



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ..., România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. „MT6677” din 24.11.2015, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 22949/25.11.2015, S.C. ... S.A., cu sediul social în municipiul ..., str. ..., sector 2, având adresa de corespondență în orașul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de execuție și montaj pentru realizarea sistemului de monitorizare video a vehiculelor în zona punctelor de trecere a frontierei amplasate pe drumurile naționale”, coduri CPV 45316210-0, 34970000-7, 45223000-6 și 71325000-2 (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă C...A S.A., cu sediul în municipiul ..., bd. ..., sector 1 și a solicitat ... subsidiar, în situația în care se va considera că nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate, anularea procedurii de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/ 2006.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

Admite contestația formulată de S.C. ... S.A., cu sediul social în municipiul ..., str. ..., sector 2, având adresa de corespondență în orașul ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă C...A S.A., cu sediul în municipiul ..., bd. ..., sector 1 și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să remedieze documentația de

atribuire conform celor reținute în motivare, să publice în SEAP modificările astfel efectuate în vederea aducerii lor la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu aplicarea celor dispuse.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația nr. „MT6677” din 24.11.2015, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 22949/25.11.2015, formulată de S.C. ... S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă C...A S.A., împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de execuție și montaj pentru realizarea sistemului de monitorizare video a vehiculelor în zona punctelor de trecere a frontierei amplasate pe drumurile naționale”, coduri CPV 45316210-0, 34970000-7, 45223000-6 și 71325000-2 (Rev.2), s-a solicitat ... subsidiar, în situația în care se va considera că nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate, anularea procedurii de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/ 2006.

În susținerea contestației sale, contestatoarea aduce critici caietului de sarcini, fișei de date a achiziției și clauzelor contractuale cuprinse în modelul de contract, puse la dispoziția potențialilor ofertanți, considerându-le cerințe restrictive.

În ceea ce privește cerința de la pct. 8.2 din caietul de sarcini referitoare la „Autenticitatea echipamentelor”, contestatoarea o consideră restrictivă și disproportionată, menită să distorsioneze concurența în condițiile în care producătorul poate fi participant în cadrul procedurii de atribuire, fiind astfel în concurență cu orice furnizor de produse. În acest sens se invocă Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 131/2006.

De asemenea, contestatoarea observă că cerința se regăsește în caietul de sarcini ca fiind „specificații tehnice”, deși aceasta este criteriu de calificare „ascuns”, în consecință, solicitarea prezentării dovezii sau a legăturii legitime a ofertantului cu producătorul neavând vreo legătură cu „specificații tehnice obligatorii” și neputând fi considerată ca fiind „o condiție legală”. Contestatoarea precizează și faptul că legislația în domeniul achizițiilor publice nu conține prevederi exprese cu privire la posibilitatea solicitării unei autorizări din partea producătorului sau a reprezentanților acestuia, fapt pentru care solicită eliminarea cerinței.

Ca urmare a analizei caietului de sarcini, respectiv Anexa 5 a acestuia, contestatoarea observă că, la pag. 85-91, sunt detaliate specificațiile camerei ANPR, acestea fiind bazate pe

caracteristicile camerei producătorului ARH WVGA, exemplificând astfel următoarele cerințe:

- „Incluzând carcasa încălzită și ventilată”, solicitare introdusă doar cu scopul restrictiv de a nu se oferta camere rezistente nativ la temperatura de lucru specificată;

- „Reglaj intensitate proiector IR: joasă, medie, înaltă”: nu există nicio mențiune despre lungimea de undă IR actuală cerută, care poate fi în spectrul vizibil sau invizibil; în cazul ARH, lungimea este unică, respectiv 850 nm, majoritatea celorlalți producători oferind lungimea de 750, 810, 850, 940 nm;

- „Alimentare 24-28 V c.a”, cerință care nu este justificată în cazul în care fiecare punct de monitorizare este prevăzut cu UPS cu: Tensiune ieșire 230 V - 4 prize ieșire IEC;

- „Iris, Focus, Zoom: Monitorizare automată”: atâta timp cât specificațiile de instalare sunt respectate și satisfac cerința de distanță determinată de buclele inductive și asigură citirea a peste 95% din numerele de înmatriculare, contestatoarea consideră că această cerință este determinată de alegerea unui produs specific;

- Paragraful 5.1 „Existența unui mecanism (trigger-bucă inductivă) care declanșează procesul de identificare a numărului de înmatriculare”: camerele ANPR de generație mai nouă și cu performanțe superioare sunt triggerate direct de plăcuța de înmatriculare, asigurând, în același timp, o rată de recunoaștere de 95%, iar designul cu bucle inductive și senzori cu performanțe scăzute conduce la creșterea costului întregii soluții și scăderea fiabilității generale.

Față de aceste aspecte, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea concurenței nr. 21/1996.

În ceea ce privește pct. 4.2 „Proiectarea și execuția lucrărilor de alimentare cu energie electrică” din cadrul caietului de sarcini, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă nu oferă niciun fel de informație cu privire la rețeaua de energie electrică existentă, mai mult aceasta solicitând costurile aferente ATR care trebuie să fie suportate de Beneficiar și să nu fie incluse în propunerea financiară. De asemenea, se critică și pct. 4.4 în care se face aceeași mențiune.

În acest sens, contestatoarea învederează că o astfel de cerință influențează oferta financiară pe care o va putea întocmi operatorul economic, dat fiind faptul că pentru amplasarea instalațiilor și pentru a efectua toate serviciile necesare, orice operator economic va avea anumite costuri ce nu pot fi ignorate. În aceste condiții, contestatoarea solicită remedierea documentației de atribuire, în sensul includerii necesarului obiectiv de produse, de lucrări și de servicii, dar mai ales prin indicarea în clar a elementelor tehnice necesare pentru evaluarea și construirea unei oferte corecte și complete.

Referitor la clauzele contractuale cuprinse în modelul de contract, contestatoarea aduce o primă critică „Termenului de plată”, care este stipulat în cadrul art. 6.1. (1) și, făcând trimitere astfel la prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia

și autorități contractante, consideră că singurul termenul legal de plată derogatoriu este de maxim 60 de zile calendaristice. În aceste condiții, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea clauzei contractuală în sensul „Plata facturilor /.../ se va efectua în termen de 30 de zile /.../. Termenul contractual de plată este prevăzut la 30 de zile /.../”.

Având în vedere cerința de la pct. 6.6 „Nivelul penalităților aplicabile” din modelul de contract, contestatoarea solicită obligarea autorității contractuale la modificarea acestui articol, în sensul aplicării penalităților la valoarea obligațiilor neexecutate sau executate necorespunzător, iar nu la valoarea contractului. Aceasta susține că este necesară penalizarea furnizorului sau a beneficiarului în raport cu ceea ce nu este executat, cuantificarea prejudiciului urmând a se face raportat la obligațiile neexecutate de oricare din părți.

În ceea ce privește pct. 13.2. din modelul de contract, contestatoarea observă că, urmare a calculului acestei penalități, rezultă că autoritatea contractantă va achita o penalitate de aprox. 0,027% pe zi din valoarea facturilor neachitate, iar nu din valoarea contractului, așa cum furnizorul va plăti. Contestatoarea face precizarea că dobânda penalizatoare se calculează prin raportarea la dobânda de politică monetară a BNR, respectiv pentru luna mai 2015 - 1,75% (% p.a.) la care se adaugă cele 8 puncte penalizatoare, rezultând $1,75\% + 8\% / 365 \text{ zile} = 0,02671\%$ penalitate pe zi de întârziere. Prin urmare, contestatoarea solicită aplicarea unui procent de penalități unitar celor două obligații, prin respectarea principiului proporționalității, respectiv aplicarea penalităților se va efectua în ambele cazuri la valoarea obligațiilor neexecutate și prin aplicarea dobânzii penalizatoare astfel cum autoritatea contractantă a definit-o.

O altă critică a contestatoarei vizează pct. II.3) „Durata de execuție a contractului”, de 48 luni, din fișa de date a achiziției, arătând că în cuprinsul contractului sunt prevăzute următoarele:

- art. 7.1. (1) - durata de implementare a prezentului contract este de 12 luni /.../;
- art. 7.1. (2) - perioada de garanție pentru lucrările executate /.../ este de 36 de luni /.../;
- art. 7.1 /3) - durata maximă a contractului este de 48 luni;
- art. 11.2. - executantul are obligația de a finaliza lucrările în vederea recepției pentru cel puțin 50% din Obiective, în termen de cel mult 6 luni /.../.

Având în vedere faptul că aplicarea penalităților se poate efectua în cazul întârzierilor în executarea contractului, iar termenul de 6 luni pentru finalizarea a jumătate din obiective se poate dovedi insuficient pe măsura implementării, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei prevederi din caietul de sarcini și din modelul de contract.

Cu privire la cerința prevăzută la art. 13.4 alin. 2) lit. c) din modelul de contract referitoare la „Rezilierea contractului”, contestatoarea apreciază că pentru a fi în situația de a invoca rezoluțiunea/rezilierea contractului trebuie îndeplinite în prealabil două condiții cumulative: debitorul să fie în întârziere și să nu existe

nicio justificare pentru neexecutarea obligațiilor contractuale, ori ceea ce autoritatea contractantă a inclus la articolul menționat este o modalitate aleatorie de denunțare a contractului, fără a presupune culpa ofertantului, ci doar anumite motive, neprecizate de către Beneficiar, care pot determina denunțarea. În acest sens, contestatoarea solicită eliminarea acestei prevederi. Mai mult de atât, contestatoarea solicită să se includă în modelul de contract faptul că Executantul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data rezilierii contractului.

O ultimă critică adusă de contestatoarea se referă la cerința stipulată la pct. 13.8. alin. 2) din modelul de contract referitoare la „Denunțarea contractului”.

Astfel, având în vedere cerința de la pct. 13.8. alin. 2), potrivit căreia „Beneficiarul are dreptul de a denunța unilateral prezentul contract și în situația în care repartizarea resurselor financiare a fost modificată”, faptul că în fișa de date se precizează la pct. III. 1.2) că „Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante: Venituri proprii”, precum și faptul că autoritatea contractantă are obligația identificării surselor de finanțare înainte de încheierea contractului de achiziție publică, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea prevederii de la pct. 13.8. alin. 2), întrucât există riscul de a fi încheiate contractele fără a exista credite bugetare și, în cazul contractelor de lungă durată, fără a avea credite de angajament.

În drept, contestatoarea își întemeiază contestația pe prevederile art. 255 și următoarele din OUG nr. 34/2006.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.A. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 92/82443/03.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 23359/03.12.2015, autoritatea contractantă C...A S.A. a comunicat dosarul achiziției publice necesar soluționării contestației formulate de S.C. ... S.A., așa cum i s-a solicitat prin adresa Consiliului nr. 12250/...../26.11.2015.

De asemenea, prin adresa nr. 92/82468/03.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 23398/04.12.2015, autoritatea contractantă a comunicat măsurile de remediere aduse documentației de atribuire.

În data de 08.12.2015, prin adresa autorității contractante nr. 92/82767, înregistrată la Consiliu sub nr. 23758/09.12.2015, aceasta a transmis punctul de vedere cu privire la contestație.

Referitor la critica contestatoarei prin care aceasta solicită eliminarea cerinței din caietul de sarcini de la pct. 8.2, autoritatea contractantă susține că își menține această cerință, întrucât, pe de o parte, este de natură a elimina riscul privind furnizarea de echipamente neautentice prin ofertarea unui produs și furnizarea altui produs de calitate și proveniență incerte, iar pe de altă parte, dorește să aibă garanția că furnizorul livrează produsele oferite.

Autoritatea contractantă precizează că cerința este de natură tehnică pentru activități adiacente celor care determină obiectul principal al achiziției.

Referitor la critica cu privire

contractantă precizează următoarele:

- carcasa încălzită și ventilată: s-a avut în vedere asigurarea funcționării optime a camerelor video în condiții meteo extreme, în caz contrar existând riscul major de scădere a performanțelor camerelor video chiar și în cazul în care acestea funcționează la temperatura de lucru specificată;

- reglajul intensitate proiector IR: s-a avut în vedere ca cerința să nu fie restrictivă prin precizarea unei valori a lungimii de undă, astfel că aceasta acoperă funcționarea în toată plaja lungimii de undă a spectrului infraroșu pentru funcționarea camerei video în scop ANPR; spectrul IR este invizibil ochiului uman, pentru a nu exista riscul producerii efectului de orbire asupra persoanelor atunci când camerele video funcționează în scopul achiziției; cerința privind reglajul intensității proiectorului IR este justificată de faptul că instalarea camerelor video se realizează în amplasamente în care condițiile de iluminare sunt diferite, astfel fiind necesară ajustarea intensității luminoase.

În ceea ce privește cerința privind „Alimentarea 24-28 V c.a.”, autoritatea contractantă precizează că a adoptat măsuri de remediere, după cum urmează:

- Text inițial Poziția A2 subpct. „Alimentare: 24÷28 V c.a.” se modifică astfel: Poziția A2 subpct. „Alimentare”: „Alimentare: curent alternativ de tensiune 230 V cu/fără adaptor/transformator și asigură compatibilitate cu celelalte echipamente”;

- Text inițial Poziția B2, subpct. „Alimentare: 24÷ 28 V c.a.” se modifică astfel: Poziția B2, subpct. „Alimentare”: „Alimentare: curent alternativ de tensiune 230 V cu/fără adaptor/transformator și asigură compatibilitate cu celelalte echipamente”.

Referitor la „iris, focus, zoom”, autoritatea contractantă susține că dorește camere video cu lentile motorizate pentru asigurarea performanței camerelor video prin modificarea distanței focale pe baza mișcării detectate în imagine și să focalizeze în anumite puncte la distanțe diferite, față de lentile fixe care focalizează în mai multe puncte fără a oferi o claritate corespunzătoare într-un punct anume.

Cu privire la „Existenta unui mecanism (trigger-bucă inductivă)”, autoritatea contractantă a avut în vedere creșterea performanței înregistrărilor, deoarece prin utilizarea buclelor inductive se reduce dependența de condițiile atmosferice defavorabile față de camerele video cu prelucrare exclusivă a imaginilor.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la cerința din caietul de sarcini de la pct. 4.2, autoritatea contractantă învederează că a prevăzut că suportă costurile aferente ATR tocmai pentru a se realiza o ofertare echidistantă, la care ofertanții să nu ia în considerare costurile bransamentelor, care pot diferi în funcție de distanța de la care se realizează bransamentul.

Referitor la Nota de la pct. 4.4.a) din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, în sensul că textul „Costurile aferente obținerii avizelor, acordurilor și autorizațiilor vor fi suportate de către Contractant și nu vor fi incluse în oferta financiară a Ofertantului”, va fi modificat astfel: „Costurile aferente obținerii avizelor, acordurilor și autorizațiilor vor fi suportate de către Contractant și

nu vor fi incluse distinct în oferta financiară a Ofertantului”.

În continuare, autoritatea contractantă aduce la cunoștință faptul că termenul derogatoriu la care se face referire la art. 6.1 (1) din modelul de contract, respectiv la pct. 8.2 din caietul de sarcini, este regula instituită de art. 6 „Termenul legal de plată” din Legea nr. 72/2013, iar formularea art. 6.1 alin. (1) a avut în vedere excepția stabilită de art. 7 „Termenul contractual de plată” din același act normativ.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de modificare a clauzelor contractuale 6.6. și 13.2 din modelul de contract, autoritatea contractantă subliniază că diminuarea penalităților aplicate Executantului ar aduce prejudicii foarte mari în situația neîndeplinirii de către acesta a obligațiilor contractuale, iar aceasta, în calitate sa de reprezentant al interesului public, are obligația de a se asigura că Executantul își va îndeplini toate obligațiile la timp. În condițiile în care Executantul își va respecta obligațiile contractuale asumate, Achizitorul, în calitate de autoritate contractantă, nu va aplica nicio penalitate. Prin stabilirea acestor penalități se dorește să se asigure că Executantul înțelege importanța publică a obiectivului a cărui finalizare îi revine.

Autoritatea contractantă susține, de asemenea, că prezentul contract este unul administrativ în lumina definiției dată de Legea nr. 554/2004, iar regimul juridic al prezentului contract este unul special, preponderent de drept public și, fiind încheiat în vederea realizării unei competențe a administrației publice, presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice în relația contractuală cu statul sau entitățile publice ale sale, principiul libertății contractuale fiind subordonat principiului interesului public.

Cu privire la solicitarea contestatoarei privind eliminarea clauzei contractuale 11.2. din cuprinsul modelului de contract, autoritatea contractantă nu achiesează la aceasta, argumentând că dorește funcționarea acestor sisteme într-un termen cât mai scurt pentru fluidizarea traficului rutier și pentru efectuarea controlului automat al vehiculelor privind deținerea rovinei valabile.

Referitor la susținerea contestatoarei în care contestă art. 13.4 alin. (2) lit. c) din contractul de lucrări, autoritatea contractantă menționează că invocarea art. 1516 alin. (2) Cod Civil nu are relevanță sub acest aspect, deoarece face referire la drepturile creditorului în cazul în care debitorul nu își execută obligația, iar prevederea art. 13.4 alin. (2) lit. c) „nu are în vedere o neîndeplinire culpabilă a obligațiilor”. Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 1550 și art. 1552 alin. (1) Cod Civil dar și faptul că prezentul contract este unul administrativ, iar părțile nu se află în poziții de egalitate juridică la data încheierii contractului, „particularul fiind subordonat juridic autorității publice”.

În ceea ce privește ultima critică adusă de contestatoare, autoritatea contractantă menționează că utilizează fonduri publice, iar încheierea, executarea și încetarea contractului administrativ sunt subordonate principiului priorității interesului public față de interesul privat. Contractul administrativ cuprinde clauze derogatorii de la dreptul comun, cunoscute drept clauze exorbitante, imperative prin puterea legii, care nu pot face obiectul niciunei negocieri. De asemenea, se face

trimitere și la prevederile art. 1 și art. 26 din Directiva nr. 18/2004.

Față de cele mai sus precizate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de S.C. ... S.A. și continuarea procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. MT 7229/10.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 23916/11.12.2015, contestatoarea S.C. ... S.A. a comunicat „Note scrise” ca urmare a adresei cu privire la măsurile de remediere aduse de autoritatea contractantă, precum și ca urmare a punctului de vedere al acesteia.

Contestatoarea face precizarea că susținerile autorității contractante sunt contrare normativelor aplicabile legislației în materia achizițiilor publice, reiterând că cerința referitoare la înscrisurile emise de producător/reprezentantul producătorului este o acuză gratuită la adresa tuturor ofertanților, întrucât proveniența produselor este dată chiar de către part-number-ul pe care autoritatea contractantă l-a cerut pentru fiecare produs hardware, cu alte cuvinte livrarea unui produs „neautentic, din surse incerte” nu va putea fi verificată sau nu va putea direcționa către un producător autentic.

În ceea ce privește lipsa precizării acestei cerințe de calificare în cadrul fișei de date, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă recunoaște acest viciu de procedură, sens în care această cerință trebuie considerată ca fiind nescrisă.

În opinia contestatoarei, solicitarea prezentării dovezii sau a legăturii legitime a ofertantului cu producătorul, nu are nicio legătură cu „specificatii tehnice obligatorii” și nu poate fi considerată ca fiind „o condiție legală”, cerința presupunând o „autorizare de la producător”, care este interzisă prin Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, ca fiind restrictivă.

Referitor la cerințele camerei ANPR, contestatoarea observă că prin punctul de vedere autoritatea contractantă aduce argumente doar în favoarea camerei selectate și a producătorului respectiv, fără a face dovada faptului că pot fi oferite mai multe produse de la mai mulți producători de camere. Mai mult de atât, autoritatea contractantă restricționează competiția prin „cumul de cerințe” și nu prin fiecare nivel de performanță pentru cerințele luate „separate”.

Contestatoarea reiterează susținerile referitoare la cerința privind costurile aferente ofertei.

În continuare, contestatoarea argumentează critica cu privire la clauzele contractuale, arătând că autoritatea contractantă amintește de o excepție în cadrul Legii nr. 72/2013, însă este evident că nu înțelege situația excepțională pe care doar părțile o agreează, ori, în cazul de față, termenul este stabilit în mod unilateral, ofertantul neavând nicio putere de decizie.

Contestatoarea arată că termenul este prevăzut în documentația de atribuire, însă fără a fi precizată justificarea pentru care se impune aceste termen.

Invocând prevederile art. 14 lit. d) din Legea nr. 72/2013, conform căroră termenul de plată este de 30 de zile, contestatoarea solicită Consiliului să constate că termenul maxim legal de plată în contractele încheiate între profesioniști și instituțiile publice este de 30 de

zile, orice clauză contractuală ce ar fixa un termen mai mare de plată fiind considerată, în accepțiunea legiuitorului, clauză abuzivă. Dispozițiile legii nr. 72/2013 sunt dispoziții speciale 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, dispoziții adoptate de legiuitor în scopul transpunerii Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale. Contestatoarea mai adaugă că singurul termenul legal de plată derogatoriu este de maxim 60 de zile calendaristice și este prevăzut doar pentru instituțiile publice din domeniul sănătății și entitățile publice care furnizează servicii medicale de sănătate.

În ceea ce privește celelalte clauze stabilite, contestatoarea subliniază că în jurisprudență s-a admis că autoritatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general, arătând că relevante contextului sunt prevederile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 și cele ale art. 15 din Noul Cod Civil. De asemenea, se invocă și practica Consiliului.

Restul susținerilor reprezintă reiterări ale contestatoarei din cererea sa introductivă.

Prin adresa nr. 12739/... .. /11.12.2015, Consiliul a solicitat autorității contractante C...A S.A., transmiterea susținerilor față de adresa nr. MT 7229/10.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 23916/11.12.2015, formulată de contestatoarea S.C. ... S.A., intitulată „Note scrise”.

Prin adresa nr. MT 7405/17.12.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. 24311/17.12.2015, contestatoarea a transmis, la solicitarea Consiliului transmisă prin adresa nr. 12903/... .. /16.12.2015, susțineri referitoare la măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă, precizând că este de acord cu măsura de remediere referitoare la pct. A2 și poziția B2 subpunctul Alimentare 24-28 V c.a.

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

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă” fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de execuție și montaj pentru realizarea sistemului de monitorizare video a vehiculelor din zona punctelor de trecere a frontierei amplasate pe drumurile naționale” coduri CPV 45316210-0, 34970000-7, 45223000-6, 71325000-2, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../..., stabilind data deschiderii ofertelor la 10.12.2015, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 13.123.986,76 lei.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată prin Decizia Consiliului nr. .../.../.../..., în sensul că aceasta a fost admisă și s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire.

Din conținutul contestației rezultă că aceasta vizează

prevederi ale documentației de atribuire, publicată în SEAP odată cu publicarea anunțului de participare.

Ca urmare a depunerii prezentei contestații, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere care vizează două dintre criticile formulate (publicate în SEAP la data de 03.12.2015), astfel că, prevederile criticate din documentația de atribuire vor fi analizate prin luarea în considerare a măsurilor de remediere luate de autoritatea contractantă.

Analizând prima critică a autorității contractante, respectiv cea referitoare la cerința caietului de sarcini privind „autenticitatea echipamentelor”, cerință neremediată de autoritatea contractantă, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din considerentele prezentate în continuare.

Potrivit specificațiilor caietului de sarcini, cap. 8.2 „Autenticitatea echipamentelor”, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților următoarea cerință: *„În scopul eliminării riscului privind furnizarea de echipamente neautentice, beneficiarul stabilește ca cerință minimă, prezentarea unor înscrisuri (original/copie legalizată/copie lizibilă semnată și ștampilată pentru «conformitate cu originalul»), emise de producător/reprezentantul producătorului în favoarea ofertantului, care să ateste o legătură legitimă a ofertantului cu producătorul/reprezentantul producătorului pentru echipamentele hardware oferite, în care să se menționeze obiectul contractului. (...)”*.

Impunerea acestei cerințe în cadrul caietului de sarcini, a fost justificată de autoritatea contractantă, în punctul de vedere transmis Consiliului în referire la prezenta contestație, prin faptul că aceasta are rolul de a „elimina riscul privind furnizarea de echipamente neautentice prin ofertarea unui produs de calitate și proveniență incerte. Totodată, prin cerința din caietul de sarcini, autoritatea contractantă își dorește să aibă garanția că furnizorul livrează produsele respective”.

Relevante în analiza acestei critici sunt următoarele prevederi legale:

- art. 35 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, potrivit căruia „Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice”;

- art. 35 alin. (2) din ordonanță, potrivit căruia „Specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante”;

- art. 35 alin. (3) din același act normativ, care dispune că „Specificațiile tehnice definesc, după caz și fără a se limita la cele ce urmează, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, cerințe privind impactul asupra mediului înconjurător, siguranța în exploatare, dimensiuni, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare și instrucțiuni de utilizare a produsului, tehnologii și metode de producție, precum și sisteme de asigurare a calității și condiții pentru certificarea conformității cu standarde relevante sau altele asemenea. În cazul contractelor pentru lucrări, specificațiile tehnice pot face referire, de asemenea, și la prescripții de proiectare și de calcul al costurilor, la verificarea,

inspecția și condițiile de recepție a lucrărilor sau a tehnicilor, procedeele și metodelor de execuție, ca și la orice alte condiții cu caracter tehnic pe care autoritatea contractantă este capabilă să le descrie, în funcție și de diverse acte normative și reglementări generale sau specifice, în legătură cu lucrările finalizate și cu materialele sau alte elemente componente ale acestor lucrări”.

Analizând legalitatea stabilirii acestei cerințe în cadrul caietului de sarcini, Consiliul constată că, față de prevederile legale citate anterior, solicitarea referitoare la prezentarea de înscrisuri emise de producător/reprezentantul producătorului în favoarea ofertantului, care să ateste o legătură legitimă a ofertantului cu producătorul/reprezentantul producătorului pentru echipamentele hardware oferite, în care să se menționeze obiectul contractului, nu reprezintă o specificație tehnică, așa cum a fost aceasta definită de legiuitor, astfel încât nu se poate regăsi în cadrul caietului de sarcini.

Pe de altă parte, potrivit prevederilor Anexei nr. 1 la Ordinul nr. 509/2011 al președintelui ANRMAP, privind formularea criteriilor de calificare și selecție, ordin obligatoriu a fi respectat de părți în prezenta procedură, așa cum rezultă din pct. III.1.5) Legislație aplicabilă, este considerată formulare restrictivă a documentației de atribuire, solicitarea „autorizației/împuternicirii pentru livrarea/comercializarea produselor din partea producătorului sau importatorului”.

Ordinul ANRMAP privind formularea criteriilor de calificare și selecție are în vedere dispozițiile art. 188 alin. (1) lit. e) din OUG nr. 34/2006, conform căruia „În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de furnizare, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de cantitatea și de complexitatea produselor ce urmează să fie furnizate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele: mostre, descrieri și/sau fotografii a căror autenticitate trebuie să poată fi demonstrată în cazul în care autoritatea contractantă solicită acest lucru.”

În aceste condiții, Consiliul constată că această cerință referitoare la autenticitatea echipamentelor, respectiv prezentarea „unor înscrisuri (original/copie legalizată/copie lizibilă semnată și ștampilată pentru «conformitate cu originalul»), emise de producător/reprezentantul producătorului în favoarea ofertantului, care să ateste o legătură legitimă a ofertantului cu producătorul/reprezentantul producătorului pentru echipamentele hardware oferite, în care să se menționeze obiectul contractului. (...)”, se impune a fi eliminată din cadrul caietului de sarcini, sub acest aspect contestația fiind întemeiată.

Analizând cea de-a doua critică, referitoare la specificațiile camerei ANPR, Consiliul constată că această critică este dezvoltată în 5 subcritici, după cum urmează: solicitarea „carcasei încălzite”; lipsa mențiunii despre lungimea de unda IR actuală cerută aferentă specificației „reglaj intensitate proiector IR: joasă, medie, înaltă”; impunerea specificației „input voltage 24 V- 28 V AC” în cazul ARH; specificațiile „iris, focus, zoom: monitorizare automată, impuse în fișa ARH; „paragraful 5.1 specifică cerința: Existența unui

inductivă) care declanșează procesul de identificare a numărului de înmatriculare”.

În ceea ce privește prima subcritică Consiliul constată că, în cadrul caietului de sarcini, Anexa 5 – „Specificații tehnice minime subsisteme”, cap. A - Punct monitorizare/Control rovinietă, pct. A.2 – Camera video ANPR, autoritatea contractantă a precizat că acest echipament trebuie să includă „sistem de montare/prindere și carcasă încălzită și ventilată”.

Potrivit prevederilor aceleiași anexe a caietului de sarcini, pct. A.2 criticat, camera video în discuție este utilizată pentru Punct Monitorizare/Control Rovinietă, la pct. 3.9.2 Condiții de mediu, din caietul de sarcini, autoritatea contractantă făcând precizarea conform căreia „Contractantul va instala echipamentele în exterior astfel încât să funcționeze corespunzător în toate anotimpurile. Pentru toate echipamentele furnizate și instalate la exterior, trebuie analizate lucrări de protecție împotriva pătrunderii apei cauzată de ploi puternice sau inundații, șocurilor electrice etc.”.

Pe de altă parte, în caietul de sarcini, cap. 4 – Lucrări și servicii – activități specifice, pct. 4.1 – Proiectarea și execuția lucrărilor de infrastructură, autoritatea contractantă a menționat că „Pentru proiectarea și execuția lucrărilor de infrastructură, Contractantul va ține cont de următoarele: (...) b. Amplasamentul dulapului, a stâlpilor de susținere a consolei, inclusiv a fundațiilor acestora a cablurilor aferent, vor fi proiectate în zona de siguranță a drumurilor naționale (...); d. Amplasarea camerelor se va realiza pe grinda în consolă a stâlpului metalic sau direct pe stâlpii metalici fără consolă (...); h) Lucrările de realizare a grinzii metalice în consolă vor asigura gabaritul minim de liberă trecere de 5,50 m față de cota cea mai ridicată a îmbrăcăminții părții carosabile”.

Din conținutul acestor prevederi ale caietului de sarcini, rezultă că echipamentele în discuție, respectiv camerele ANPR, urmează să fie utilizate în exterior, fiind necesară funcționarea corespunzătoare a acestora în toate anotimpurile. Astfel, Consiliul constată că necesitatea autorității contractante este de a achiziționa un echipament care să funcționeze optim în condiții meteo extreme.

C...A S.A. este singura în măsură să cunoască în mod exact necesitățile sale obiective, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a acestora reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor publice, în speță având incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție.

În aceste condiții, Consiliul reține ca pertinentă justificarea autorității contractante, formulată în cadrul punctului de vedere referitoare la faptul că a impus această cerință întrucât „s-a avut în vedere asigurarea funcționării optime a camerelor video în condiții meteo extreme (ploaie, ninsoare, vânt puternic, umiditate crescută) eliminarea formării peliculelor de apă/gheață pe lentila camerei video/geamul carcasei, eliminarea formării condensului, eliminarea scăderii vitezei de reacție a mecanismelor camerei video”.

De altfel, contestatoarea nu a dovedit faptul că această

specificație tehnică este îndeplinită de un singur echipament, deși potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, simpla prezentare a specificațiilor tehnice ale unui produs care îndeplinește această cerință a caietului de sarcini nefiind suficientă și relevantă.

Având în vedere cele reținute anterior, critica autoarei contestației referitoare la acest aspect este neîntemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la lipsa mențiunii despre lungimea de unda IR actuală cerută aferentă specificației „reglaj intensitate proiector IR: joasă, medie, înaltă”, Consiliul constată că, în cadrul aceleiași Anexe 5 – „Specificații tehnice minime subsisteme”, pct. A.2 Camera video ANPR, autoritatea contractantă a stabilit în legătură cu specificația „reglaj intensitate proiector IR”, următoarele caracteristici minime: joasă, medie, înaltă.

Stabilirea acestei cerințe a caietului de sarcini, așa cum rezultă din punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă în legătură cu această critică, acoperă funcționarea camerei video în scop ANPR, fiind astfel formulată pentru a nu exista riscul producerii efectului de orbire asupra persoanelor atunci când camerele video funcționează în scopul achiziției, reglajul intensității proiectorului IR fiind justificat de faptul că instalarea camerelor video se realizează în amplasamente în care condițiile de iluminare sunt diferite, fiind necesară ajustarea intensității luminoase.

Verificând această susținere a autorității contractante, Consiliul constată că, într-adevăr, potrivit informațiilor din caietul de sarcini, pct. 5.4.1 Punct de monitorizare/Control Rovinietă, „... este necesară instalarea resurselor hardware și software în cadrul Obiectivelor din Anexa 1 ce îndeplinesc acest rol, în vederea integrării ulterioare a acestora în SIEGMCR. Pentru realizarea obiectivului propus se va asigura minim următorul set de funcționalități: (...) d. Funcționarea în orice condiții de iluminare exterioară”, astfel că justificarea autorității contractante privind stabilirea acestei cerințe a caietului de sarcini este pertinentă.

Coroborând informațiile din caietul de sarcini cu susținerile autorității contractante referitoare la necesitatea impunerii acestei cerințe în caietul de sarcini, dar și cu faptul că autoarea contestației nu a dovedit faptul că această specificație tehnică este îndeplinită de un singur echipament, deși potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, simpla prezentare a specificațiilor tehnice ale unui produs care îndeplinește această cerință a caietului de sarcini nefiind suficientă și relevantă, Consiliul constată că această critică este neîntemeiată.

Astfel, Consiliul apreciază, față de documentele aflate la dosarul cauzei, că autoritatea contractantă este singura în măsură să cunoască în mod exact necesitățile sale obiective, în speță având incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile

orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor.

Referitor la critica privind specificația impusă pentru același echipament referitoare la „alimentare”, Consiliul constată că, într-adevăr, în cadrul aceleiași Anexe 5 – „Specificații tehnice minime subsisteme”, pct. A.2 – „Camera video ANPR”, autoritatea contractantă a stabilit în legătură cu specificația „Alimentare”, intervalul „24-28 V c.a.”. Prin măsurile de remediere publicate în SEAP la data de 03.12.2015, autoritatea contractantă a modificat această cerință, în sensul că formularea inițială a fost înlocuită cu următoarea: „Alimentare: curent alternativ de tensiune 230 V cu/fără adaptor/transformator și asigură compatibilitate cu celelalte echipamente”. În aceste condiții, având în vedere această măsură de remediere luată de autoritatea contractantă, critica autoarei contestației, potrivit căreia cerința în discuție nu ar fi justificată în cazul în care fiecare punct de monitorizare este prevăzut cu UPS cu tensiune de ieșire 230 V, este rămasă fără obiect.

În ceea ce privește critica referitoare la cerința camerei video ANPR, „iris focus, zoom: monitorizare automată”, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, având în vedere motivele prezentate în continuare.

Necesitatea impunerii acestei cerințe în cadrul caietului de sarcini, așa cum rezultă din punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă în legătură cu această critică, a fost determinată de faptul că aceasta dorește „camere video cu lentile motorizate pentru asigurarea performanței camerelor video prin modificarea distanței focale pe baza mișcării detectate în imagine și să focalizeze în anumite puncte la distanțe diferite, față de lentile fixe care focalizează în mai multe puncte fără a oferi o claritate corespunzătoare într-un anumit punct. Camerele video motorizate permit în plus ajustarea parametrilor de la distanță fără ajustare manuală periodică în situ prin intervenția umană”.

Având în vedere că specificațiile din caietul de sarcini reprezintă, în fapt, descrierea necesității autorității contractante, iar contestația a înțeles să critice această cerință doar prin faptul că „în general, camerele cu componente în mișcare (lentile motorizate) (...) sunt mai expuse defecțiunilor comparativ cu camerele cu lentile fixe”, fără să motiveze și să demonstreze în ce sens cerința impusă de autoritatea contractantă ar fi nelegală (deși potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, îi revine această obligație). Prezentarea specificațiilor tehnice ale unui produs care îndeplinește această cerință a caietului de sarcini nu este suficientă și relevantă și nu justifică eliminarea/modificarea acestei cerințe, în speță având incidență și principiul asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006, critica privind acest aspect apare ca fiind neîntemeiată.

Analizând ultima critică formulată de contestatoare în legătură cu specificațiile tehnice impuse pentru camera video ANPR, adică cea referitoare la prevederile pct. 5.1 referitoare la „existența unui mecanism (trigger – buclă inductivă) care declanșează procesul de identificare a numărului de înmatriculare”, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, aspect care rezultă din cele prezentate în continuare.

Potrivit specificațiilor menționate la pct. 5.1 –

Specificații funcționale generale, din caietul de sarcini, punctele de monitorizare vor asigura printre alte funcționalități și „existența unui mecanism (trigger – buclă inductivă) care declanșează procesul de identificare al numărului de înregistrare”. În cadrul Anexei 5 a caietului de sarcini, intitulată „Specificații tehnice minime subsisteme”, autoritatea contractantă a stabilit cerințele minime solicitate aferente „triggerului trecere autovehicule (bucle inductive)”, în timp ce la pct. 5.2 din caietul de sarcini a stabilit specificații funcționale aferente „trigger (bucă inductivă)”.

Contestatoarea a înțeles să critice această cerință de calificare motivat de faptul că aceasta ar fi redundantă și că aceasta conduce la creșterea costului întregii soluții și scăderea fiabilității generale.

Prin intermediul punctului de vedere formulat, în legătură cu această critică, autoritatea contractantă justifică necesitatea impunerii acestei cerințe prin faptul că s-a „avut în vedere creșterea performanței înregistrărilor, deoarece prin utilizarea buclilor inductive se reduce substanțial dependența de condițiile atmosferice defavorabile (ceață/ploaie/ninsoare abundentă) față de camerele video cu prelucrare exclusivă a imaginilor”.

Analizând critica privind această specificație prin raportare la mențiunile caietului de sarcini, justificările autorității contractante referitoare la impunerea acestei cerințe de calificate, dar și faptul că autoarea contestației nu a combătut în mod concret/punctual, prin „notele scrise”, aceste justificări, coroborat cu faptul că autoritatea contractantă este singura în măsură să-și cunoască nevoile iar contestatoarea nu a dovedit, în conformitate cu art. 249 din Codul de procedură civilă, nelegalitatea acestei cerințe, Consiliul va respinge ca nefondată această critică.

De altfel, prin criticile formulate de contestatoare în legătură cu cerințele caietului de sarcini referitoare la camera video ANPR, SC ... SA nu face dovada că produsul indicat de ea, respectiv ARH EVGA, este singurul care ar îndeplini cerințele impuse de autoritatea contractantă, așa cum susține în cadrul contestației și nici nu face dovada, prin „Notele scrise” transmise ca urmare a primirii punctului de vedere al autorității contractante, că modificările propuse prin contestație ar îndeplini necesitățile justificate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, ignorând astfel dispozițiile art. 249 din Codul civil, citate într-unul din paragrafele anterioare.

În aceste condiții, aceste susțineri nu vor fi reținute de Consiliu având în vedere faptul că, în speță, susținerile contestatoarei nu au caracter exhaustiv. Indicarea de către contestatoare a unui produs care îndeplinește cerințele în discuție ale caietului de sarcini fără a se face dovada în sensul celor mai sus arătate nu poate fi apreciată de Consiliu ca fiind o încălcare a principiilor privind nediscriminarea și tratamentul egal statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006 precum și a scopului ordonanței de urgență mai sus menționate privind promovarea concurenței între operatorii economici și garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici prevăzute la art. 2 alin. (1) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, așa cum susține contestatoarea.

„Suspiciunile” acesteia nu pot constitui motiv de eliminare din cadrul caietului de sarcini a unor cerințe care reflectă necesitățile autorității contractante.

Susținerea contestatoarei referitoare la faptul că „stabilirea acestor cerințe constituie un mijloc de intervenție în operațiunile de piață” prin care autoritatea contractantă încearcă să influențeze direct concurența între operatorii economici de profil, în sensul limitării accesului doar la operatorul care are autorizate instalațiile deja puse în funcțiune”, nu poate fi reținută de Consiliul, aceasta nefiind motivată/dezvoltată în condițiile în care niciuna dintre criticile formulate în legătură cu specificațiile/cerințele impuse în caietul de sarcini, nu face referire la necesitatea „autorizării instalațiilor” puse în funcțiune la care face referire contestatoarea.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei, formulată în cadrul „Notelor scrise” transmise în replică la punctul de vedere al autorității contractante potrivit căreia autoritatea contractantă restricționează concurența prin „cumulul de cerințe impuse și nu prin fiecare nivel de performanță pentru cerințele luate separat. Prin impunerea unor astfel de cerințe minime de calificare...”, Consiliul nu o poate reține având în vedere faptul că autoarea contestației nu a formulat în cadrul contestației critici referitoare la „cerințele minime de calificare”, iar în ceea ce privește cerințele caietului de sarcini impuse pentru echipamentul cameră video ANPR, s-a constatat netemeinica criticilor formulate.

Analizând critica referitoare la costurile privind oferta, prevăzute la pct. 4.2 și 4.4 din caietul de sarcini, Consiliul constată că aceasta este în parte întemeiată.

Astfel, potrivit pct. 4.2 – „Proiectarea și execuția lucrărilor de alimentare cu energie electrică” din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat: „Contractantul va realiza alimentarea punctelor de concentrare de la rețeaua de energie electrică pentru toate obiectivele, în acest sens având obligația efectuării cel puțin a următoarelor activități: a. Întocmirea documentației tehnice și depunerea în numele Beneficiarului a cererii de eliberare a avizului tehnice de racordare (ATR) (...)”. În cadrul „Notei” din finalul acestui punct, s-a menționat, referitor la costurile aferente ATR, că „vor fi suportate de către Beneficiar și nu vor fi incluse în oferta financiară a ofertantului.

Prin punctul de vedere, în legătură cu critica privind aceste prevederi ale caietului de sarcini, autoritatea contractantă a precizat că „a delimitat autorizațiile și costurile lucrărilor până la branșamente, inclusiv, ca fiind în sarcina acesteia din cauza costurilor variabile, de costurile autorizațiilor, avizelor, acordurilor, lucrărilor și produselor de la branșament până la punctele de concentrare prevăzute în caietul de sarcini, ca fiind în sarcina furnizorului, prin costuri egale pentru toți ofertanții. Astfel, autoritatea contractantă a prevăzut că suportă costurile aferente ATR tocmai pentru a se realiza o ofertare echidistanță, la care ofertanții să nu ia în considerare costurile branșamentelor, care pot diferi de distanța de la care se realizează branșamentul. În această situație, toți ofertanții vor putea lua în

necesare racordării la curent electric de bransament, care va fi în proxima vecinătate a punctelor de concentrare, până la echipamente”, situație în care informațiile referitoare la rețeaua de energie electrică existentă, a căror lipsă este contestată, nu mai sunt necesare.

Coroborând informațiile din cadrul caietului de sarcini, cu explicațiile transmise de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, rezultă că în cadrul propunerilor financiare nu trebuie incluse costurile aferente obținerii avizului tehnic de racordare (costuri pe care urmează să le suporte autoritatea contractantă), prevedere valabilă pentru toți ofertanții, astfel că susținerea contestatoarei referitoare la faptul „autoritatea contractantă nu va putea analiza concludent și comparativ ofertele transmise de operatorii economici” este neîntemeiată.

Consiliul nu poate reține susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a oferit niciun fel de informații cu privire la rețeaua de energie electrică, astfel că ofertanții sunt în imposibilitatea de a oferi corect și realist lucrările aferente, informațiile furnizate fiind incomplete, aceasta nefiind susținută în condițiile în care autoarea contestației nu a indicat care sunt informațiile concret necesare în elaborarea ofertei.

În ceea ce privește critica referitoare la pct. 4.4 – „Servicii de avizare aferente lucrărilor – Obținerea autorizațiilor”, Consiliul constată că în cadrul cerinței criticate, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „Toate costurile aferente vor fi suportate de Contractant. Beneficiarul va furniza împuternicirile aferente pentru reprezentanții desemnați ai Contractantului care se vor ocupa de obținerea acestora. Notă: Costurile aferente obținerii avizelor, acordurilor și autorizațiilor vor fi suportate de către Contractant și nu vor fi incluse în oferta financiară a Ofertantului”.

Prin măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă ca urmare a depunerii prezentei contestații, publicate în SEAP la data 03.12.2015, aceasta a modificat nota anterior citată (criticată în prezenta cauză) astfel: „Costurile aferente obținerii avizelor, acordurilor și autorizațiilor vor fi suportate de către contractant și nu vor fi incluse distinct în oferta financiară a ofertantului”.

În aceste condiții, rezultă că, în cadrul propunerii financiare, toți ofertanții trebuie să includă și costurile aferente obținerii avizelor, acordurilor și autorizațiilor aferente executării lucrărilor, respectiv obținerii autorizației de construcție, acestea netrebuind să se regăsească evidențiate distinct în cadrul propunerii financiare, astfel că, sub acest aspect critica potrivit căreia autoritatea contractantă nu va putea analiza concludent și comparativ ofertele ce se vor depune apare ca fiind neîntemeiată.

Analizând critica formulată de SC ... SRL referitoare la clauza contractuală prevăzută la pct. 6.1 din modelul de contract, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din motivele prezentate în continuare.

Astfel, în cadrul modelului de contract pus la dispoziția posibililor ofertanți, sunt prevăzute, printre altele, la cap. 6 - „Modalități de plată”, pct. 6.1, următoarele clauze: „(1) *Plata facturilor aferente lucrărilor*

executate, serviciilor prestate și echipamentelor furnizate se va efectua în termen de 45 de zile de la data (1) confirmării primirii facturii la sediul Beneficiarului, dacă recepția la terminarea lucrărilor a fost efectuată anterior confirmării primirii facturii sau (2) recepției la terminarea lucrărilor, dacă data confirmării primirii facturii la sediul Beneficiarului este anterioara datei recepției. Termenul contractual de plată este prevăzut la 45 de zile având în vedere sursa de finanțare a acestui contract, accesul la fondurile necesare efectuării plăților, precum și complexitatea documentelor necesar a fi verificate și aprobate înainte de realizarea plăților”.

În analizarea acestei critici, Consiliul apreciază ca relevante următoarele:

- prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, potrivit căruia „*Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:*

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

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

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

- art. 6 alin. (4) din aceeași lege, conform căruia „*În cazul instituțiilor publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate, termenul legal de plată pentru obligațiile bănești rezultând din contracte încheiate cu profesioniști este de cel mult 60 de zile calendaristice, care se calculează potrivit prevederilor alin. (1)”.*

- potrivit art. 7 din actul normativ anterior invocat, „*Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12”;*

- art. 12 din Legea nr. 72/2013, conform căruia „*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”.*

- din conținutul fișei de date a achiziției, pct. III.2.3 – Principale modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante,

rezultă că finanțarea contractului ce urmează a se atribui sunt „venituri proprii”.

Analizând cerința criticată, referitoare la termenul de plată stabilit de autoritatea contractantă pentru executarea obligațiilor sale, prin raportare la dispozițiile legale prezentate anterior și informațiile aferente prezentului contract, Consiliul constată că, în speță, nu este incidentă excepția invocată de autoritatea contractantă (respectiv art. 7 din Legea nr. 72/2013), întrucât nu sunt îndeplinite condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească acest termen pentru a face posibilă incidența excepției, respectiv cerință ca termenul „să fie obiectiv justificat”.

Astfel, raportat la prevederile referitoare la justificarea stabilirii unui alt termen decât cel prevăzut de legislația în materie, autoritatea contractantă a invocat prin punctul de vedere incidența acestei excepții fără a justifica „obiectiv” termenul de plată impus în clauza contractuală criticată.

În aceste condiții simpla invocare a unui articol dintr-un act normativ nu poate fi reținută ca argument în stabilirea clauzelor contractuale privind plata facturilor.

Pe de altă parte, în speță nu este incidentă nici excepția prevăzută de art. 7 din Legea nr. 72/2013, citată anterior, autoritatea contractantă nefiind instituție publică în domeniul sănătății.

Concluzionând, în legătură cu această critică, Consiliul constată că, în speță sunt incidente prevederile art. 13 lit. d) (Calificarea clauzelor și a practicilor abuzive) din Legea nr. 72/2013, potrivit căroră „În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța ține cont de toate circumstanțele cauzei, în special de: (...) d) neprevederea motivelor obiective de derogare de la termenele de plată sau de la rata dobânzii, potrivit prezentei legi” și cele ale art. 14 d) (Clauze calificate de lege ca abuzive) din aceeași lege, potrivit căroră „Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care: (...) d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1)”, situație în care autoritatea contractantă trebuie să modifice, în conformitate cu art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, la 30 de zile, termenul stabilit pentru plata facturilor aferente lucrărilor executate, serviciilor prestate și echipamentelor furnizate.

Analizând critica referitoare la clauza contractuală care vizează nivelul penalităților aplicabile, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Astfel, potrivit cap. 6 – Modalități de plată, pct. 6.6 din modelul de formular de contract, „În cazul în care Beneficiarul calculează și facturează Executantului penalități pentru neîndeplinirea, îndeplinirea cu întârziere sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor asumate prin prezentul contract, reprezentând 0,05%/zi din prețul contractului, Executantul are obligația de a achita factura de penalități transmisă de Beneficiar, în termen de 30 de zile de la data confirmării primirii acesteia. În cazul în care Executantul nu achită Beneficiarului contravaloarea facturii de penalități, Beneficiarul va executa garanția de buna execuție”.

Pe de altă parte, la pct. 13.2 din același model de contract, s-a menționat că *„În cazul în care Beneficiarul nu onorează facturile în termenul prevăzut la art. 6.1, Executantul are dreptul de a calcula dobânda penalizatoare asupra sumelor datorate, ce va fi stabilită la nivelul ratei de referință a dobânzii de politică monetară comunicată de BNR plus 8 puncte procentuale, pentru fiecare zi de întârziere, de la data scadentă a sumelor restante, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”*.

Analizând legalitatea stabilirii de către autoritatea contractantă a calculării penalităților pentru neîndeplinirea, îndeplinirea cu întârziere sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor asumate prin prezentul contract prin raportare la valoarea întregului contract, Consiliul constată că aceasta este nelegală/abuzivă, în condițiile în care reprezintă o încălcare a dispozițiilor Legii nr. 72/2013, potrivit cărora, penalitățile nu pot fi aplicate decât creanțelor certe, lichide și exigibile, creanțe în rîndul cărora nu intră partea executată din contract, recepționată și plătită conform modalității stabilite contractual. Obiectul penalităților de întârziere poate fi constituit doar din partea rămasă de executat din contract, care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor.

Sub acest aspect se impune modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere raportat la întregul preț al contractului.

În ceea ce privește, critica referitoare la aplicarea unui procent de penalități neunitar obligațiilor de plată a penalităților, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, întrucât creează un dezechilibru între obligațiile părților, fiind necesară stabilirea unui procent unitar celor două obligații (prevăzute în modelul de contract la pct. 6.6 și pct. 13.2).

Faptul că prezentul contract este unul administrativ [potrivit art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006], iar prerogativele de drept public îi dau posibilitatea autorității contractante să încheie contracte pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, aflându-se într-o poziție privilegiată [art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004], nu este de natură să-i permită acesteia impunerea unor condiții care să sunt de natură să vatăme sau păgubească într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe, susținerea autorității contractante referitoare la acest aspect neputând fi reținută de Consiliu.

Referitor la critica privind clauza contractuală privind durata de execuție a contractului, Consiliul apreciază că au relevanță următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

- pct. II.3) – „Durata contractului/acordului cadru/sau termenul pentru finalizare”, potrivit căruia durata contractului este de „48 de luni de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor”;

- cap. 7 – Durata contractului, pct. 7.1 din modelul de contract, potrivit căruia „(1) Durata de implementare a prezentului contract este de 12 luni de la data intrării în vigoare a acestuia. (2) Perioada de garanție pentru lucrările executate, serviciile prestate și echipamentele furnizate este de 36 de luni de la data fiecărei recepții la terminarea lucrărilor. (3) Durata maxima a contractului este de 48 luni”.

- cap. 11 – „Obligațiile executantului”, pct. 11.2, din

modelul de formular de contract, potrivit căruia „Executantul are obligația de a finaliza lucrările în vederea recepției pentru cel puțin 50% din Obiective, în termen de cel mult 6 luni de la data intrării în vigoare a contractului”;

- pct. 2.3 din caietul de sarcini, fraza finală, potrivit căruia „în termen de maxim 6 luni de la data intrării în vigoare a contractului, lucrările vor fi finalizate în vederea recepției, pentru cel puțin 50% din cele 35 de Obiective”.

Din conținutul acestor prevederi ale documentației de atribuire și din analiza justificării autorității contractante prezentată în cadrul punctului de vedere, potrivit căreia este necesară funcționarea acestor sisteme „într-un termen cât mai scurt pentru fluidizarea traficului rutier și pentru efectuarea controlului automat al vehiculelor privind obținerea rovinietei”, rezultă că nevoia autorității contractante este ca jumătate dintre obiectivele cuprinse în contractul ce urmează a fi încheiat, să fie finalizate în primele 6 luni de la semnarea contractului, contestatoarea neindicând vreo normă legală care interzice impunerea unor termene intermediare de finalizare a contractului.

De altfel, Consiliul constată că autoarea contestației a prezentat susțineri privind posibilitatea ca termenul de 6 luni pentru realizarea a jumătate dintre obiective să fie insuficient, prin referire la termenul de emitere a avizelor necesare realizării lucrărilor, fără să dovedească veridicitatea acestor susțineri, deși, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă („Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, înafară de cazurile anume prevăzute de lege”), avea această obligație.

În aceste condiții, critica autoarei contestației referitoare la termenele intermediare de finalizare a contractului apare ca fiind neîntemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la clauza precizată în modelul de formular de contract care vizează rezilierea contractului, Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Astfel, potrivit cap. 13 din caietul de sarcini, intitulat „Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, pct. 13.4, criticat în prezenta cauză, prevede, printre altele, următoarele:

„(1) Prezentul contract se va rezilia de drept, fără a mai fi necesară punerea în întârziere a Executantului, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități prealabile în cazul în care Executantul a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională;

(2) Prezentul contract se poate rezilia unilateral, în condițiile prevăzute la alin. (1), și în următoarele cazuri: (...)

c) în situația în care Beneficiarul, pentru diferite motive care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului, decide să rezilieze contractul de execuție lucrări;”.

Având în vedere faptul că rezilierea reprezintă desființarea unui contract sinalagmatic cu executare succesivă, la cererea uneia dintre părți, ca urmare a faptului ca

mod culpabil obligațiile contractuale, iar rezoluțiunea reprezintă desființarea unui contract sinalagmatic cu executare dintr-o dată, la cererea uneia dintre părți, ca urmare a faptului ca cealaltă parte nu și-a executat în mod culpabil obligațiile contractuale, contractul ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură de atribuire fiind un contract cu executare succesivă, Consiliul va analiza critica în discuție prin luarea în considerare a susținerilor părților referitoare la rezilierea contractului.

Analizând critica referitoare la posibilitatea de reziliere unilaterală prevăzută de autoritatea contractantă la pct. 13.4 alin. (2) din modelul de contract, Consiliul apreciază că aceasta este stabilită în mod nelegal.

Astfel, în primul rând este de reținut faptul că, așa cum rezultă din definiția rezilierii, redată anterior, aceasta intervine ca urmare a faptului că una din părți nu și-a executat în mod culpabil obligațiile contractuale. Clauza criticată în speță este inclusă în capitolul „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, ceea ce presupune că aplicarea acesteia se face în cazul unei neîndepliniri culpabile de către una din părți a obligațiilor contractuale. Ori, din conținutul clauzei criticate nu rezultă că rezilierea se face ca urmare a neîndeplinirii vreunei obligații contractuale ci ca urmare a unor „motive care nu au fost prevăzute la data încheierii contractului”, aspect nerelevant acestui capitol al contractului.

În al doilea rând, potrivit Codului civil, art. 1516, *„Atunci când, fără justificare, debitorul nu își execută obligația și se află în întârziere, creditorul poate, la alegerea sa și fără a pierde dreptul la daune-interese, dacă i se cuvin: 1. să ceară sau, după caz, să treacă la executarea silită a obligației; 2. să obțină, dacă obligația este contractuală, rezoluțiunea sau rezilierea contractului ori, după caz, reducerea propriei obligații corelative; 3. să folosească, atunci când este cazul, orice alt mijloc prevăzut de lege pentru realizarea dreptului său”* și art. 1552 conform căruia *„(...) rezilierea contractului poate avea loc prin notificarea scrisă a debitorului atunci când părțile au convenit astfel, când debitorul se află de drept în întârziere ori când acesta nu a executat obligația în termenul fixat prin punerea în întârziere”,* rezultă că rezilierea contractului intervine doar în cazul neîndeplinirii unei obligații contractuale, acesta neputând fi reziliat după modalități aleatorii și necunoscute/neidentificate la momentul încheierii contractului.

Susținerea autorității contractante, formulată în cadrul punctului de vedere, referitoare la acest aspect, este contradictorie, în condițiile în care aceasta susține că prevederea criticată nu are în vedere o „neîndeplinire culpabilă a obligațiilor” deși această clauză este prevăzută tocmai la capitolul „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”.

Faptul că prezentul contract este unul administrativ [potrivit art. 3 lit. f) din OUG nr. 34/2006], iar prerogativele de drept public îi dau posibilitatea autorității contractante să încheie contracte pentru realizarea unor sarcini ale interesului public, aflându-se într-o poziție privilegiată [art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004], nu este de natură să-i permită acesteia impunerea unor condiții care să vatăme sau păgubească într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe,

sustinerea autorității contractante referitoare la acest aspect neputând fi reținută de Consiliu.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că această critică este întemeiată, astfel că autoritatea contractantă trebuie să elimine clauza în discuție.

Consiliul constată ca fiind întemeiată și critica referitoare la inexistența în cadrul modelului de formular de contract a prevederilor plății proporționale pentru ceea ce s-a executat până la reziliere, în toate cazurile de reziliere a contractului. Ca urmare a rezilierii, efectele viitoare ale contractului încetează, fără însă ca aceasta să aibă influență asupra a tot ce s-a executat până atunci. Consiliul constată că această critică este întemeiată, în modelul de contract neexistând o asemenea prevedere.

Analizând ultima critică a contestatoarei, respectiv cea care privește clauza contractuală referitoare la denunțarea contractului, prevăzută la pct. 13.8 alin. (2) din modelul de contract, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, așa cum rezultă din considerentele prezentate în continuare.

Din conținutul modelului de contract rezultă că, la cap. 13 – „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, pct. 13.8 alin. (2), autoritatea contractantă a prevăzut că *„Beneficiarul are dreptul de a denunța unilateral prezentul contract și în situația în care repartizarea resurselor financiare a fost modificată”*.

Relevant în analiza acestei critici este faptul că, potrivit documentației de atribuire, finanțarea prezentului contract se va face din venituri proprii.

Potrivit art. 94 din HG nr. 925/2006, „Indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice”.

Din conținutul acestor obligații legale stabilite de legiuitor în sarcina autorităților contractante atunci când acestea atribuie contracte finanțate, printre altele, prin fonduri publice, rezultă că, înainte de încheierea contractului, autoritatea contractantă trebuie să se asigure de existența acestora.

În aceste condiții clauza contractuală criticată, care creează premisa că fondurile ar putea fi modificate (ceea ce conduce la denunțarea contractului), este abuziv introdusă în modelul de contract, critica privind acest aspect urmând să fie admisă, astfel că autoritatea contractantă trebuie să elimine această clauză.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SA și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să remedieze documentația de atribuire, conform celor reținute în motivare, să publice în SEAP modificările astfel efectuate în vederea aducerii la cunoștința tuturor operatorilor economici implicați.

În temeiul art. 278 alin. (6) din aceeași ordonanță, procedura de atribuire va continua cu aplicarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 24 pagini.