



Consiliul
Național de
Soluționare a
Contestațiilor



20.06.2024

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@cncs.ro, www.cncs.ro, http://portal.cncs.ro

C.N.A.I.R. S.A. BUCUREȘTI
DIRECȚIA REGIONALĂ DE
DRUMURI ȘI PODURI
Str. Prolungirea Traian FN
CONSTANȚA
INTRARE/IEȘIRE Nr.
Ziua Luna An
Nr. /1640/C5/17062024

**COMPANIA NATIONALA DE
ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII
RUTIERE S.A. DRDP CONSTANTA**

municipiul Constanța, oficiul Poștal 6,
căsuța poștală 626, județul Constanța, cod
poștal 900716

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă transmitem alăturat Decizia nr. 1623/C5/1640/12.06.2024, pentru soluționarea contestației înregistrată la CNSC cu nr. 29506/14.05.2024.

**PREȘEDINTE INTERIMAR,
Bogdan-Marius BOGHIU**





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

DECIZIE

Nr. 1623/C5/1640

Data: 12.06.2024

Prin contestația nr. 1148/04.05.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 29506/14.05.2024, formulată de OYL COMPANY HOLDING AG SRL, cu sediul în municipiul Slobozia, str. Brăilei nr. 1, județul Ialomița, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J21/275/2006, având CUI 18741783, reprezentată legal prin director general dipl. ing. Micșa Ion-Sorin și convențional prin avocat Constantin Marius, împotriva documentației de atribuire, elaborată de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., prin Direcția Regională de Drumuri și Poduri Constanța, cu sediul temporar la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4 DC 89, Autostrada A4, Km 5+644, oraș Ovidiu, județul Constanța și adresa de corespondență în municipiul Constanța, Oficiul Postal 6, căsuța poștală 626, cod poștal 900716, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Întreținere curentă pe timp de iarnă -DRDP-Constanța - SDN Constanța - Acord cadru 4 ani”, anunț de participare CN1068543 din 07.05.2024, s-au solicitat următoarele:

A. Suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 până la pronunțarea deciziei pe fond;

B. Pe fond:

1. în principal, obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, conform motivării contestației;

2. în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, în cazul în care Consiliul, admitând contestația, consideră că remediarea documentației de atribuire nu este posibilă în acest stadiu al procedurii (nu a fost suspendată procedura de atribuire anterior datei limită de depunere a ofertelor).

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 OYL COMPANY HOLDING AG SRL critică documentația de atribuire, în calitate de potențial ofertant susținând că aceasta conține specificații tehnice restrictive, interzicerea de facto a posibilității de a depune ofertă cu auto-utilaje sau echipamente închiriate, transformarea ilegală a acordului-cadru și a contractelor subsecvente previzionate din contracte comutative în contracte aleatorii, încălcarea prevederilor art. 22² alin. (3) și (9) din Legea nr. 98/2016, precum și clauze abuzive ale contractului de achiziție publică.

Cu privire la capătul de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire, petenta menționează că, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la data primirii cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației.

Susține că, în cadrul documentației de atribuire publicate în SEAP, a sesizat cel puțin următoarele prevederi ilegale:

a. întocmirea restrictivă a specificațiilor tehnice din caietul de sarcini.

Exemplificativ:

i. Se acceptă doar ofertarea de răspânditoare de material antiderapant acționate cu sistem hidraulic cu motor auxiliar pentru prestarea serviciilor de dezăpezire, interzicându-se expres ofertarea de alte tipuri de acționare pentru aceste echipamente, cu funcționalitate identică, dar mai puțin poluante, restrângându-se astfel grav concurența între operatorii economici interesați de participarea la procedură și încălcându-se corelativ prevederile Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice - AND 525/2013 referitoare la specificațiile tehnice aferente auto-utilajelor și echipamentelor de dezăpezire, act normativ emis chiar de achizitor;

ii. Modul de defalcare a tarifelor de acționare, respectiv, de staționare din caietul de sarcini, exclude de facto posibilitatea de depune ofertă cu auto-utilaje sau echipamente pentru dotarea acestora închiriate sau preluate în leasing financiar sau operațional, restrângându-se astfel grav concurența între operatorii economici interesați de participarea la procedură

- defalcările obligatorii momentan de tarife – petenta precizează că a solicitat prin contestație ca această defalcare să devină orientativă, în funcție de modalitatea de deținere a fiecărui ofertant, respectiv, de „elementele constructive” ale tarifelor aplicabile acestuia;

b. Transformarea ilegală a acordului-cadru și a contractelor subsecvente previzionate, din contracte comutative, în sensul art. 1173 alin. (1) Cod civil coroborat cu art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 395/2016, în contracte aleatorii, în sensul art. 1173 alin. (2) Cod Civil (în condițiile în care, întreaga legislație în domeniul achizițiilor publice descrie contractul de achiziție publică ca un contract comutativ, în care întinderea drepturilor, obligațiilor și, corelativ, a riscurilor pe care și le asumă ambii co-contractanți sunt definite clar, complet și precis prin documentația de atribuire și eventualele răspunsuri la solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire publicate de achizitor în SEAP anterior datei limită de depunere a ofertelor), prin clauza 4.2.7. din caietul de sarcini, *„în situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baze depășește 72 de ore consecutive, plata acestora se va conforma pentru doar 8 ore din 24, tarif de staționare”*, cu toate că, în conformitate cu clauza 4.2.3. din același caiet de sarcini, prestatorul înregistrează aceleași costuri de staționare și pe perioada celorlalte 16 ore din zi, utilajele și deservenții acestora rămânând obligatoriu la dispoziția achizitorului, fără plată: *„4.2.3. în perioadele de timp, în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul deservent cât și mijloacele de mecanizare vor rămâne la dispoziția beneficiarului”*.

Subliniază faptul că ofertanților le este interzis să ofere și să presteze servicii în pierdere, sub costul propriu, sub sancțiunea respingerii ofertelor ca neconforme, conform prevederilor art. 210 din Legea 98/2016 coroborat cu art. 136 din H.G. nr. 395/2016;

c. Formula de ajustare a prețului din documentația de atribuire încalcă prevederile art. 222² alin. (3) și (9) din Legea 98/2016, *„(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordului-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.... (9) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni”*, nefiind aplicabilă și în primele 12 luni de derulare a acordului-cadru, conform principiului de drept *„ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*:

d. O serie de clauze abuzive, în sensul prevederilor art. 12-15 din LEGEA nr. 72 din 28 martie 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, exemplificativ:

i. Emiterea facturii fiscale, după prestarea serviciilor și confirmarea acestora, este condiționată de identificarea sursei de finanțare de către achizitor, deși legal, sursa de finanțare trebuie să existe ca și condiție de legalitate a încheierii contractului subsecvent;

ii. Termenul de plată al facturii fiscale depășește maximul legal de 30 de zile de la data emiterii;

iii. Se dublează penalitățile de întârziere, calculate ca procent per zi de întârziere, cu daunele interese în sumă fixă, pentru același eveniment/abatere;

Față de aceste aspecte sesizate, petenta apreciază că, o eventuală continuare a procedurii de atribuire până la data soluționării contestației poate conduce la imposibilitatea adoptării unor măsuri de remediere a procedurii, existând riscul anulării acesteia și nesoluționarea contestației. În situația în care ofertele ar fi depuse și ar fi necesară remedierea documentației de atribuire, singura măsură la dispoziția CNSC ar fi anularea procedurii, măsură care nu profită niciuneia dintre părți.

Susține că, prin continuarea procedurii ar putea fi afectate atât interesele sale, cât și cele ale autorității contractante, interesul public fiind acela de derulare și finalizare a unei proceduri de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale și a principiilor din materia achizițiilor publice, aspect ce concordă cu condițiile cumulative de admisibilitate a unei cereri de suspendare.

Cu privire la documentația de atribuire:

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire sub următoarele aspecte:

1. Eliminarea din art. 4.1.1. „Dotări obligatorii necesare pentru utilaje” al caietului de sarcini, și orice alt document parte a documentației de atribuire, a cerinței restrictive *„sistemul de funcționare al răspânditorului de material să fie comandat exclusiv din cabină cu sistem hidraulic cu motor auxiliar. Nu se acceptă ca echipamentul RSP să fie antrenat cu roata ajutătoare pe sol, sau de roata mașinii”*, întrucât această condiție limitează accesul ofertanților specializați în domeniu și este contrară principiului liberei concurențe, dar și legislației în materie:

- Legea nr. 98/2016: art. 50, alin. (1) și (2); art. 155 alin. (1) și alin. (6); art.189. alin. (2);

- H.G. nr. 395/2016: art. 32, alin. (2) și (8), lit. b)

În opinia contestatoarei, din interpretarea textelor de lege mai sus invocate, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul de a impune, prin documentația de atribuire, o serie de specificații tehnice, fără ca acestea din urmă să conducă la restrângerea, în mod nejustificat, a concurenței și să reflecte un avantaj pe care autoritatea îl poate obține și în cadrul căreia să poată depună oferte și alți operatori economici interesați, specializați în domeniu, în caz contrar fiind incidente, inclusiv, prevederile art. 8 alin.(1) din Legea nr. 21/1996.

Susține că cerința este restrictivă în mod nejustificat și limitează, fără o motivare concretă, accesul operatorilor interesați la procedură. Astfel, tipul de echipament RSP acceptat de autoritate se restrânge în mod automat prin eliminarea echipamentului antrenat cu roată ajutătoare pe sol sau de roata mașinii, prin această limitare autoritatea favorizând practic doar anumiți producători din piață, în detrimentul unei concurențe libere.

Prin urmare, apreciază că, în lipsa unei justificări specifice pentru refuzul autorității de a accepta și echipament RSP cu roată ajutătoare pe sol sau antrenat de roata mașinii, care să fie coroborată și cu necesitatea autorității pentru această achiziție de servicii, devin incidente prevederile art. 50 Legea nr. 98/2016, iar refuzul de a accepta astfel de echipamente, fără o motivare concretă, reprezintă un obstacol nejustificat în asigurarea unei concurențe efective, contrar prevederilor art. 155 alin. (6) ale aceluiași cadru legal.

Învederează Consiliului faptul ca limitarea nejustificată a tipului de echipament RSP acceptat de autoritatea contractantă excede inclusiv Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice — Indicativ AND 525/2013, parte a documentației de atribuire, prin care autoritatea contractantă a precizat faptul că: „*Activitatea de întreținere pe timp de iarnă se va efectua în conformitate cu prevederile «Normativului privind prevenirea si combaterea înzăpezirii drumurilor publice » - indicativ AND nr. 525/2013»*” și cerința, astfel cum a fost formulată, restrânge, în mod nejustificat, concurența.

Atât în Tabelul 2 din „Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice Indicativ AND 525/2013”, act normativ emis chiar de achizitoare, cât și în Secțiunea a 4-a, cap. 4.1, litera a) și c) din caietul de sarcini, cerința cu privire la răspânditoarele de materiale antiderapante este următoarea: „*Echipamentele trebuie să fie acționate de la pupitre montate în cabina autovehiculelor*”, fără a se face nici o precizare restrictivă de tipul celei contestate cu privire la modul de angrenare/funcționare al acestora, hidraulic sau cu motor auxiliar, deoarece, în situația echipamentelor angrenate hidraulic, atât răspânditoarele acționate (antrenate) pe roata mașinii, cât și cele acționate (antrenate) pe sol pot să fie acționate de la pupitre montate în cabina autovehiculelor, astfel cum prevede ANP 525/2013.

Contestatoarea afirmă că, din perspectivă tehnică, raportată la obiectul acordului-cadru de achiziție publică ce se dorește a se atribui, este irelevant dacă echipamentul de RSP este antrenat cu roată ajutătoare pe sol sau de roata mașinii, neexistând vreo diferență, nici financiară și, mai ales, nici de prestare optimizată a serviciului de dezăpezire.

Menționează că sistemul hidraulic al răspânditorului este compus din câteva hidro-motoare angrenate de o pompă hidraulică ce poate fi antrenată, după caz, de motor auxiliar, de motorul mașinii purtătoare, de roata mașinii purtătoare sau de roata ajutătoare pe sol, neexistând nici o diferență în funcționarea răspânditorului, calitatea serviciilor de dezăpezire prestate, indiferent de modul de antrenare a pompei hidraulice

Mai mult, arată petenta, deși, în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut reducerea poluării prin norma de poluare mai performantă a auto-utilajelor, tot aceasta, prin redactarea acestei cerințe, solicită o dotare suplimentară (un al doilea motor) care este o sursă de poluare suplimentară și care nu respectă caracterul acestei proceduri de atribuire și strategia de contractare, nefiind în concordanță

cu factorul de evaluare cu pondere de 25% „Norma de poluare a utilajelor (NP)”.

Prin urmare, apreciază că cerința restricționează grav concurența liberă între operatorii economici în cadrul procedurii de atribuire și este contrară Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice Indicativ AND 52512013, act normativ emis chiar de achizitoare, reușind, totodată, să invalideze factorul de evaluare „ecologic” din cadrul acesteia, cu pondere 25%, „Norma de poluare a utilajelor (NPV”.

În sprijinul susținerilor sale, face trimitere la jurisprudență CJUE: Hotărârea din 25 octombrie 2018, „Roche Lietuva” UAB, C-413/17, punctele 32-41 prin care s-au statuat următoarele:

„32. Printre altele, la articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 se impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal ai operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice, (s.n. nu este clar ce beneficii dorește să obțină achizitorul, de exemplu, prin specificațiile tehnice restrictive impuse pentru răspânditorul de material antiderapant, serviciul de dezăpezire prestat fiind același, indiferent de principiul de acționare al echipamentului);

33. Această cerință concretizează, în scopul formulării specificațiilor tehnice, principiul egalității de tratament care figurează la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din directiva menționată. Potrivit acestei dispoziții.

34. Astfel cum Curtea a statuat deja, principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare (a se vedea, în ceea ce privește Directiva 2004/18, Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Tările de Jos; C-368/10, EU:0:2012:284, punctul 62).

35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.

36. În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor; serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic” Astfel tot potrivit acestui considerent, „ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”.

37 Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de

sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat Astfel, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate.

38 Desigur, după cum rezultă din articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, este posibil, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibil să se furnizeze o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului de achiziții publice în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) din această directivă, să se facă referire la un anumit producător, la o anumită origine sau la un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic ori la o marcă sau la un brevet, în măsura în care obiectul contractului justifică acest lucru, iar condițiile stabilite în acest scop de Directiva 2014/24 sunt respectate, în special ca o astfel de referire să fie însoțită, în documentele contractului de achiziții publice, de termenii „sau echivalent”. Cu toate acestea având în vedere natura derogatorie a acestei dispoziții, condițiile în care autoritatea contractantă poate utiliza o asemenea posibilitate trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte.

39 Astfel, potrivit jurisprudenței în domeniul contractelor de achiziții publice de bunuri, faptul de a nu adăuga mențiunea „sau echivalent” după desemnarea, în caietul de sarcini, a unui produs determinat poate nu numai să descurajeze operatorii economici care utilizează sisteme similare acestui produs să participe la cererea de ofertă, ci și să împiedice fluxul de importuri în comerțul transfrontalier în Uniune. rezervând piața doar acelor furnizori care își propun să utilizeze produsul indicat în mod specific (a se vedea în acest sens Ordonanța din 3 decembrie 2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, punctul 22 și jurisprudența citată).

40 Având în vedere elementele care precedă, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă, ținând seama de marja de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili specificațiile tehnice potrivit cerințelor calitative în funcție de obiectul contractului în cauză.

caracterul deosebit de detaliat al specificațiilor tehnice în discuție în litigiul principal nu conduce la favorizarea în mod indirect a unui ofertant.

41 De asemenea, este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite".

În același sens, petenta face trimitere la considerentele Hotărârii Assitur, C-538/07, punctul 26, din 19 mai 2009; Hotărârii din 23 decembrie 2009, Consorzio IMazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), C-305/08, punctul, Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, punctul 39.

Având în vedere toate aceste considerente, solicită eliminarea din caietul de sarcini și orice alt document parte a documentației de atribuire a condiției contestate.

-punctul 4.1 din caietul de sarcini (pag. 6) se menționează că, asigurarea permanentei pe perioada contractului și/sau ordinele emise, este în responsabilitatea Prestatorului și va fi conform legislației în vigoare,

iar utilajul cu operatorul/conducătorul auto (deservent) va fi la dispoziția beneficiarului, pregătite să intervină.

-punctul 5.1.2, perioada de desfășurare a prestațiilor conform „Normativ privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice” — indicativ AND nr. 525/2013, este cuprinsă pe perioada anului I, II, III și IV astfel: 20.10 anul curent — 31.03 anul următor de la momentul intrării în vigoare a Ordinului de intrare în baza de dezăpezire până la Ordinul de ieșire din baza de dezăpezire).

Cu alte cuvinte, arată petenta, deși de la data intrării în vigoare a Ordinului de intrare în baza de dezăpezire și până la Ordinul de ieșire din baza de dezăpezire, ofertantul este obligat să mențină utilajele de dezăpezire, cât și deservenții care le operează la dispoziția autorității contractante, ~~aceasta din urmă intenționează să achite servicii doar pentru 8 ore din cele 24 de staționare dacă perioada de staționare va depăși 72 de ore consecutive de la ultima oră de acționare a utilajului confirmată.~~

Apreciază că, în situația în care, atât prevederile de mai sus ale documentației de atribuire, prevăd în mod expres faptul că asigurarea permanenței pe perioada contractului și/sau ordinele emise, este în responsabilitatea prestatorului și va fi conform legislației în vigoare, iar utilajul cu operatorul/conducătorul auto (deservent) va fi la dispoziția beneficiarului, pregătite să intervină, aspect confirmat de formularul de ofertă financiară publicat de către entitatea contractantă pe S.E.A.P. (Anexele 2A și 2B) în care însăși entitatea contractantă a luat în calcul 24 ore pe zi pentru aceste utilaje în vederea determinării valorii estimate a contractului, conform capturii de ecran de mai jos, este mai mult decât evident faptul că, prin menținerea unei astfel de cerințe, autoritatea contractantă eludează caracterul oneros al contractului de achiziție publică, respectiv prevederile art. 3 alin. lit. l) din Legea 98/2016.

De asemenea, susține contestatoarea, achizitoarea încalcă principiile transparenței și dispozițiile art. 3 lit. z) din Legea 98/2016, neasigurând „o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”, ceea ce este de natură a transforma acordul-cadru și contractele subsecvente previzionate din contracte comutative, în sensul art. 1173 alin. (1) Cod Civil coroborat cu art. 154 alin. (1) din Legea 98/2016 și art. 20 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 395/2016, în contracte aleatorii, în sensul art. 1173 alin. (2) Cod Civil (în condițiile în care, întreaga legislație în domeniul achizițiilor publice descrie contractul de achiziție publică ca un contract comutativ, în care întinderea drepturilor, obligațiilor și, corelativ, a riscurilor pe care și le asumă ambii co-contractanți sunt definite clar, complet și precis prin documentația de atribuire și eventualele răspunsuri la solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire, publicate de achizitor în SEAP, anterior datei limită de depunere a ofertelor).

Precizează că, având în vedere forma în care este redactat caietul de sarcini, se vede obligată, în cazul în care vom fi desemnată câștigătoare, la acordarea de gratuități autorității contractante, în sensul, de a accepta neplata unor ore de staționare (16 ore din 24 ore consecutive, adică 66%), deși mijloacele de mecanizare și personalul deservent trebuie să fie la

dispoziția autorității contractante 24 de ore din 24, în condițiile în care, tot în cadrul art. 4.2. „Tarife, elemente constitutive ale tarifului” din caietul de sarcini, autoritatea contractantă solicită ca în cazul în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul cât și utilajele să rămână Obligatoriu la dispoziția sa, *„4.2,3 în perioadele de timp, în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul deservent cât și mijloacele de mecanizare vor rămâne la dispoziția beneficiarului”*.

Astfel, susține petenta, în situația în care dorește ca auto-utilajele și deservenții să fie la dispoziția sa, chiar dacă acestea nu acționează o anumită perioadă de timp, atunci autoritatea contractantă are obligația de a plăti contravaloarea serviciilor în totalitatea lor, adică totalul orelor de staționare la dispoziția achizitorului.

Învederând faptul că, prin caietul de sarcini s-a impus prezența, atât a personalului, cât și a utilajelor, și s-au prevăzut tarife separate pentru orele de staționare, autoarea contestației solicită Consiliului analizarea celor menționate și obligarea autorității contractante la eliminarea art. 4.2.7 din caietului de sarcini, respectiv la asumarea corelativă de plată a tuturor orelor efective de staționare la dispoziția achizitorului, indiferent de condițiile meteorologice, acestea aflându-se în afara sferei de control a ofertantului.

Nu în ultimul rând, arată că ofertanților le este interzis să oferteze și să presteze servicii în pierdere, sub costul propriu, sub sancțiunea respingerii ofertelor, ca neconforme, conform prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 din H.G. nr. 395/2016. De facto, menținerea cerinței abuzive și ilegale *„în situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baze depășește 72 de ore consecutive, plata acestora se va conforma pentru doar 8 ore din 24, tarif de staționare”*, echivalează cu imposibilitatea depunerii vreunei oferte conforme în cadrul procedurii de atribuire.

Mai mult, susține contestatoarea, nu există posibilitatea depășirii fondurilor bugetare, a valorii estimate, dacă se elimină art. 4.2.7 din caietul de sarcini, dat fiind că, atât calculul tarifelor, cât și anexele cu tarife din caietul de sarcini, din care reiese prețul final ofertat, respectiv, valoarea estimată, ia în calcul toate orele din perioada de contract (24 de ore per zi x numărul de zile de acord-cadru, respectiv, de contracte subsecvente) întrucât, conform caietului de sarcini Anexele 2B stabilesc *„numărul maxim de ore de funcționare/tehnologice pentru fiecare utilaj în parte, precum și modul de închiriere (permanente/cerere)”*, și acestea sunt calculate cu 24 ore/zi.

În consecință, calculul, este realizat pentru 24 ore/zi iar programul de 24 ore este cel normat și cel luat în calcul la întocmirea bugetului/valorii estimate, nu cel de 8 ore.

Prin urmare, arată că dacă se acordă 24 ore de staționare, și nu 8, în caz de vreme bună, nu se depășește bugetul sau prețul contractului, ci doar se respectă metodologia de calcul pe care se vor baza ofertele depuse de operatorii economici;

Cu titlu exemplificativ, invocă Deciziile CNSC nr. 320/C4/67,81 din data de 06.02.2012, nr. 6/2C9/5422 din data de 07.01.2014 care statuează în esență aceleași principii aplicabile prezentei spețe.

Astfel, mutatis mutandis, apreciază că se impune eliminarea condiției contestate din documentația de atribuire.

3. Eliminarea din art. 4.2. „Tarife, elemente constitutive ale tarifului” al caietului de sarcini, și orice alt document parte a documentației de atribuire, a cerințelor restrictive și ilegale cu privire la „*elementele constructive*” ale tarifului de acționare, respectiv, ale tarifului de staționare (tehnologic), ce trebuie respectate la întocmirea ofertelor, pentru următoarele considerente:

Conform mențiunilor din cadrul articolului 4.2.7 din caietul de sarcini, „*elementele constructive*” ale tarifului de acționare, respectiv, ale tarifului de staționare (tehnologic), ce trebuie respectate la întocmirea ofertelor sunt expres și limitativ prevăzute ca fiind următoarele:

Tarifele unitare de acționare-staționare, se vor oferta în baza costurilor reale din piață, justificate pe elemente constructive, astfel;

- tarif acționare: cheltuieli cu: amortismentul, combustibilul, lubrifianți, salarizare, anvelope, acumulatori, taxe, cheltuieli indirecte, profit;

- tarif staționare: cheltuieli cu: amortismentul, salarizare, indirecte, profit.

Ofertanții vor păstra procente pentru cheltuielile indirecte și profit în cadrul fiecărui preț unitar ofertat.

Per a contrario, arată petenta, exemplificativ, din tabelul de mai sus, reiese implicit că nu pot depune oferte operatorii economici care dețin auto-utilaje și/sau echipamente pentru dotarea acestora în chirie, leasing financiar sau leasing operațional, chiria, respectiv, rata de leasing nefiind incluse printre „*elementele constructive*” ale tarifelor, deși, atât același caiet de sarcini, cât și Formularul nr. 8 - Propunerea tehnică („Ofertanții vor include, în mod obligatoriu în propunerea tehnică, documente ce atestă dreptul la proprietate (cărți de identitate, facturi, contract de vânzare cumpărare, contract de închiriere etc.), precum și documente din care se rezultă specificațiile tehnice ale utilajelor”), permit expres aceste forme de deținere.

Apreciază că aceasta cerință reprezintă o gravă restrângere a concurenței, prin participarea unui număr mai mic de ofertanți, în sensul jurisprudenței europene, obligatorii pentru statele membre, a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE). Menționează în acest sens doar câteva spețe, citate extensiv mai sus: Hotărârea din 25 octombrie 2018, „Roche Lietuva” UAB, C-413/17, punctele 32-41; Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, punctul 26; Hotărârea din 23 decembrie 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), C-305/08, punctul 37.

Mai mult, exemplifică contestatoarea, pentru auto-utilajele și echipamentele preluate în chirie de către ofertant, acesta, în calitate de locatar, nu are acces la o defalcare pe „*elemente constructive*” a tarifului de închiriere, practica comercială unitară din domeniu fiind aceea a

contractelor de închiriere care includ toate costurile directe cu privire la auto-utilaje sau, după caz, echipamente închiriate, cu sau fără salariul deserventului inclus, în tariful orar de acționare, respectiv, în tariful orar de staționare (tehnologic) contractat între părți, la care se adaugă în ofertă doar procentele de cheltuieli indirecte și de profit specifice ofertantului, acesta din urmă neavând acces la politica de preturi, respectiv, la structura de costuri, defalcată pe „*elemente constructive*” a locatorului/proprietarului, de multe ori cele 2 entități fiind concurente pe piață în cadrul altor proceduri de atribuire, de lucrări.

Raportat la cele demonstrate mai sus, solicită obligarea achizitoarei la eliminarea acestei cerințe restrictive cel puțin pentru auto-utilajele și echipamentele necesare dotării acestora închiriate de către ofertant, deoarece limitează costurile care trebuie cuprinse în tarifele de acționare/staționare (tehnologic) și includ totodată informații/defalcări de costuri la care ofertantul, în calitate de locatar, nu are acces;

De asemenea, prin aceeași cerință autoritatea contractantă încalcă principiile transparenței și dispozițiile art. 3 lit. z) din Legea nr. 98/2016, neasigurând o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, în sensul art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) și (3) din H.G. nr. 395/2016, deoarece:

i) Tariful de staționare (tehnologic) este descris greșit în caietul de sarcini, nefiind permisă cotarea în cadrul său toate cheltuieli directe ale ofertantului, cum ar fi: chiria/rata de leasing a auto-utilajelor și echipamentelor, cazarea personalului deservent, amortizarea mijloacelor fixe, asigurarea obligatorie RCA a autovehiculelor și utilajelor, inspecția tehnică periodică ITP, rovinietă, probele tehnologice ale utilajelor pe perioada de staționare, chiria sau amortizarea pe clădirile folosite ca bază, chiria pe teren, impozitele pe clădiri, terenuri și utilaje, montarea și operarea de aparate GPS, achiziția și abonamentele de telefonie mobilă, echipament de protecție etc.

Mai mult, subliniază faptul că, până la o eventuală admitere a punctului anterior din contestație, conform aceluiași caiet de sarcini, tariful de staționare(tehnologic) va fi decontat doar în limita a 8 ore din 24 de ore dacă perioada de staționare a unui utilaj este mai mare de 72 de ore consecutive, ceea ce face imposibilă alcătuirea și fundamentarea economică a acestuia, conform cerințelor actuale din caietul de sarcini;

ii) Tariful de acționare este descris greșit în caietul de sarcini, nefiind permisă cotarea în cadrul acestuia toate cheltuieli directe ale ofertantului, cum ar fi: chiria/rata de leasing a auto-utilajelor și echipamentelor, cazarea personalului deservent, amortizarea mijloacelor fixe, asigurarea obligatorie RCA a utilajelor, inspecția tehnică periodică ITP, rovinietă, chiria sau amortizarea pe clădirile folosite ca bază, chiria pe teren, impozitele pe clădiri, terenuri și utilaje, montarea și operarea de aparate GPS, achiziția și abonamentele de telefonie mobilă, echipament de protecție, etc.

Reluând argumentele de la punctele anterioare, desfășurarea unei activități comerciale în pierdere este interzisă sub sancțiunea respingerii

ofertelor ca neconforme, conform prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 din H.G. nr. 395/2016;

Raportat la cele de mai sus, solicită obligarea achizitoarei la modificarea aceleiași cerințe, indiferent de forma de deținere, în sensul că, „elementele constructive” ale tarifelor de acționare/staționare (tehnologic) sunt orientative, trebuind descrise sau, după caz justificate, în cadrul ofertei în funcție de cheltuielile specifice fiecărui ofertant (Deciziile CNSC nr. 320/C4/67,81 din data de 06.02.2012, nr. 622/C4/558, 567 din data de 13.03.2012).

4. Eliminarea cerinței prevăzută la cap.5.1.8 din caietul de sarcini referitoare la condiția conform căreia „începând al doilea utilaj defect/bază sau punct de sprijin termenul de înlocuire se va reduce la maxim 4 ore”.

Petenta solicită Consiliului să rețină în soluționare faptul că această condiție este excesivă și contrară principiului proporționalității și se impune a fi eliminată, deoarece reducerea termenului de înlocuire de la 8 ore, la maxim 4 ore, în situația în care este necesară înlocuirea unui al doilea utilaj defect/bază, pe lângă că reprezintă o condiție nejustificată, este și una excesivă și disproportională.

În acest context, învederează următoarele:

- participarea la prezenta licitație este posibilă pentru toți operatorii economici, fie ei cu sediul social în România sau în alte state membre ale Uniunii Europene. Astfel, trebuie avut în vedere că sediile sociale/punctele de lucru ale prestatorilor de servicii care pot obține atribuirea contractelor licitate, pot fi la o distanță mai mare de 4 ore față de baza/punctul de sprijin incident, sens în care, a priori, o atare condiție nu este fezabilă și nu poate fi respectată, fiind imposibilă obiectiv.

- defectarea unui anumit utilaj poate surveni oricând, în mod surprinzător, fără ca prestatorul de servicii să poată controla acest moment. Cu toate acestea, autoritatea tinde spre sancționarea prestatorului, în ipoteza în care se defectează mai multe utilaje/bază, urmând să aplice penalități de întârziere dacă prestatorul nu respectă termenul scurt de 4 ore.

- condiția nu este clară și explicită, în sensul că nu delimitează perioada de timp în care ar interveni defecțiunile utilajelor/bază, Or, pare injust ca această „sanctiune” să se aplice, dacă, spre exemplu, într-o bază, s-a defectat un utilaj în luna decembrie, și, din nou, un alt utilaj, în luna februarie.

- condiția este contrară principiului proporționalității, consacrat chiar de Legea 98/2016.

Din analizarea elementelor ante-menționate, consideră că, în cazul de față, autoritatea a încălcat inclusiv principiul proporționalității, care trebuie să guverneze inclusiv relația dintre acest organism și operatorii economici pe perioada derulării contractelor atribuite.

Având în vedere cele de mai sus, apreciază că și această condiție stipulată în caietul de sarcini se impune a fi eliminată, fiind abuzivă.

5. Modificarea formulei de ajustare a prețului din documentația de atribuire în acord cu prevederile art. 222² alin. (3) și (9) din Legea nr. 98/2016:

Învederează faptul că, potrivit documentației de atribuire ajustarea preturilor ofertate este interzisă ilegal în primul an de la semnarea acordului-cadru.

Menționează că, potrivit art. 222 ind. 2 alin. (3) și (9) din Legea nr. 98/2016. *„(3) Autoritatea contractantă precizează, atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.... (9) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni ajustarea preturilor este obligatorie pentru acordurile-cadru și contractele cu o perioadă ce depășește 24 de luni.”*

Prezentul acord-cadru are o durată previzionată de 48 de luni, maximul legal.

Raportat la cele de mai sus, contestatoarea solicită obligarea achizitoarei la modificarea formulei de ajustare pentru a fi aplicabilă și în primul an de derulare a acordului-cadru, conform principiului de drept *„Ubi lex non distinuit, nec nos distinuere debemus”*:

6. Eliminarea din documentația de atribuire, a următoarelor clauze abuzive, în sensul Legii nr. 72/2013, lovite de nulitate absolută:

- la Cap. 7 din caietul de sarcini:

„Prestatorul va emite factura fiscală aferentă contravalorii prestației efectuate numai după confirmarea de către DRDP Constanța a situației de plată, respectiv după primirea unei înștiințări în scris din partea D.R.D.P. Constanta cu privire la suma agreata în vederea plății, precum și sursa de finanțare pentru plata facturii.

6.1. În opinia petentei, clauza din cadrul Cap. 7 condiționează emiterea facturii fiscale de identificarea de către achizitoare a sursei de finanțare pentru plata facturii. Această clauză încalcă prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 72/2013, potrivit căreia; *„(3) Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emiterie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută”*. Totodată, sursa de finanțare trebuie identificată anterior încheierii angajamentului legal, în sensul Legii nr. 500 din 11 iulie 2002 privind finanțele publice, adică anterior semnării contractului subsecvent, a fortiori, anterior prestării serviciilor, a fortiori anterior certificării prestării serviciilor, prin urmare, achizitorul nu ar avea dreptul, legal, să încheie niciun contract subsecvent dacă nu ar avea identificată în prealabil sursa de finanțare pentru plata integrală a prețului contractului subsecvent, nu doar a unei singure facturii.

Cap. 8:

„Dacă, în urma controalelor efectuate de organele abilitate, potrivit legii, se constată că prestatorul a încasat sume necuvenite de la beneficiar, prestatorul are obligația să restituie, în timpul controlului și înainte de sesizarea organelor competente aceste sume, inclusiv penalitățile,

daunele interese, majorările, dobânzile aferente stabilite prin actele de control.

Beneficiarul va factura aceste sume, iar prestatorul va fi obligat să achite sumele încasate în plus, cât și foloasele necuvenite, în termen de 30 de zile de la primirea facturii, în caz contrar, beneficiarul va executa garanția de bună execuție. În cazul în care nu este acoperitoare, beneficiarul va formula acțiune în instanță prin care va pretinde recuperarea sumelor neîncasate”.

6.2 Clauza din cadrul Cap. 8 îngrădește accesul liber la justiție garantat de art. 21 din Constituția României, „Articolul 21 Accesul liber la justiție (1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor; a libertăților și a intereselor sale legitime. (2) Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept”. A fortiori, dacă nicio lege nu poate îngrădi accesul la justiție, nicio clauză din caietul de sarcini nu o poate face. Plata în avans a eventualelor „sume necuvenite”, „sume încasate în plus” nu este o condiție prealabilă pentru accesul la justiție. Tocmai pentru aceasta te adresezi justiției, să dovedești că nu ai încasat decât ceea ce ți se cuvine. Abuzul de poziție dominantă al achizitorului, în sensul art. 13 lit. e) din Legea nr. 72/2013, este evident în această clauză.

8.2 Promitentul achizitor se obligă să plătească promitentului – prestator, prețul serviciilor prestate, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al promitentului achizitor, dacă sursa de finanțare a contractului este bugetul de stat pentru întreținere sau în termen de 45 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al achizitorului, dacă sursa de finanțare este din veniturile proprii ale achizitorului.

În modelul de contract subsecvent există următoarea clauză abuzivă:

6.2. „Achizitorul se obligă să plătească promitentului – prestator, prețul serviciilor prestate, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al promitentului achizitor, dacă sursa de finanțare a contractului este bugetul de stat pentru întreținere sau în termen de 45 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al achizitorului, dacă sursa de finanțare este din veniturile proprii ale achizitorului.

6.3 Termenul de plată încalcă prevederile art. 6 alin. (1) și art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, fiind mai lung de maximum legal admis de 30 de zile, fără a fi obiectiv, sau măcar subiectiv, justificat motivul depășirii termenului legal de plată.

Contestatoarea învederează faptul că sursa de finanțare trebuie identificată anterior încheierii angajamentului legal, în sensul Legii nr. 500 din 11 iulie 2002 privind finanțele publice, adică anterior semnării contractului subsecvent, pentru plata integrală a prețului contractului subsecvent, nu doar a unei facturi, deci identificarea sursei de finanțare, ulterior emiterii facturii, nu poate fi considerată un motiv obiectiv de depășire a termenului de plată.

Astfel, raportat la prevederile art. 12-15 din LEGEA nr. 72 din 28 martie 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, contestatoarea solicită obligarea achizitoarei să elimine clauzele abuzive enumerate mai sus, lovite de nulitate absolută, din documentația de atribuire publicată în SEAP.

În situația în care nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, apreciază că se impune anularea procedurii în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Considerând că toate cele prezentate constituie suficiente argumente și dovezi în soluționarea cauzei, în raport de dispozițiile legale aplicabile procedurii, petenta reiterează solicitările sale de admitere a contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și pe prevederile documentației de atribuire invocate în conținut.

În probațiune, înțelege să se folosească de înscrisurile la care a făcut referire în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 20639/17.05.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 30711/17.05.2024, CNAIR S.A.; prin D.R.D.P. Constanța a informat Consiliul că va suspenda procedura de atribuire din proprie inițiativă în cursul zilei de 17.05.2024, având în vedere data limită de depunere a ofertelor: 11.06.2024, astfel încât să fie evitată anularea procedurii în cazul în care s-ar admite contestația de către CNSC și ar fi dispuse măsuri de remediere.

Prin punctul de vedere nr. 21070/20.05.2024, înregistrat la CNSC cu nr. 31221/21.05.2024, CNAIR S.A., prin D.R.D.P. CONSTANȚA a solicitat respingerea contestației formulată de OYL COMPANY HOLDING AG SRL ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru următoarele considerente:

Cu privire la modificarea documentației de atribuire:

1. Cu privire la solicitarea petentei de eliminare din art. 4.1.1. „Dotări obligatorii necesare pentru utilaje” al caietului de sarcini, și orice alt document parte a documentației de atribuire, a cerinței restrictive *„sistemul de funcționare al răspânditorului de material să fie comandat exclusiv din cabină cu sistem hidraulic cu motor auxiliar. Nu se acceptă ca echipamentul RSP să fie antrenat cu roata ajutătoare pe sol, sau de roata mașinii”*, achizitoarea precizează că a introdus aceasta cerință pentru utilajele care vor efectua activități de combatere a lunecuşului și deszăpezirii, în vederea reducerii consumului de materiale, a optimizării modului de acționare cu sare, din considerente precum:

- utilajele care au echipamentul RSP acționat de roata ajutătoare, nu pot controla eficient pornirea/oprirea răspândirii sării, aceasta fiind condiționată de mișcarea utilajului. Din acest motiv, aceste utilaje nu se pot folosi în acțiuni de patrulare, care necesită răspândirea sării cu rol

preventiv, numai în anumite locații în anumite circumstanțe, conform normativ AND 525;

- utilajele care au echipamentul RSP acționat de roata ajutătoare nu au un bun control al consumului de sare. Acestea încep să răspândească sare în momentul pornirii de pe loc, respectiv sunt obligate să consume întreaga cantitate de sare, neavând posibilitatea tehnică de a fi descărcate la întoarcerea în bază;

- aceasta tehnologie a echipamentelor RSP acționat de roata ajutătoare, este o tehnologie actualmente învechită, în prezent fiind de multe ori în situația în care se găsesc cu dificultate piese de schimb pentru reparații. De asemenea, în prezent sunt disponibile pe scara largă noi sau second-hand, echipamente RSP mult mai performante, cu motor propriu, care au un control eficient al consumului de sare, care sunt și mult mai ușor de întreținut, fiind mai noi.

- echipamentul RSP acționat cu roata ajutătoare s-a constatat, în exploatare, ca nu este eficient pe un carosabil acoperit neuniform de gheata/zăpada bătătorită, deoarece nu are o mișcare controlabilă, respectiv liniară, iar în acest caz cantitatea de sare împrăștiată nu este uniformă, rezultând porțiuni de carosabil pe care nu s-a împrăștiat cantitatea de sare necesară.

Punctul 2.

Cu privire la solicitarea contestatoarei de eliminare din art. 4.2. „Tarife, elemente constitutive ale tarifului” din caietul de sarcini, și a orice alt document, parte a documentației de atribuire, a cerinței ilegale ca *„în situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baza depășește 12 de ore consecutive, plata acestora în continuare se va confirma și efectua pentru doar 8 ore din 24, la tarif de staționare. Calculul pentru cele 72 de ore se va efectua începând cu ultima oră de acțiune confirmată»*, achizitoarea precizează că a constatat, pe perioada ultimilor 8 ani, de când a utilizat același tip de contract pentru serviciile de dezăpezire, ca există perioade lungi, uneori chiar mai lungi de o lună de zile, în care, datorită condițiilor meteo favorabile, utilajele prestatorului staționează, generând cheltuieli autorității contractante.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că, în vederea optimizării costurilor „activității de dezăpezire”, în situația în care condițiile meteorologice prognozate sunt favorabile, avea la dispoziție, fie varianta de a scoate din baza utilajele o perioadă scurtă de timp (situație în care prestatorului nu i se achita niciun fel de tarif, întrucât utilajele nu erau la dispoziția autorității contractante, nefiind mobilizate în baze) și a le remobiliza imediat ce acest lucru ar fi devenit necesar, fie varianta prezentată în documentația de atribuire, în care fără a se scoate utilajele din baze, se achita prestatorului un tarif minim, de 8 ore staționare, din 24. Menționează că a stabilit că tariful celor 8 ore din 24, să se facă numai dacă trec minim 72 de ore de la momentul ultimei acționări, desigur cu condiția obligatorie ca utilajul, împreună cu deserventul acestuia să fie prezent în baza de dezăpezire a autorității contractante 24 de ore din 24.

În opinia achizitoarei, în care autoritatea contractantă ar fi optat pentru varianta scoaterii utilajelor din baze, pentru perioade scurte de

timp în cazul unor prognoze meteo favorabile, urmată remobilizarea acestora, imediat ce condițiile meteo ar fi impus-o, Prestatorii ar înregistra costuri suplimentare indirecte, generate de necesitatea transportului acestor utilaje la/de la bazele de deszăpezire la/de la sediul acestora.

Învederează faptul că, în situația în care s-ar fi optat pentru demobilizare temporară a utilajelor prestatorilor, aceștia nu ar avea posibilitatea de a le utiliza la alte activități, altele decât activitatea de deszăpezire și combatere a lunecuşului, întrucât respectivele utilaje sunt echipate cu echipamente specifice acestei activități, iar dezechiparea de acestea în vederea efectuării unor alte activități, urmă de reechiparea utilajelor cu aceste echipamente este o activitate care consumă mult timp și costuri suplimentare.

Practic, în opinia achizitoarei, condiția impusa vine în avantajul prestatorilor, întrucât aceștia vor avea posibilitatea de a fi plătiți (8 ore din 24) fără efectuarea activităților de deszăpezire.

Punctul 3. – cu privire la eliminarea din ar. 4.2. „Tarife, elemente constitutive ale tarifului” al Caietului de sarcini, și orice alt document parte a documentației de atribuire, a cerințelor restrictive și ilegale cu privire la „elementele constructive” ale tarifului de acționare, respectiv, ale tarifului de staționare (tehnologic), ce trebuie respectate la întocmirea ofertelor, facem achizitoarea arată că, la art. 42 din caietul de sarcini

Prin art. 4.2. În cheltuieli pentru prestarea serviciilor, oferind tuturor operatorilor economici posibilitatea de a-si prevedea eventualele cheltuieli în una din „elementele constructive” prevăzute în caietul de sarcini. autoritatea contractanta a dorit realizarea unei evaluări în mod unitar a tuturor ofertelor în ceea ce privesc tarifele de staționare și acțiune, în acest fel solicitând, prin caietul de sarcini, elemente constructive identice pentru toți operatorii economici.

Astfel, cheltuielile cu leasingul se pot include în cheltuielile cu amortismentul, iar eventualele dobânzi în cheltuieli indirecte, conform Normativului P91.

Menționează că, pentru contractele de închiriere la auto-utilaje se va prezenta defalcarea preturilor unitare conform cerințelor caietului de sarcini, ofertanții având cunoștință încă de la publicarea anunțului de participare că, în ofertă se vor depune contractele de închiriere împreună cu anexele ce conțin tarifele de închiriere defalcate pe elemente constructive.

În opinia achizitoarei, critica contestatoarei este fără obiect întrucât aceasta putea face obiectul unei solicitări de clarificări la documentația de atribuire.

Punctul 4. -Cu privire la solicitarea petentei vizând eliminarea cerinței prevăzută la cap.5.1.8 din caietul de sarcini referitoare la condiția conform căreia „*începând al doilea utilaj defect/bază sau punct de sprijin termenul de înlocuire se va reduce la maxim 4 ore*”, autoritatea contractantă precizează că aceasta cerință respectă principiul proporționalității, deoarece este o măsură administrativă inserată în caietul de sarcini, necesară atingerii scopului său, respectiv de a putea desfășura activitatea

de dezăpezire cu toate utilajele pe care le are în bază, conform Normativului AND 525/2013.

Cu privire la reducerea termenului de înlocuire al unui utilaj defect, de la 8 ore, termen aferent primei defecțiuni, la 4 ore, termen aferent celei de-a doua defecțiuni, apreciază că este rezonabilă, deoarece prestatorul trebuie să își ia toate măsurile necesare ca un utilaj să poată fi folosit în activitatea de dezăpezire, atunci când situația o impune, într-o perioadă de timp cât mai scurtă, astfel încât să nu fie periclitată circulația pe drumurile publice.

Învederează faptul că cerința face referire la același tip de utilaj, în aceeași baza de dezăpezire, în perioada de 8 ore aferenta înlocuirii utilajului defect, (exemplu: dacă din 2 utilaje de același tip se va defecta unul, prestatorul va fi obligat să îl înlocuiască în 8 ore. Dacă în decursul celor 8 ore se va defecta și cel de-al doilea utilaj, prestatorul va fi obligat să-l înlocuiască în 4 ore).

Punctul 5. Cu privire la modificarea formulei de ajustare a prețului din documentația de atribuire, în sensul aplicării formulei de ajustare și în primul an de la semnarea acordurilor-cadru, autoritatea contractantă facem subliniază faptul că, potrivit art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul nu precizează momentul în care se poate aplica formula de ajustare, ci doar durata contractelor pentru care se aplică obligația introducerii formulei de ajustare, prin urmare, autoritatea contractantă în mod legal a ales aplicarea formulei de ajustare după o perioadă de 12 luni.

Mai mult, susține că aplicarea formulei de ajustare din primul an de la semnarea acordului-cadru, nu ar fi corectă pentru autoritatea contractantă întrucât, în mod logic și rațional, tarifele ofertate (contractate) sunt actualizate în primul an de valabilitate al acordului-cadru, prin urmare, nu se justifică ajustarea prețului contractelor ce se vor încheia în primele 12 luni de valabilitate al acordului-cadru.

Punctul 6. Cu privire la solicitarea petentei vizând eliminarea din documentația de atribuire, a clauzelor abuzive, în sensul Legii nr. 72/2013, respectiv termenul de emitere factură și termenul de plată, achizițitoarea menționează că, la art. 7.2 din caietul de sarcini se stipulează că prestatorul va emite factura fiscală aferentă contravalorii prestației efectuate numai după confirmarea de către D.R.D.P. Constanta a situației de plată, respectiv după primirea unei înștiințări în scris din partea D.R.D.P. Constanta cu privire la suma agreată în vederea plății, precum și sursa de finanțare pentru plata facturii.

Plata tuturor facturilor se va efectua conform clauzei nr. 6 „Modalități de plată și recuperare a creanțelor” din modelul de contract subsecvent, fiind asigurată finanțarea în momentul semnării acestuia.

Autoritatea contractantă precizează, de asemenea că, o componentă a sursei de finanțare a acestui contract este bugetul statului.

Afirmă că aceste clauze reglementează modalitatea de recuperare a prejudiciilor stabilite în urma unor controale ale organelor abilitate, cum ar fi Curtea de conturi, ANAF, alte organe de control interne sau externe, iar, de asemenea, în executarea contractului pot apărea erori din partea

ambelor părți, iar Curtea de Conturi este o instituție autorizată și abilitată prin Constituție și prin lege să efectueze controale și să impună măsuri de remediere pentru recuperarea prejudiciilor aduse bugetului de stat (prevederile art. 21 din Legea 94/1994 alin. (1). Curtea de Conturi efectuează auditul performanței utilizării resurselor financiare ale statului și ale sectorului public.

Din cuprinsul dispozițiilor legale care reglementează activitatea Curții de Conturi, rezultă că, legiuitorul a conferit Curții de conturi atributul verificării și constatării abaterilor, neregulilor, în gestionarea fondurilor publice, precum și rolul de a estima abaterea/eroarea constatată în timp cu obligația legală a recuperării acestuia aparține entității verificate.

Deciziile Curții de conturi sunt obligatorii pentru entitatea auditată, și, ca atare este necesar să se stabilească în cadrul contractual modalitatea de recuperare a prejudiciilor stabilite în urma unui control de către aceste organe de control ale statului.

Termenul de plata este stipulat în modelul de acord-cadru și modelul de contract subsecvent conform celor de mai jos:

Conform art. 8.2 din modelul de acord cadru: „8.2. - *Promitentul - Achizitor se obligă să plătească promitentului - prestator, prețul serviciilor prestate, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Promitentului - Achizitor, dacă sursa de finanțare a contractului este bugetul de stat pentru întreținere sau în termen de 45 de zile de la comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din veniturile proprii ale Promitentului - Achizitor*”.

Conform art. 6.2 din modelul de contract subsecvent: «6.2. - (1) Achizitorul se obligă să plătească Prestatorului, prețul serviciilor, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din transferuri de la bugetul statului pentru întreținere, sau în termen de 45 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din veniturile proprii ale Achizitorului. Dacă data respectivă este o zi nelucrătoare, termenul scadent este reprezentat de prima zi lucrătoare următoare acesteia”.

Autoritatea contractantă susține a stipulat în mod legal termenul de plată de 45 de zile, în conformitate cu prevederile art. 7 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, prin care se menționează termenul de plată care poate fi stabilit de maxim 60 de zile. Menționează că a ales acest termen întrucât sursa de finanțare este bugetul de stat, fiind o asigurare a fondurilor care pot fi disponibilizate pentru acest contract.

De asemenea, reiterează faptul ca acest contract este unul administrativ, îi care interesul public primează, contractul de achiziție publică presupune anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile sale publice. Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 instituie regula

conform căreia principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Potrivit doctrinei în materie, libertatea contractuală a persoanelor publice prezintă particularități în raport cu libertatea contractuală a persoanelor private.

Așadar, regimul juridic special căruia îi sunt supuse contractele administrative se caracterizează prin forme speciale necesare încheierii lor (spre exemplu existența unui caiet de sarcini), precum și prin principiile speciale cu privire la executarea acestor contracte (spre exemplu rezilierea, stabilirea anumitor sancțiuni, riscuri etc).

Totodată, în acest context, Autoritatea contractantă amintește și faptul că, după cum se cunoaște, contractele administrative conțin clauze impuse de administrație în temeiul puterii publice, clauze ce pot fi total diferite de clauzele obișnuite într-un contract privat.

Autoritatea contractantă învederează faptul că, prin inserarea unor astfel de prevederi în cadrul contractului de servicii (penalități, suspendarea contractului, denunțarea unilaterală, reziliere), autoritatea contractantă dorește să se asigure de faptul că operatorii economici înțeleg faptul că obiectul contractului este unul de interes public general, iar autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că, în îndeplinirea contractului, operatorul economic desemnat câștigător, va face toate demersurile, sub toate aspectele, în vederea realizării cu celeritate a obiectivului de interes național.

Având în vedere cele mai sus prezentate, CNAIR S.A., prin D.R.D.P. Constanța, în calitate de autoritate contractantă, considera argumentele aduse de OYL COMPANY HOLDING AG SRL ca fiind neîntemeiate, iar contestația acesteia nefondată și solicită Consiliul National respingerea acesteia.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că OYL COMPANY HOLDING AG SRL a transmis recipisa de consemnare nr. 2102355501/1/, eliberată de CEC BANK – Sucursala Slobozia, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 220000 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 1640/2024.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., prin Direcția Regională de Drumuri și Poduri Constanța, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca Întreținere curentă pe timp de iarnă -DRDP-Constanta - SDN Constanța – Acord-cadru 4 ani", anunț de participare CN1068543 din 07.05.2024, având data limită pentru deschiderea ofertelor: 11.06.2024.

În anunțul de participare nr. CN1068543/07.05.2024 la rubrica „stare procedură” apare mențiunea suspendată.

Contestatorul este nemulțumit de unele prevederi ale documentației de atribuire, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, a instrucțiunilor către ofertanți/candidați intitulate

generic „fișa de date” precum și a anexelor Tarife autoutilaje din fișierul *Tarife autoutilaje.xlsx*.

Referitor la critica privind eliminarea cerinței din caietul de sarcini „sistemul de funcționare al răspânditorului de material să fie comandat exclusiv din cabină, cu sistem hidraulic cu motor auxiliar. Nu se acceptă ca echipamentul RSP să fie antrenat cu roată ajutătoare pe sol, sau de roata mașinii”, Consiliul reține următoarele:

În susținerea acestei cerințe autoritatea contractantă transmite punctul de vedere în care subliniază că „a introdus aceasta cerință pentru utilajele care vor efectua activități de combatere a lunecuşului și dezăpezirii, în vederea reducerii consumului de materiale, a optimizării modului de acționare cu sare, din considerente precum:

- utilajele care au echipamentul RSP acționat de roată ajutătoare, nu pot controla eficient pornirea/oprirea răspândirii sării, aceasta fiind condiționată de mișcarea utilajului. Din acest motiv, aceste utilaje nu se pot folosi în acțiuni de patrulare, care necesită răspândirea sării cu rol preventiv, numai în anumite locații în anumite circumstanțe, conform normativ AND 525;

- utilajele care au echipamentul RSP acționat de roată ajutătoare nu au un bun control al consumului de sare. Acestea încep să răspândească sare în momentul pornirii de pe loc, respectiv sunt obligate să consume întreaga cantitate de sare, neavând posibilitatea tehnică de a fi descărcate la întoarcerea în bază;

- această tehnologie a echipamentelor RSP acționat de roată ajutătoare, este o tehnologie actualmente învechită, în prezent fiind de multe ori în situația în care se găsesc cu dificultate piese de schimb pentru reparații. De asemenea, în prezent sunt disponibile pe scară largă noi sau second-hand, echipamente RSP mult mai performante, cu motor propriu, care au un control eficient al consumului de sare, care sunt și mult mai ușor de întreținut, fiind mai noi.

- echipamentul RSP acționat cu roată ajutătoare, după verificare în exploatare, s-a constatat că nu este eficient pe un carosabil acoperit neuniform de gheață/zăpadă bătătorită, deoarece nu are o mișcare controlabilă, respectiv liniară, iar în acest caz cantitatea de sare împrăștiată nu este uniformă, rezultând porțiuni de carosabil pe care nu s-a împrăștiat cantitatea de sare necesară”.

În cadrul reglementării tehnice „Normativ privind prevenirea și combaterea înghețului drumurilor publice”, indicativ AND 525-2013, elaborată de Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România - S.A., aprobată prin Ordinul comun al ministrului delegat pentru proiecte de infrastructură de interes național și investiții străine și ministrului dezvoltării regionale și administrației publice nr. 289/2170/2013, Tabelul nr. 2 intitulat „Formația de utilaje și echipamente corespunzătoare nivelurilor de intervenție” se regăsește utilajul „Răspânditor cu cap. min. 3 m³, montat pe șasiul mașinii de bază” fără alte specificații tehnice vizând antrenarea echipamentului RSP. Faptul că aceste utilaje nu se pot folosi în acțiuni de patrulare, care necesită răspândirea sării cu rol preventiv, numai în anumite locații, în anumite circumstanțe, conform normativ AND 525-2013 nu trebuie să determine impunerea unei anumite soluții tehnice, cum este cazul de față, autoritatea contractantă trebuind să își descrie în mod concret necesitatea sa, respectiv activitatea de dezăpezire și să lase la libera apreciere a operatorilor economici modalitatea de acoperire a acesteia, respectiv utilajele de care dispune fiecare operator economic pentru prestarea acestei activități.

În mod contrar autoritatea contractantă a impus pentru echipamentul RSP o anumită soluție constructivă, nefiind permis operatorilor economici să aleagă tipul echipamentului raportat la modalitatea de antrenare a acestuia. În situația în care cerințele impuse pentru obținerea răspândirii sării pot fi îndeplinite și cu echipamente RSP acționate de roată ajutătoare, limitarea la echipamente RSP neantrenate cu roată ajutătoare pe sol, sau de roata mașinii nu este justificată.

Prin modul de elaborare a cerinței au fost încălcate prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 care stabilesc că specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, precum și prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Relevante în speță sunt și prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de servicii de o anumită performanță (controlarea eficientă a pornirii/opririi răspândirii sării, împrăștierea uniformă a cantității de sare etc.), precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul său, însă îi revine acesteia obligația de a justifica atât oportunitatea inițierii procedurii de atribuire cât și stabilirea specificațiilor tehnice, drepturile autorităților contractante la care s-a făcut referire mai sus trebuie exercitate cu bună credință, iar nu cu scopul de a limita sau restricționa accesul la procedură, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere că prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice nu obligă autoritatea contractantă să accepte prestarea de servicii care nu corespund necesităților sale, însă trebuie să permită operatorilor economici propunerea de soluții care să îi acopere nevoile definite în caietul de sarcini, nu să impună specificații tehnice care să restricționeze participarea la procedură.

În evaluarea temeiniciei criticilor din cadrul contestației, Consiliul va avea în vedere faptul că solicitările trebuie justificate și probate obiectiv, cu dovada fermă a caracterului restrictiv, simpla pretindere a necesității

modificării lor și simpla afirmație că restricționează concurența nefiind suficiente pentru a determina nelegalitatea actului atacat. În egală măsură, în stabilirea legalității actului atacat al autorității contractante va fi avută în vedere și proba pe care autoritatea contractantă o realizează cu privire la legătura obiectivă de cauzalitate și dependența dintre specificația criticată și nevoia sa de achiziție.

Așadar, autoritatea contractantă este cea care stabilește specificațiile tehnice, fiind în sarcina sa, raportat la necesitatea avută, determinarea caracteristicilor tehnice ale echipamentelor (controlarea eficientă a pornirii/opririi răspândirii sării, împrăștierea uniformă a cantității de sare etc., astfel cum au fost expuse în punctul de vedere), însă aceasta trebuie să nu încalce principiile impuse prin art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În soluționarea contestației trebuie reținut că este în interesul public și al autorității contractante să elaboreze documentația de atribuire, astfel încât să participe un număr cât mai mare de operatori economici. Astfel cum a precizat deja fosta Curte de Justiție a Comunităților Europene în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37, unul dintre obiectivele normelor Uniunii în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil. Această deschidere spre concurență nu este avută în vedere doar în raport cu interesul Uniunii privind libera circulație a bunurilor și a serviciilor, ci și în raport cu interesul propriu al autorității contractante implicate, care dispune astfel de o alegere mai vastă cu privire la oferta cea mai avantajoasă economic și cea mai potrivită nevoilor sale. Prin faptul că ar acorda potențialilor ofertanți șansa de a prezenta oferte, autoritatea s-ar priva de această posibilitate. Raționamentul este reiterat constant în jurisprudența Curții, exemple fiind Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, C-337/06, EU:C:2007:786, punctul 39, și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punctul 34. Aceeași direcție este trasată și de art. 50 din Legea nr. 98/2016 „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori **elemente ale acestora** cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi **ori al restrângerii artificiale a concurenței**.”

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori **elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici**”.

Directiva 2014/24 stabilește anumite limite pe care autoritatea contractantă trebuie să le respecte, astfel cum a reținut și Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Hotărârea din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865, punctele 32-37, redate mai jos, aplicabile *mutatis mutandis*:

„32. Printre altele, la articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 se **impune** ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice.

33. Această cerință concretizează, în scopul formulării specificațiilor tehnice, principiul egalității de tratament care figurează la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din directiva menționată. Potrivit acestei dispoziții, autoritățile contractante îi

tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională.

34. Astfel cum Curtea a statuat deja, **principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare** (a se vedea, în ceea ce privește Directiva 2004/18, Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos, C-368/10, EU:C:2012:284, punctul 62).

35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acestora din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că **se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici**.

36. În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic”. Astfel, tot potrivit acestui considerent, „ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte **care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice**, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”.

37. Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, **cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate**”.

De bună seamă, autoritatea beneficiază de o largă marjă în formularea specificațiilor tehnice, cunoscând cel mai bine produsele de care are nevoie și fiind cea mai în măsură să stabilească cerințele care trebuie îndeplinite pentru a obține rezultatele dorite – Hotărârea CJUE din 25 octombrie 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865. Totodată, autoritățile dispun de libertatea de a determina, în conformitate cu nevoile lor, nivelul de calitate tehnică pe care trebuie să îl asigure ofertele depuse în funcție de caracteristicile și de obiectul contractului și de a stabili un prag minim pe care aceste oferte trebuie să îl respecte din punct de vedere tehnic. Oferta care nu atinge un asemenea prag nu corespunde nevoilor autorității și nu trebuie luată în considerare la stabilirea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic – Hotărârea din 20 septembrie 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să admită critica și să oblige autoritatea contractantă să elimine solicitarea prevăzută, în caietul de sarcini, pentru sistemul de funcționarea al răspânditorului „*Nu se acceptă ca echipamentul RSP să fie antrenat cu roata ajutătoare pe sol, sau de roata mașinii*”, putând impune, dacă apreciază necesar, cerințe suplimentare prin care să determine cu claritate efectele pe care urmărește să le obțină prin utilizarea anumitor utilaje.

Referitor la critica vizând eliminarea specificației din caietul de sarcini, conform căreia autoritatea contractantă va efectua plata pentru staționare doar pentru 8 ore din 24, Consiliul reține următoarele:

În caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, la capitolul 4.2 – „*Tarife, elemente constitutive ale tarifului*”, s-au

menționat, printre altele, următoarele „4.2.7 În situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baze depășește 72 de ore consecutive, plata acestora în continuare se va confirma și efectua pentru doar 8 ore din 24, la tarif de staționare. Calculul pentru cele 72 de ore se va efectua începând cu ultima oră de acțiune confirmată”.

În cadrul punctul de vedere autoritatea contractantă își justifică această cerință astfel: „a constatat pe perioada ultimilor 8 ani de când a utilizat același tip de contract pentru serviciile de dezăpezire că există perioade lungi, uneori chiar mai lungi de o lună de zile, în care datorită condițiilor meteo favorabile, utilajele prestatorului staționează, generând cheltuieli Autorității Contractante.

În vederea optimizării costurilor activității de dezăpezire, în situația în care condițiile meteorologice prognozate sunt favorabile, Autoritatea Contractantă avea la dispoziție fie varianta de a scoate din bază utilajele o perioadă scurtă de timp (situație în care prestatorului nu i se achită niciun fel de tarif, întrucât utilajele nu erau la dispoziția Autorității Contractante, nefiind mobilizate în baze) și a le remobiliza imediat ce acest lucru ar fi devenit necesar, fie varianta prezentată în documentația de atribuire, în care fără a se scoate utilajele din baze, se achită prestatorului un tarif minim, de 8 ore staționare, din 24. Autoritatea Contractantă a stabilit ca tariful celor 8 ore din 24, să se facă numai dacă trec minim 72 de ore de la momentul ultimei acționari, desigur cu condiția obligatorie ca utilajul împreună cu deserventul acestuia să fie prezent în baza de dezăpezire a Autorității Contractante 24 de ore din 24.

În situația în care Autoritatea Contractantă ar fi optat pentru varianta scoaterii utilajelor din baze, pentru perioade scurte de timp în cazul unor prognoze meteo favorabile, urmată de remobilizarea acestora, imediat ce condițiile meteo ar fi impus-o, Prestatorii ar înregistra costuri suplimentare indirecte, generate de necesitatea transportului acestor utilaje la/de la bazele de dezăpezire la/de la sediul acestora.

Este de menționat faptul că, în situația în care s-ar fi optat pentru demobilizare temporară a utilajelor Prestatorilor, aceștia nu ar avea posibilitatea de a le utiliza la alte activități, altele decât activitatea de dezăpezire și combatere a lunecuşului, întrucât respectivele utilaje sunt echipate cu echipamente specifice acestei activități, iar dezechiparea de acestea în vederea efectuării unor alte activități, urmată de reechiparea utilajelor cu aceste echipamente este o activitate care consumă mult timp și costuri suplimentare.

Practic, în opinia Autorității Contractante, condiția impusă vine în avantajul Prestatorilor, întrucât aceștia vor avea posibilitatea de a fi plătiți (8 ore din 24) fără efectuarea activităților de dezăpezire”.

Legat de acest aspect, Consiliul nu va reține ca întemeiate susținerile autorității contractante potrivit cărora pe perioada ultimilor 8 ani de când a utilizat același tip de contract pentru serviciile de dezăpezire că există perioade lungi, uneori chiar mai lungi de o lună de zile, în care datorită condițiilor meteo favorabile, utilajele prestatorului staționează, generând cheltuieli Autorității Contractante, deoarece modul în care COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA prin DIRECȚIA REGIONALĂ DE DRUMURI ȘI PODURI CONSTANȚA trebuie să-și întocmească documentația de atribuire, trebuie să se raporteze, pe de o parte, la noile schimbări meteorologice, iar, pe de altă parte, indiferent de aceste schimbări, nu poate bloca utilajele și personalul deservent, deținute de către un ofertant, dar să plătească doar parțial staționarea acestora, cum s-a arătat mai sus.

De asemenea, Consiliul constată a fi neîntemeiată și afirmația autorității conform căreia condiția impusă vine în avantajul Prestatorilor, întrucât aceștia vor avea posibilitatea de a fi plătiți (8 ore din 24) fără efectuarea activităților de dezăpezire, întrucât, modul în care respectivele

utilaje (buldoexcavator, tractor de mare capacitate etc.) cu deservenți ar fi putut fi folosite pe perioada în care nu sunt mobilizate la dispoziția autorității contractante nu este stabilit de către aceasta, ci de către fiecare operator economic, în raport cu contractele pe care le are în derulare și în raport de managementul propriu al fiecărei societăți.

De altfel, se poate observa că susținerile autorității contractante sunt bazate pe modul de gestionare a situației legate de necesitatea mobilizării de către operatorii economici, și nu de necesitatea sa în impunerea unor astfel de condiții care, în plus, presupun, astfel cum a susținut și contestatoarea, o plată *parțială*, în sensul în care vor fi plătite doar 8 ore de staționare din cele 24 ore prestate, deși utilajele și deservenții sunt la dispoziția autorității contractante, conform pct. 4.2.3, din caietul de sarcini, potrivit căruia *„În perioadele de timp, în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul deservent cât și mijloacele de mecanizare vor rămâne la dispoziția beneficiarului”*.

De altfel, chiar autoritatea contractantă, în punctul său de vedere, arată că *„avea la dispoziție fie varianta de a scoate din bază utilajele o perioadă scurtă de timp (situație în care prestatorului nu i se achită niciun fel de tarif, întrucât utilajele nu erau la dispoziția Autorității Contractante, nefiind mobilizate în baze) și a le remobiliza imediat ce acest lucru ar fi devenit necesar, fie varianta prezentată în documentația de atribuire, în care fără a se scoate utilajele din baze, se achită prestatorului un tarif minim, de 8 ore staționare, din 24”*.

Se observă că autoritatea contractantă nu a luat în considerare faptul că va încheia un contract cu titlu oneros [art. 3 alin. 1 lit. l) din Legea nr. 98/2016], astfel că nu poate impune operatorilor economici să presteze anumite servicii fără plata acestora. Menținerea utilajelor și a deservenților la dispoziția sa atrage obligația corelativă a plății *tarifului de staționare* expres menționat în cadrul caietului de sarcini la cap. **„4.2 Tarife, elemente constitutive ale tarifului**

4.2.1 *Prestațiile utilajelor închiriate se vor tarifa și plăti cu următoarele tarife:*

***Tarif actionare** = *tariful care se aplică pentru timpul din programul de lucru în care mijloacele de mecanizare funcționează din momentul emiterii ordinului/dispoziției date de reprezentatii S.D.N. Calarasi și înregistrarea utilajului în registrul de intrare/ieșire de la baza de deszăpezire, coroborat cu orele active din fisa GPS a utilajului.*

***Tarif staționare (tehnologic)** = **tariful care se aplică pentru timpul în care mijloacele de mecanizare staționează.**

4.2.2 *Tariful de staționare nu se va achita în situațiile și pe durata în care utilajele în cauză nu sunt disponibile pentru intervenție (sunt defecte sau lipsa carburant sau deservenți care nu sunt la dispoziția beneficiarului).“*

Astfel, autoritatea contractantă a definit în mod clar tariful de staționare, neprezentând o justificare a impunerii ambelor condiții respectiv și a celei de menținere la dispoziția sa atât a mijloacelor de mecanizare, cât și a deservenților, cât și a celei de plată a doar 8 ore din 24 ore prestate.

Prin urmare, în forma în care este elaborat caietul de sarcini, ofertanții sunt obligați la acordarea de anumite gratuități autorității, în sensul de a accepta neplata unor ore de staționare, deși mijloacele de

mecanizare și personalul deservent sunt la dispoziția autorității contractante.

Relevant este și faptul că obiectul acordului-cadru, conform cap. II.1.1. din anunțul de participare este „Întreținere curentă pe timp de iarnă”, astfel că necesitatea sa obiectivă trebuie raportată la obiectul acordului-cadru. Astfel, impunerea condiției ca utilajele și personalul deservent să fie la dispoziția autorității contractante fără să acționeze, excede îndeplinirii necesității sale care derivă din obiectul acordului-cadru, astfel cum a fost definit prin caietul de sarcini, și principiilor care stau la baza achizițiilor publice prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, în cazul în care autoritatea contractantă dorește ca mijloacele de mecanizare și personalul deservent să fie la dispoziția sa chiar dacă nu sunt utilizate o anumită perioadă de timp, aceasta are obligația de a achita contravaloarea serviciilor în totalitatea lor.

În condițiile date, deși dorește rezervarea permanentă a mașinilor în acest interval și existența unei infrastructuri la bază și în teren, dorește ca aceste servicii să fie plătite doar pentru un interval de 8 ore. Consiliul reține că pe lângă faptul că documentația de atribuire este dezechilibrată în defavoarea prestatorului, oricum nu îi aduce un avantaj autorității, în condițiile în care operatorii vor introduce valoarea serviciilor nedecontate pe celelalte tarife. În egală măsură, dezechilibrul contractual poate crea premisele imposibilității obiective a ofertantului de a duce la bun sfârșit contractul, aspect care va crea probleme atât autorității contractante și cetățenilor din unitatea administrativ-teritorială, dar și operatorului economic. Astfel, nu este de interes pentru niciuna dintre părți să subvalueze contractul, ci prețul trebuie să fie unul corect, întreaga legislație a achizițiilor bazându-se pe echilibrul contraprestațiilor, și nu pe spolierea prestatorilor.

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă trebuie să își adapteze modelul de contract astfel încât tariful de staționare să fie achitat corespunzător, pe toată perioada aferentă. Consiliul reține că astfel de contracte sunt semnate și de alte autorități, aceasta decontând integral tariful de staționare.

Opinia autorității, că prestatorii nu ar efectua practic niciun serviciu este eronată, întrucât simpla indisponibilizare a utilajelor și a personalului deservent în favoarea autorității reprezintă un veritabil serviciu, a cărui contravaloare cade în sarcina autorității beneficiare, contractul fiind sinalagmatic (obligațiile născute din acesta sunt reciproce și interdependente – art. 1.171 C. civ.).

Prin urmare, față de cele expuse, Consiliul consideră întemeiate critice urmând a fi admise și va obliga autoritatea contractantă la eliminarea cerinței de la cap. 4.2.7 din caietul de sarcini.

Totodată, autoritatea va putea, fie să prevadă o anumită perioadă în care condițiile meteo sunt favorabile și în care personalul deservent și mijloacele de mecanizare vor fi la dispoziția sa, perioadă pentru care va fi plătit tariful de staționare, eliminând obligația ca personalul și mijloacele de mecanizare să rămână permanent la dispoziția sa, fiind necesar să fie stabilit un/o termen/perioadă de mobilizare rezonabil/ă în vederea

transportului acestor utilaje la/de la bazele de dezăpezire la/de la sediul acestora, fie în cazul în care dorește ca personalul și mijloacele de mecanizare să rămână permanent la dispoziția sa să plătească integral orele de staționare, nu doar o parte din acestea (8 ore din 24 ore).

În oricare dintre variantele alese, autoritatea contractantă va trebui să asigure operatorilor economici informații complete și explicite cu privire la timpul de staționare și plata acestuia, astfel încât aceștia să-și poată întocmi oferta în mod corespunzător, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, care stabilesc: *Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

Pe cale de consecință autoritatea va fi obligată să modifice și clauzele contractuale din modelul contractului subsecvent, astfel încât să fie corelate noile informații pe aspectul soluționat mai sus.

Referitor la critica privind eliminarea din tarife a elementelor constitutive ale tarifului Consiliul reține următoarele:

În cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă a menționat că „Prin art. 4.2. din Caietul de sarcini și prin anexele Tarife autoutilaje din fișierul Tarife autoutilaje.xlsx, autoritatea contractantă a introdus toate categoriile de cheltuieli pentru prestarea serviciilor, oferind tuturor operatorilor economici posibilitatea de a-și prevedea posibilele cheltuieli în una din „elementele constructive” prevăzute în Caietul de sarcini. Autoritatea contractantă a dorit realizarea unei evaluări în mod unitar a tuturor ofertelor în ceea ce privește tarifele de staționare și acțiune, în acest fel solicitând prin Caietul de sarcini și prin anexele Tarife autoutilaje din fișierul Tarife autoutilaje.xlsx, elemente constructive identice pentru toți operatorii economici.

Astfel, cheltuielile cu leasingul se pot include în cheltuielile cu amortismentul, iar eventualele dobânzi în cheltuieli indirecte, conform Normativului P91.

Pentru contractele de închiriere la autoutilaje se vor prezenta defalcarea preturilor unitare conform cerințelor Caietului de sarcini, ofertanții având cunoștință încă de la publicarea Anunțului de participare că în ofertă se vor depune contractele de închiriere împreună cu Anexele ce conțin tarifele de închiriere defalcate pe elemente constructive.

~~Critica contestatoarei este una fără obiect întrucât aceasta putea face obiectul unei solicitări de clarificări la documentația de atribuire”.~~

Consiliul reține ca pertinente susținerile autorității contractante, ofertanții având libertatea să completeze fișierul Tarife autoutilaje.xlsx cu elementele cerute de autoritatea contractantă, acolo unde este cazul, pentru fiecare secțiune în parte, oferind tuturor operatorilor economici posibilitatea de a-și prevedea posibilele cheltuieli în una din „elementele constructive” prevăzute în Caietul de sarcini.

Față de aceste aspecte, critica urmează a fi respinsă ca neîntemeiată.

Referitor la critica privind eliminarea cerinței din caietul de sarcini, conform căreia „Începând cu al doilea utilaj defect în baza de dezăpezire sau punct de sprijin, termenul de înlocuire se va reduce la maxim 4 ore”, Consiliul reține că, prin caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, la Secțiunea a 5-a – „Cerințe

pentru asigurarea activității de întreținere curentă pe timp de iarnă, obligații și responsabilități”, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

„5.1.8 Prestatorul are obligația de a repara sau înlocui utilajele defecte cu altele cu aceleași caracteristici tehnice în termen de 8 ore de la constatarea defectiunilor de către Beneficiar.

Începând al doilea utilaj defect din baza de dezăpezire, termenul de înlocuire se va reduce la maxim 4 ore”.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă justifică această cerință astfel:

„Această cerință a autorității contractante, respectă principiul proporționalității, deoarece este o măsură administrativă stabilită de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini și este necesară atingerii scopului acesteia, respectiv de a putea desfășura activitatea de dezăpezire cu toate utilajele pe care le are în bază, conform Normativului AND 525/2013.

Cu privire la reducerea termenului de înlocuire al unui utilaj defect, de la 8 ore, termen aferent primei defectiuni, la 4 ore, termen aferent celei de-a doua defectiuni, menționăm că această cerință este rezonabilă, deoarece prestatorul trebuie să își ia toate măsurile necesare ca un utilaj să poată fi folosit în activitatea de dezăpezire, atunci când situația o impune, într-o perioadă de timp cât mai scurtă, astfel încât să nu fie periclitată circulația pe drumurile publice.

Menționăm că cerința face referire la același tip de utilaj, în aceeași bază de dezăpezire, în perioada de 8 ore aferentă înlocuirii utilajului defect. (exemplu: dacă din 2 utilaje de același tip se va defecta unul, prestatorul va fi obligat să îl înlocuiască în 8 ore. Dacă în decursul celor 8 ore se va defecta și cel de-al doilea utilaj, prestatorul va fi obligat să îl înlocuiască în 4 ore.)”

Din apărarea autorității contractante se desprinde concluzia că autoritatea recunoaște că reparația sau înlocuirea utilajului în termen de 8 ore este o cerință rezonabilă. Dată fiind rezonabilitatea acestui termen și absența oricărei argumentări a reducerii lui la jumătate în cazul defectării altui utilaj, argumentări care să reflecte o constrângere obiectivă a autorității care să îi impună înjumătățirea termenului considerat de ea însăși rezonabil, Consiliul consideră că această reducere drastică nu este sprijinită de un fundament obiectiv, context în care îi va impune autorității să nu opereze un dublu-standard, respectiv îi va impune să aplice același termen rezonabil de 8 ore pentru repararea sau înlocuirea oricărui utilaj.

În condiții de iarnă severă, repararea sau înlocuirea utilajelor în doar 4 ore poate constitui o sarcină imposibilă chiar și pentru un profesionist cu o flotă vastă, iar dacă obligația operatorului contractant devine imposibilă, el va trebui exonerat de răspundere pentru neîndeplinirea ei (*ad impossibilia, nulla obligatio*, respectiv *ad impossibilia, nemo tenetur*). Nu poate fi exclusă nici ipoteza în care, din diverse cauze neprevăzute, se pot defecta concomitent toate utilajele, iar prestatorul de bună-credință trebuie sprijinit de autoritate în depășirea impedimentului, nicidecum penalizat.

În contextul în care discuția se poartă asupra reparării sau înlocuirii unui utilaj, iar autoritatea a indicat în acest scop un termen de 8 ore, termen ce este maximal (*nota bene*) și recunoscut de ea însăși drept rezonabil, apare drept neargumentată, disproporționată și restrictivă reducerea la jumătate a acestui termen în ipoteza defectării altor utilaje (sabotarea utilajelor este altceva). Autoritatea nu face distincție după cum defectarea intervine „în timpul acționării”, în intervalul în care sunt operate

concomitent mai multe utilaje sau la distanțe mari de timp între „defectări”.

Mai mult, trebuie reținut faptul că necesitatea autorității contractante constă în prestarea serviciului de dezăpezire mecanică și nu efectuarea unei baze de staționare a utilajelor, astfel operatorii economici câștigători să efectueze această operațiune ei neputând să își invoce propria culpă, defectarea/nefuncționarea utilajelor.

Reducerea acestui termen, este o cerință restrictivă și nu doar o simplă cerință administrativă așa cum susține autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, în sensul că anumiți operatori economici care nu se află într-o rază apropiată față de autoritatea contractantă, se vor afla în imposibilitatea depunerii unei oferte conforme.

Raportat la cele statuate, Consiliul constată că aceste critici sunt întemeiate urmând a fi admise și se va dispune eliminarea clauzei *„începând [cu] al doilea utilaj defect/bază sau punct de sprijin termenul de înlocuire se va reduce la maxim 4 ore”*.

Referitor la critica cu privire modificarea formulei de ajustare a prețului din documentația de atribuire, Consiliul reține următoarele:

În cadrul modelului de acord cadrul, autoritatea contractantă a stabilit la pct. 4.2 alin. (1) *„prețurile unitare din acordul cadrul rămân neschimbate pentru primul an de la semnarea prezentului acord cadru. Prețurile unitare din acordul cadru pot fi ajustate, după primele 12 luni de la semnarea acordului-cadru, pe perioada de prestare a serviciilor aferente contractelor subsecvente, în condițiile legii, în situația în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicelui lunar al prețurilor de consum total pentru elementele constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului, ajustarea făcându-se potrivit indicelui lunar de consum total comunicat de Institutul Național de Statistică. Ajustarea de preț se va face după următoarea formulă: (...)”*

Potrivit prevederilor art. 222¹ alin. (8) și alin. (9) din Legea nr. 98/2016 *„(8) Autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă de până la 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă de cel mult 6 luni.*

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

Din economia textelor rezultă că în situația contractelor de servicii cu o durată mai mică de 24 de luni autoritatea contractantă are dreptul de a include în cadrul contractelor clauze de ajustare a prețului iar în cele cu o durată mai mare de 24 de luni aceasta are obligația de a include astfel de clauze.

În speță, autoritatea contractantă a inclus astfel de clauze de ajustare și de revizuire a prețului, clauze care potrivit prevederilor din

cadrul contractului sunt aplicabile după 12 luni de la semnarea contractului, această prevedere fiind în realitate tot o clauză de revizuire a prețului.

În justificarea acestei clauze contractuale, autoritatea contractantă a avut în vedere că *„tarifele ofertate (contractate) sunt actualizate în primul an de valabilitate al acordului cadru, prin urmare, nu se justifică ajustarea prețului contractelor ce se vor încheia în primele 12 luni de valabilitate al acordului cadru”,* aspect care este subliniat în cadrul punctului de vedere depus.

Față de aceste aspecte, critica este neîntemeiată urmând a fi respinsă, autoritatea contractantă neputând fi obligată la acceptarea unei astfel de clauze.

Mai mult, o astfel de clauză contractuală aplicabilă încă de la semnarea contractului ar putea tenta ofertanții să ofere prețuri neacoperitoare pentru derularea în bune condițiile ale contractului, doar pentru câștigarea contractului, urmând ulterior semnării contractului să aplice formula de ajustare a prețului.

Referitor la criticile privind modificarea cerinței din caietul de sarcini, în sensul eliminării condiției conform căreia autoritatea contractantă a introdus o clauză potrivit căreia este condiționată emiterea facturii fiscale de identificarea sursei de finanțare pentru plata acesteia, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Consiliul reține că, prin caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, la Secțiunea a 7-a – *„Modalitatea de decontare a serviciilor aferente activității de întreținere curentă pe timp de iarnă”,* s-au menționat, printre altele, următoarele:

„Prestatorul va emite factura fiscală aferentă contravalorii prestației efectuate numai după confirmarea de către D.R.D.P. Constanța a situației de plată, respectiv după primirea unei înștiințări în scris din partea D.R.D.P. Constanța cu privire la suma agreată în vederea plății, precum și sursa de finanțare pentru plata facturii.”

Referitor la această înștiințarea cu privire la suma agreată în vederea plății, precum și sursa de finanțare pentru plata facturii, autoritatea contractantă susține în punctul de vedere următoarele:

„Plata tuturor facturilor aferente prestațiilor, se va efectua conform clauzei nr. 6 Modalități de plată și recuperarea creanțelor, din modelul de Contract subsecvent, fiind asigurată finanțarea în momentul semnării acestuia.

Autoritatea contractantă precizează de asemenea că, o componentă a sursei de finanțare a acestui contract este bugetul statului.

Termenul de plată este stipulat în modelul de acord cadru și modelul de contract subsecvent conform celor de mai jos:

Conform art. 8.2 din modelul de acord cadru: «8.2. - Promitentul - Achizitor se obligă să plătească Promitentului - Prestator, prețul serviciilor prestate, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Promitentului - Achizitor, dacă sursa de finanțare a contractului este bugetul de stat pentru întreținere sau în termen de 45 de zile de la comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din veniturile proprii ale Promitentului - Achizitor.»

Conform art. 6.2 din modelul de contract subsecvent: «6.2. - (1) Achizitorul se obligă să plătească Prestatorului, prețul serviciilor, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al

Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din transferuri de la bugetul statului pentru întreținere, sau în termen de 45 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încărcare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din veniturile proprii ale Achizitorului. Dacă data respectivă este o zi nelucrătoare, termenul scadent este reprezentat de prima zi lucrătoare următoare acesteia.»

În speță, prezintă relevanță următoarele dispoziții legale în vigoare la data inițierii procedurii:

- art. 6 și 7 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:

„art. 6 Termenul legal de plată

~~(1) 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.

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

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

~~(4) În cazul 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).~~

Art. 7 Termenul contractual de plată

(1) 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.

(2) Dispozițiile art. 5 alin. (2), privitoare la plățile eșalonate, se aplică în mod corespunzător”.

Față de cele de mai sus, se poate constata că, deși dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 72/2013 impun o obligație pentru autoritățile contractante de a plăti sumele de bani rezultând din contractele încheiate

cu profesioniști cel târziu la 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată, prevederile art. 7 alin. (1) din același act normativ stabilesc excepția de la această regulă, respectiv dreptul părților de a stipula, în mod expres, un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, în contract și în documentația achiziției dacă este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă.

Așadar, dispozițiile legale permit un termen contractual de plată de maximum 60 zile dacă acesta este *stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului*.

Consiliul are în vedere că, într-un mod general, scopul contractelor, actelor administrative este de a asigura funcționarea serviciilor publice și de a da astfel satisfacție intereselor generale.

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă a explicat, în punctul său de vedere că *Plata tuturor facturilor aferente prestațiilor, se va efectua conform clauzei nr. 6 Modalități de plată și recuperarea creanțelor, din modelul de Contract subsecvent, fiind asigurată finanțarea în momentul semnării acestuia*, așadar, contrar, susținerilor operatorului economic nu este condiționată emiterea facturii de identificarea sursei de finanțare.

Faptul că va fi emisă *factura fiscală aferentă contravalorii prestației efectuate numai după confirmarea de către D.R.D.P. Constanța a situației de plată, respectiv după primirea unei înștiințări în scris din partea D.R.D.P. Constanța cu privire la suma agreată în vederea plății, precum și sursa de finanțare pentru plata facturii*, nu face decât să asigure o concordanță între documente, în sensul în care factura va reflecta situația de plată confirmată de DRDP Constanța.

Se constată, astfel, caracterul nefondat al criticii mai sus analizate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de OYL COMPANY HOLDING AG SRL, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., prin Direcția Regională de Drumuri și Poduri Constanța și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de OYL COMPANY HOLDING AG SRL, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., prin Direcția Regională de Drumuri și

Poduri Constanța și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

**PREȘEDINTE,
Florentina
DRĂGAN**



**MEMBRU,
Tache
ZORILĂ**

**MEMBRU,
Doina Florica
ENIȚĂ**

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 34 (treizecișipatru) pagini.