CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., , județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea, pe loturi, a contractului de furnizare „Achiziție autoturisme prin leasing operațional: LOT 1 - Achiziție 3 autoturisme SUV și LOT 2 – Achiziție 1 autoturism tip LIMUZINĂ”, cod 34110000-1 – Autoturisme (Rev.2), cu data-limită de depunere a ofertelor 22.01....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că a depus oferte pentru ambele loturi ale procedurii.

În etapa de evaluare financiară, autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 272L/25.01....., în care a solicitat, printre altele, prezentarea contractului - cadru însușit.

Contestatoarea arată că a răspuns solicitării de clarificări prin transmiterea adresei nr. 21/30.01....., prin care a indicat, în mod concret, algoritmul care a stat la baza stabilirii valorilor din coloana 2 - «Rata lunară fără accesorii» (rate lunare egale)/bucată, din Anexa la oferta financiară, la care a atașat Declarația „Documente de confirmare a acceptării de către ofertant a clauzelor contractuale", cu unele amendamente cu privire la draftul „Contractului de achiziție autoturisme prin leasing operațional". De asemenea, a fost atașat și draftul de contract însușit, conform cerinței din solicitarea de clarificări.

Drept răspuns la adresa nr. 21/30.01....., autoritatea contractantă a luat decizia anulării procedurii de achiziție publică, după cum reiese din conținutul comunicărilor rezultatului procedurii nr. 1441/07.02..... și nr. 1442/07.02..... Motivul invocat de autoritate pentru anularea procedurii de atribuire este acela că, în cadrul draftului „Contractului de achiziție autoturisme prin leasing operațional" este introdusă prevederea potrivit căreia „La sfârșitul Contractului, Achizitorul poate opta pentru cumpărarea Autoturismelor." (Art. 4 Dreptul de proprietate), iar această exprimare califică contractul de leasing ca fiind de leasing financiar și nu operațional, după cum este definit obiectul contractului în toată documentația de atribuire.

Contestatoarea consideră că decizia autorității contractante de a anula procedura de achiziție publică este nelegală, eroarea strecurată în draftul de contract putând fi înlăturată fără a fi încălcate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

După cum rezultă din documentația de atribuire, obiectul contractului de achiziție publică este unul de leasing operațional. Chiar și în draftul de contract denumirea folosită este cea de „Contract de furnizare. Achiziție autoturisme prin leasing operațional". De asemenea, toate cerințele din fișa de date a achiziție sunt cerințe specifice unui astfel de contract, fiind clar pentru toți ofertanții pentru ce tip de contract vor depune ofertă și ce tip de contract vor încheia în situația în care vor câștiga procedura. Ca urmare, faptul că în cadrul draftului de contract, la finalul art. 4 a fost inserată, din eroare, prevederea potrivit căreia „La sfârșitul Contractului, Achizitorul poate opta pentru cumpărarea Autoturismelor" și care este inaplicabilă contractelor de leasing operațional nu justifică decizia de anulare a contractului, adoptarea unei măsuri de remediere, în sensul excluderii acestei prevederi din contract, cu aducerea ei la cunoștința tuturor ofertanților, nu este de

natură a conduce la încălcarea principiilor care guvernează procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică. Atât timp cât procedura de achiziție a fost demarată pentru atribuirea unui contract de leasing operațional, este evident că eliminarea unei mențiuni nefericite, copiată din greșeală în cadrul draftului de contract nu va conduce la încălcarea niciunuia dintre principiile citate mai sus, toți ofertanții fiind informați și conștienți că tipul de contract ce se va încheia la sfârșitul procedurii va fi unul de leasing operațional. Pe de altă parte, această prevedere nu schimbă, în niciun mod, natura juridică a contractului de achiziție publică ce urmează a se încheia, ea fiind neeficace prin însăși efectul legii.

Sunt invocate dispozițiile art. 7 punctele 7 și 8 din Codul fiscal.

Atât timp cât dispozițiile art. 4, prima teză, prevăd în mod expres că la sfârșitul contractului autovehiculele trebuie restituite furnizorului, care rămâne proprietarul acestora, este evident că riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală nu s-a urmărit a fi transferat prin intermediul contractului. Practic, ceea ce s-a semnalat a fost o contradicție între cele două teze ale articolului 4 din draftul de contract, contradicție care ar fi putut să pună în discuție posibilitatea autorității contractante de a solicita cumpărarea bunului la sfârșitul contractului și în niciun caz calificarea juridică a acestui contract.

Astfel, chiar în cadrul articolului 4 din draftul de contract este menționat faptul că „Furnizorul rămâne proprietarul exclusiv al autoturismelor pe întreaga durată a contractului și după încetarea acestuia, când autoturismele vor fi predate de către Achizitor către Furnizor” clauză definitoare pentru un contract de leasing operațional și lămuritoare în ceea ce privește catalogarea contractului ca fiind de leasing operațional.

Contestatoarea arată că, în răspunsul nr. 21/30.01..... la solicitarea de clarificări, a precizat următoarele: „În cadrul unui contract de leasing operațional, la finalul perioadei de închiriere autovehiculele vor reveni în posesia societății de leasing operațional, care are posibilitatea de a le valorifica la valoarea de piață, către orice persoană interesată, inclusiv către Achizitorul din contractul de leasing operațional, în condițiile în care această opțiune este exprimată la finalul perioadei de închiriere și nu la data încheierii contractului de leasing operațional.” Voința exprimată de către autoritatea contractantă că „La sfârșitul contractului, Achizitorul poate opta pentru cumpărarea Autoturismelor” nu exprimă un fapt nepermis, existând, de altfel, posibilitatea ca la finalul contractului de leasing operațional autoritatea contractantă să poată achiziționa autoturismele la prețul de piață. Faptul că s-a semnalat că această voință nu ar trebui neapărat exprimată în cadrul contractului de

leasing operațional, din motivele expuse în răspunsul nr. 21/30.01..... la solicitarea de clarificări, a fost o dovadă de fair play, în dorința de a nu lăsa loc de discuții ulterioare. Nu se face referire la faptul că o eventuală vânzare se va realiza la valoarea reziduală, după cum nu se face vorbire nici de valoarea de piață, ceea ce de fapt nu năștea niciun fel de obligație clară pentru nici una din părți. Solicitarea de a elimina această prevedere din contractul de leasing operațional nu este o modificare de natura celor substanțiale, neafectând buna desfășurare a contractului de leasing operațional, cu respectarea întocmai a fișei de date și a caietului de sarcini aferent acestei proceduri de achiziție publică.

Potrivit dispozițiilor art. 5.2 din draftul de contract „în cazul oricărei contradicții între documentele de mai sus, prevederile lor vor prevala în conformitate cu succesiunea de mai sus", este evident că au întâietate documentele de la art. 5.1 respectiv caietul de sarcini, propunerea tehnică, propunerea financiară, scandențarul de plăți, documente din care rezultă, în mod neechivoc, faptul că natura contractului este cea a unui contract de leasing. Pe de altă parte, autoritatea contractantă nu a indicat în cadrul documentației de atribuire, necesitatea ca ofertanții să își însușească draftul „Contractului de achiziție autoturisme prin leasing operațional", fiind lesne de înțeles că acesta va fi negociat ulterior cu ofertantul declarat câștigător, iar solicitarea de a prezenta draftul de contract însușit a venit o dată cu solicitarea de clarificări transmisă în cadrul etapei de evaluare financiară. Această solicitare a venit ulterior etapei de evaluare tehnică, etapă în care nu s-a primit nicio solicitare de clarificări și, deci, nici solicitarea de a se însuși draftul de contract.

Contestatoarea susține că însăși denumirea contractului atașat în cadrul anunțului de participare „Contract de leasing auto draft - ..... (Loturi)", conduce la faptul că acest contract atașat reprezintă un draft, ce va fi negociat ulterior cu ofertantul declarat câștigător.

Ca urmare a răspunsului nr. 21 din 30.01..... la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă ar fi putut, în cazul de față, să informeze cu privire la faptul că răspunsul ar conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase, iar ofertantul, în accepțiunea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, putea sau nu să renunțe la clauzele propuse.

Totodată, contestatoarea invocă dispozițiile art. 221 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, precizând faptul că, în condițiile în care legea acordă posibilitatea modificării chiar și a contractelor de achiziție publică, cu atât mai mult legea invocată de autoritatea

contractantă dă posibilitatea de a se modifica un draft de contract de achiziție publică. Aceasta cu atât mai mult cu cât modificarea adusă draftului de contract de achiziție publică (contract de leasing operațional) nu este una substanțială în orice interpretare a legii, constând în simpla eliminare a unei clauze incompatibile cu un contract de leasing operațional.

Eliminarea acestei clauze sau necesitatea modificării ei în sensul legii, respectiv imposibilitatea de exprimare a opțiunii de cumpărare a bunului într-un contract de leasing operațional la semnarea acestui contract, reprezenta o chestiune evidentă pentru oricare posibil participant la achiziția publică a acestui contract (firme specializate în leasing operațional), astfel încât nu se poate considera că se încalcă vreunul dintre principiile enumerate de art. 2 din Legea nr. 98/2016, procedura bucurându-se în continuare de recunoaștere reciprocă, transparentă, proporționalitate și asumarea răspunderii pentru toți participanții la procedură.

Autoritatea contractantă nu a făcut dovada încălcării unui principiu concret al procedurii, afirmând doar că s-au încălcat principiile procedurii de achiziție la nivel general. Dimpotrivă, în cazul în care se anulează procedura de atribuire este în mod evident încălcat principiul proporționalității, din toate cele de mai sus rezultând, fără echivoc, că mențiunea în discuție nu poate conduce la modificarea naturii juridice a contractului de leasing operațional, neputând exista posibilitatea să se încheie un alt contract decât cel pentru care a fost organizată procedura, așa încât decizia anulării procedurii este evident disproporționată față de eroarea existentă sau efectele pe care aceasta le-ar putea produce, asemenea efecte lipsind practic cu desăvârșire.

Modificarea draftului contractului de leasing operațional în sensul eliminării sau modificării clauzei cu privire la opțiunea de cumpărare la sfârșitul perioadei contractului, nu creează condiții dezavantajoase nici față de autoritatea contractantă. Această concluzie se desprinde cu evidență din întreaga documentație de atribuire a contractului de achiziție publică, în condițiile în care cerința este fermă și expresă din partea autorității contractante, în sensul că acest contract de achiziție este unul de leasing operațional, neputând primi astfel argumentele autorității contractante că modificarea sau eliminarea acestei clauze este una substanțială. Nicăieri în documentația de atribuire nu este menționat termenul de valoare reziduală (de revânzare) pentru autoturismele a căror închiriere face obiectul procedurii în cauză, nefiind stabilită/impusă o valoare procentuală, minimă sau maximă a acesteia, cu atât mai mult cu cât valoarea acesteia nu reprezintă un factor de evaluare în cadrul procedurii. În acest fel, simpla

manifestare a dorinței autorității contractante de a opta pentru cumpărarea autoturismelor nu îi garantează acesteia faptul că o va cumpăra la un anumit preț, dinainte stabilit, fiind la latitudinea societății de leasing stabilirea prețului de vânzare la sfârșitul contractului de leasing operațional, care ar putea sau nu să convină autorității contractante.

Cu privire la obligația sa de a solicita clarificări, în sensul modificării clauzelor contractuale înainte de depunerea ofertelor, contestatoarea apreciază că acest argument nu poate fi luat în considerare, atâta vreme cât legea prevede posibilitatea modificării clauzelor contractuale și ulterior încheierii contractului, dacă acestea nu sunt clauze esențiale.

În punctul său de vedere nr. 2349/05.03..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 8818/05.03....., autoritatea contractantă susține, în apărare, că, în cadrul documentației de atribuire publicata în SEAP a fost inclus modelul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii, astfel cum prevede art. 20 din HG nr. 395/2016. În fișa de date, obiectul contractului este achiziția de autoturisme prin leasing operațional iar din draftul de contract solicitat, parte a documentației de atribuire, rezultă că opțiunea de a cumpără bunul este exprimată la încheierea contractului de leasing operațional, clauză ce atrage calificarea contractului în leasing financiar și nu operațional cum a fost solicitat prin fisa de date.

În urma solicitărilor de clarificări în etapa de evaluare a procedurii, respectiv în vederea acceptării draftului de contract așa cum a fost impus prin documentația de atribuire, ofertantul a propus modificări substanțiale la contract, fapt ce a impus anularea procedurii în baza art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Scopul pentru care draftul de contract se include în documentația de atribuire, este tocmai pentru a fi acceptat de către ofertanți, având în vedere că acesta cuprinde clauze obligatorii pentru părți. Forma de draft din documentația de atribuire trebuie să fie în concordanță cu prevederile fișei de date și este obligatoriu a fi respectat. Forma finală a contractului include clauzele obligatorii stabilite prin draft, acestea neputând suporta alte modificări decât cele ce sunt de natura a fi încadrate în categoria celor nesubstanțiale.

Eventualele propuneri de modificare a clauzelor contractuale trebuiau să fie adresate printr-o solicitare de clarificări, înainte de data limita de depunere a ofertelor. Întrucât nu au fost formulate asemenea propuneri înainte de termenul limită de depunere a ofertelor se presupune că operatorii economici au acceptat documentația de atribuire și implicit draftul de contract.

Autoritatea contractantă consideră că anularea procedurii de atribuire s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în vigoare, având în vedere că nu s-au putut adopta măsuri de remediere fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice.

În documentația de atribuire exista o contradicție care nu a putut fi remediată, respectiv fișa de date cuprinde prevederi specifice unui contract de leasing operațional, în timp ce clauzele contractuale obligatorii impun încheierea unui contract de leasing financiar. Această modificare este una de natura substanțială, care implica schimbarea naturii juridice a contractului ce se urmărea a fi încheiat, respectiv din leasing operațional în leasing financiar, conform prevederilor OUG nr. 51/1997. Astfel, în mod corect, în baza prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 2 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, deoarece s-au constatat erori sau omisiuni, și se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele expuse anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată.

Prin adresa nr. 55/08.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 9423/08.03....., SC ..... SRL a transmis un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, în care reiterează aspectele prezentate în contestație.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare „Achiziție autoturisme prin leasing operațional: LOT 1 - Achiziție 3 autoturisme SUV și LOT 2 – Achiziție 1 autoturism tip LIMUZINĂ”, cod 34110000-1, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă online.

Conform anunțului de participare nr. ...../....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 22.01....., ora 16.00. Valoarea estimată a contractului este 669.377 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, SC ..... SRL a formulat prezenta contestație, ulterior îndeplinirii procedurii de notificare prealabilă, solicitând reluarea procedurii de la etapa evaluării financiare.

Consiliul ia act că decizia de anulare a procedurii a fost dispusă prin raportul procedurii nr. 414L/07.02..... și comunicată singurului ofertant participant la procedură, pentru ambele loturi.

Autoritatea contractantă și-a motivat decizia de anulare, invocând modificări substanțiale, având în vedere că, în fișa de date, obiectul contractului este de achiziție autoturisme prin leasing operațional, iar din draftul de contract solicitat, parte a documentației de atribuire, rezultă că opțiunea de a cumpăra bunul este exprimată la încheierea contractului de leasing operațional, clauză ce atrage calificarea contractului din leasing operațional în leasing financiar. Acest aspect contrazice, în opinia autorității contractante, prevederile fișei de date de unde rezultă clar că obiectul contractului este de achiziție autoturisme prin leasing operațional. Temeiul legal invocat constă în prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Din parcurgerea actelor aflate la dosar reiese că în urma evaluării propunerilor financiare prezentate pentru cele două loturi, membrii comisiei de evaluare au solicitat ofertantului, prin intermediul adresei nr. 271L/25.01....., prezentarea, printre altele a contractului-cadru însușit.

Atașat răspunsului său nr. 21/30.01....., SC ..... SRL a prezentat un document prin care confirmă clauzele contractuale, însă cu două amendamente ce privesc clauzele prevăzute la art. 4 (Furnizorul rămâne proprietarul exclusiv al Autoturismelor pe întreaga Durată a Contractului si dupa incetarea acestuia, cand Autoturismele vor fi predate de catre Achizitor catre Furnizor. La sfarsitul Contractului, Achizitorul poate opta pentru cumpărarea Autoturismelor) și 6.9 din draftul de contract (Furnizorul se obligă să deţină şi să dovedească proprietatea deplină şi necondiţionată a autoturismelor care fac obiectul prezentului Contract, atât la momentul furnizării cât şi pe tot parcursul utilizării de către Achizitor, acestea fiind libere de orice sarcini, drepturi reale sau de retenţie izvorâte din contracte de leasing financiar sau alteforme de finanţare a achiziţiei acestora). S-a solicitat eliminarea prevederii potrivit căreia la sfârșitul contractului, achizitorul poate opta pentru cumpărarea autoturismelor, inclusă în clauza prevăzută la art. 4, motivat de faptul că această clauză atrage automat calificarea contractului de leasing ca fiind unul financiar și nu operațional, cum se solicită în cadrul prezentei proceduri, precum și eliminarea clauzei prevăzută la art. 6.9 și introducerea unei clauze contractuale, după cum urmează:

Furnizorul are obligaţia:

a) *fie de a dovedi proprietatea deplină şi necondiţionată a autoturismelor care fac obiectul prezentului Contract, atât la momentul furnizării cât şi pe tot parcursul utilizării de către Achizitor, în acest caz, Furnizorul are dreptul de a cesiona drepturile (creanţele) ce decurg din Contract către Instituţia Bancară finanţatoare a achiziţiei autoturismelor. Tot în acest caz, Furnizorul are şi dreptul de a încheia cu Instituția Bancară finanțatoare un contract de garanție mobiliară fără deposedare asupra autoturismelor care fac obiectul prezentului contract, cu condiția de a nu fi afectat în nici un fel dreptul de utilizare al*

Achizitorului asupra autoturismelor şi niciun alt drept al acestuia conferit în cadrul prezentului Contract;

sau

b) *fie de a întruni condiţiile prevăzute de art. I1 din Ordonanţa nr. 51/1997, privind operaţiunile de leasing şi societăţile de leasing, atât la momentul furnizării cât şi pe tot parcursul utilizării de către Achizitor, în cazul în care Furnizorul nu deţine calitatea de proprietar al bunurilor, ci le achiziţionează prin încheierea unui contract de leasing financiar cu o Instituţie Financiară Nebancară (IFN). În acest caz Furnizorul se obligă să prezinte la semnarea prezentului contract, acordul scris al locatorului/finanţatorului iniţial cu privire la încheierea între Furnizor şi Achizitorul ..... a Contractui de leasing operaţional.*

Din cele analizate, rezultă că motivul invocat de autoritate pentru anularea procedurii de atribuire, regăsit în procesul–verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 4 (înregistrat cu nr. 385 L/05.02.....) și preluat în raportul procedurii, este acela că din draftul de contract solicitat, parte a documentației de atribuire, rezultă că opțiunea de a cumpăra bunul este exprimată la încheierea contractului, clauză ce atrage calificarea contractului din leasing operațional în leasing financiar.

Așa cum rezultă din prevederile fișei de date a achiziției, la cap.II.1.5) *Descrierea succinta a contractului sau achizitiei/achizitiilor* se dorește achiziționarea a trei autoturisme de teren noi și a unui autoturism tip limuzină nou, **prin leasing operațional**.

În caietul de sarcini, în cadrul *cerințelor generale* s-a arătat ce se dorește prin **leasing operațional pentru autoturisme**, respectiv:

- asigurarea dreptului de utilizare a unui număr de autoturisme, ce vor fi livrate cu dotările solicitate; ofertantul va garanta ca produsele sunt noi, nefolosite si sunt realizate astfel încat sa functioneze in conditii de protectia mediului inconjurator;

- perioada contractuala de minim 48 luni cu un rulaj de minim 30.000 km/an

- perioada în care autoturismele care fac obiectul achiziției vor fi puse la dispoziția achizitorului nu va depăși 30 zile calendaristice de la data semnarii contractului;

- rata de leasing va fi calculată începând cu data procesului verbal de recepție a fiecărui autoturism în parte;

- fiecare autoturism pus la dispoziție va fi însoțit de următoarele documente, în limba română: (…)

Articolul 2 *Obiectul şi preţul Contractului*, din modelul de contract de *furnizare achiziţie autoturisme* ***prin leasing operaţional*****,** stabilește, la o primă clauză**,** că *Obiectul Contractului îl constituie transmiterea dreptului de folosinţă,* ***în sistem leasing operaţional*** *cu servicii de mentenanţă incluse, a autoturismelor marca ... cu caracteristicile tehnice prevăzute în anexele la contract.*

Este fără dubiu că suntem în prezența achiziționării unor autoturisme în sistem de leasing operațional.

În contextul înfățișat, Consiliul apreciază că eliminarea mențiunii *la sfârșitul contractului, achizitorul poate opta pentru cumpărarea autoturismelor* nu este de natură să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din legea nr. 98/2016, contrar a ceea susține autoritatea contractantă, fără însă să dovedească existența unei astfel de situații.

Incidente în speță sunt prevederile Codului fiscal ce definesc la art. 7, *contractul de leasing financiar* și *contractul de leasing operațional*, astfel:

7. contract de leasing financiar - orice contract de leasing care îndeplinește cel puțin una dintre următoarele condiții:

a) riscurile și beneficiile dreptului de proprietate asupra bunului care face obiectul leasingului sunt transferate utilizatorului la momentul la care contractul de leasing produce efecte;

b) contractul de leasing prevede expres transferul dreptului de proprietate asupra bunului ce face obiectul leasingului către utilizator la momentul expirării contractului;

c) utilizatorul are opțiunea de a cumpăra bunul la momentul expirării contractului, iar valoarea reziduală exprimată în procente este mai mică sau egală cu diferența dintre durata normală de funcționare maximă și durata contractului de leasing, raportată la durata normală de funcționare maximă, exprimată în procente;

d) perioada de leasing depășește 80% din durata normală de funcționare maximă a bunului care face obiectul leasingului; în înțelesul acestei definiții, perioada de leasing include orice perioadă pentru care contractul de leasing poate fi prelungit;

e) valoarea totală a ratelor de leasing, mai puțin cheltuielile accesorii, este mai mare sau egală cu valoarea de intrare a bunului;

8. contract de leasing operațional - orice contract de leasing încheiat între locator și locatar, care transferă locatarului riscurile și beneficiile dreptului de proprietate, mai puțin riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală, și care nu îndeplinește niciuna dintre condițiile prevăzute la pct. 7 lit. b) - e); riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală există atunci când opțiunea de cumpărare nu este exercitată la începutul contractului sau când contractul de leasing prevede expres restituirea bunului la momentul expirării contractului.

Pornind de la definițiile de mai sus, câtă vreme dispozițiile clauzei prevăzută la art. 4, prima teză, din modelul de contract prevăd, în mod expres **că la sfârșitul contractului autovehiculele trebuie restituite furnizorului**, care rămâne proprietarul acestuia, este evident că riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală nu s-a urmărit a fi transferat prin intermediul

contractului. De altfel, în niciun document nu este menționat termenul de *valoare reziduală*, nefiind stabilită o valoare procentuală.

Într-adevăr suntem în prezența unei neconcordanțe, dar care, în niciun caz, nu poate schimba natura juridică a contractului, restul clauzelor din modelul de contract fiind definitorii pentru un contract de leasing operațional, reglementând modul de derulare a acestui tip de contract, contrar afirmațiilor autorității contractante.

Nu lipsită de importanță este și trimiterea, pe care și contestatoarea o face, la clauza indicată la art. 5.2 din modelul de contract potrivit căreia *în cazul oricărei contradicții între documentele de mai sus*, *prevederile lor vor prevala în conformitate cu succesiunea de mai sus,* astfel că au întâietate documentele indicate în ordinea prevăzută la art. 5.1, respectiv caietul de sarcini, propunerea tehnică, propunerea financiară, garanția de bună execuție, scadențarul de plăți, documente din care rezultă în mod neechivoc faptul că natura contractului este cea a unui contract de leasing operațional.

Neacceptarea unei modificări a clauzelor contractuale care nu produc niciun dezavantaj autorității contractante, ar goli de sens scopul art. 137 alin. (3) care permite astfel de modificări.

În accepțiunea art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, o ofertă este considerată neconformă dacă conţine propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentaţiei de atribuire, **care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă**, iar ofertantul, deşi a fost informat cu privire la respectiva situaţie, nu acceptă renunţarea la clauzele respective. Așadar, legiuitorul vorbește despre clauze dezavantajoase, or, în speță, autoritatea nu le-a apreciat astfel, din contră a achiesat la acestea.

De asemenea, relevantă în speță este și trimiterea la prevederile art. 221 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016 ce stabilesc: *Contractele de achiziţie publică/Acordurile-cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situaţii: (…)*

e) atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanţiale.

Or, în condițiile în care legea acordă posibilitatea modificării chiar și a contractelor în executare în cazul unor modificări care nu sunt substanțiale, cu atât mai mult este permisă o eliminare a unei clauze din modelul de contract menită să înlăture o neconcordanță și care nu poate fi catalogată ca fiind substanțială, date fiind informațiile existente în documentele licitației ce conduc fără dubiu

la aprecierea unui contract de leasing operațional.

Mai mult, luând în considerare și cele stipulate la art. 221 alin. (7) din Legea nr. 98/2016 [*(7) O modificare a unui contract de achiziţie publică/acord- cadru pe perioada de valabilitate este considerată modificare substanţială în sensul alin. (1) lit. e) atunci când este îndeplinită cel puţin una dintre următoarele condiţii:*

a) modificarea introduce condiţii care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire iniţială, ar fi permis selecţia altor candidaţi decât cei selectaţi iniţial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată iniţial sau ar fi atras şi alţi participanţi la procedura de atribuire;

b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul de achiziţie publică/acordul-cadru iniţial;

c) modificarea extinde în mod considerabil obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru;

d) un nou contractant înlocuieşte contractantul iniţial, în alte cazuri decât cele prevăzute la alin. (11)], în speță, respectiva corectare nu îndeplinește niciuna dintre condițiile pentru a fi considerată o modificare substanțială.

Faţă de cele de mai sus, Consiliul apreciază măsura anulării procedurii de atribuire ca fiind nelegală, eroarea semnalată fiind, în situaţia de fapt relevată, de natura creării unei circumstanţe artificiale de anulare a procedurii, comportament de la care autoritatea contractantă este oprită prin dispoziţiile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016 *[Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanţe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.]*

Totodată, în condiţiile în care neconcordanța întâlnită nu este de natură a afecta interesele niciuneia dintre părți, nici ale unicului ofertant şi nici ale autorităţii contractante, nu se pot considera îndeplinite ipotezele prevăzute la art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 2 din Legea nr. 98/2016 *[dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului]*.

Pentru considerentele enunţate, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ..... SRL și va anula raportul procedurii de atribuire nr. 414L/07.02....., în ceea ce priveşte decizia de anulare a procedurii de atribuire, precum şi actele subsecvente acestuia, procedura de atribuire urmând a fi continuată cu evaluarea ofertei depuse.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., și anulează raportul procedurii nr. 414L/07.02..... în ceea ce priveşte decizia de anulare a procedurii de atribuire, precum şi actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu evaluarea ofertei depuse și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult 15 de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica rezultatul procedurii contestatoarei.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține treisprezece pagini.