modifica/elimina anumite clauze contractuale.

Or, sub acest aspect, nesolicitând modificarea documentației de atribuire în termenul legal, contestatoarea nu poate veni, după publicarea răspunsurilor la clarificare, să solicite modificarea documentației de atribuire, răspunsurile la clarificări putând fi atacate, exclusiv, sub aspectul clarității și caracterului complet, astfel cum se prevede la art. 160 din Legea nr. 98/2016:,, (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunţul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabileşte prin anunţul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răs**punde în mod clar şi complet tuturor solicitărilor de clarificare/informaţiilor suplimentare, c**onform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege”.

Astfel, nu există o obligație legală a autorităților/entităților de a accepta orice solicitare de modificare a documentației de atribuire, venită din partea operatorilor economici, aceștia având, de multe ori, interese divergente, cu scopul de a-și maximiza, fiecare dintre ei, șansele câștigării contractului, obligația autorității fiind aceea de a răspunde clar și complet la solicitările de clarificări privind conținutul documentației, verificarea legalității răspunsurilor realizându-se strict prin prisma prevederii legale citate. Refuzul autorității de a modifica modelul de contract este clar și complet, astfel că, sub acest aspect, contestația este nefondată. Sub aspectul solicitării de modificare a documentației, criticile sunt tardive, în condițiile în care contestația a foist depusă în..., iar documentația atacată a fost publicată în..., solicitarea de clarificări și răspunsul aferent neavând rolul de a repune în termen partea nemulțumită de răspunsul autorității contractante.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea de anulare a răspunsului la clarificări atacat prin prezenta, și ca tardiv capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere a documentației de atribuire prin reformularea/eliminarea clauzelor art..... și..., din contestația formulată de... în contradictoriu cu ....".

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, solicitarea de anulare a răspunsului la clarificări atacat prin prezenta, și ca tardiv capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere a documentației de atribuire prin reformularea/eliminarea clauzelor art..... și..., din contestația formulată de... în contradictoriu cu ...".

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

Completul de soluționare a contestațiilor,

PREȘEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
...
...

... practicaua deciziei
...

... în 4 (patru) exemplare originale.