



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 1188/16.11.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35109/16.11.2016, depusă de către, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului și CIF RO, reprezentată legal prin director general, împotriva clauzelor din modelul de acord-cadru din documentația de atribuire elaborată de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, a acordului-cadru având ca obiect **„Servicii de pază și protecție, monitorizare, intervenție și patrulare în vedere asigurării securității obiectivelor**”, coduri CPV 79713000-5 servicii de pază (Rev.2), 85143000-3 servicii de ambulanță (Rev.2), se solicită obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere ale prevederilor contractuale în sensul modificării prevederilor art. 7.1 din modelul de acord-cadru.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. 1188/16.11.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35109/16.11.2016, ... critică clauzele din modelul de acord-cadru din documentația de atribuire elaborată de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă și solicită

obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere ale prevederilor contractuale în sensul modificării prevederilor art. 7.1 din modelul de acord-cadru.

Contestatoarea arată că a notificat autoritatea contractantă cu privire la adoptarea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire în sensul modificării clauzelor acordului-cadru de la art. 7.1, după cum urmează: *„7.1 Tarifele nu se ajustează. Ajustarea tarifului are loc doar în cazul în care au loc modificări legislative ce privesc salariul minim brut pe țară și doar atât cât să acopere respectiva modificare”*.

Petenta mai arată că, în motivarea Notificării prealabile a arătat că, întrucât obiectul contractului presupune o executare succesivă, acesta *„poate fi expus unor împrejurări aleatorii ale căror origini se află în conjunctura economică, în diverse forme de intervenționism legal care generează o mărire a costurilor executării prestației”* și, prin urmare, *„este necesară prevederea unor clauze contractuale care să asigure corelarea unei valori economice cu o altă valoare economică, care să asigure menținerea, în timp, a valorii reale a obligațiilor contractuale”*.

Subliniind faptul că jurisprudența a admis că autoritatea contractantă este cea care stabilește conținutul clauzelor obligatorii *„cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative”*, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general, contestatoarea opinează că trebuie întotdeauna avute în vedere dispozițiile art. 15 din Codul civil potrivit cărora *„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei credințe”*, contesxt în care este de la sine înțeles faptul că interesul public nu poate constitui temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante, iar principiul libertății contractuale să fie subordonat principiului priorității interesului public.

Redând dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă este obligată să ia în considerare propunerile de modificare a clauzelor contractuale, având posibilitatea de a nu le accepta doar în ipoteza în care ar fi vădit dezavantajoase pentru aceasta.

În același sens, petenta subliniază faptul că, pe baza practicii constante a C.N.S.C., interpretarea acestor prevederi este în sensul că autoritatea contractantă trebuie să comunice, în mod activ, cu ofertanții și să își motiveze deciziile relevante în spiritul respectării principiilor transparenței și a tratamentului egal.

Față de cele prezentate, autoarea contestației solicită Consiliului să constate că propunerea societății sale se circumscie factorilor determinanți ai admisibilității, fără a aduce atingere drepturilor subiective prevăzute de art. 137 alin. (3) lit.b), precizând că solicitarea sa are la bază faptul că, în ultimii 5 ani, salariul minim pe economie a fost majorat, în fiecare an, cu procente între 5% și 20%.

În opinia petentei, creșterea salariului minim pe economie este o situație care nu poate fi avută în vedere, în mod rezonabil, în

momentul încheierii contractului, dar, cu certitudine, poate fi cauza executării, în condiții mult mai oneroase pentru prestator și, pe cale de consecință, poate antrena o nouă procedură de atribuire a contractului de achiziții publice în decursul celor 4 ani. În mod concret, contestatoarea arată că, la 1 ianuarie 2013, salariul mediu brut era stabilit la 700 lei prin H.G. nr. 1225/2011, iar, în prezent, este de 1250 lei, conform H.G. nr. 1017/2015, ceea ce reprezintă o creștere cu 79% în doar 3 ani.

În contextul celor expuse, ... solicită Consiliului să constate că amendamentul pe care l-a propus cu privire la acordul-cadru și, implicit, contractul de servicii de pază, nu ar avea repercursiuni pentru autoritatea contractantă, deoarece pierderile cauzate de modificările legale cu impact în executare nu pot conduce decât la reluarea procedurii de atribuire sau la adaptarea contractului existent cu concursul instanțelor judecătorești, în vederea distribuirii, în mod echitabil între părți, a beneficiilor și pierderilor care rezultă din schimbarea împrejurărilor (art. 1271 alin. (3) din Cod civ.).

Invocând prevederile art. 1171 din Codul civil, petenta apreciază că autoritatea contractantă nu are dreptul să refuze negocierea sau discutarea modificărilor propuse fără a furniza o justificare și, cu atât mai mult, nu va putea să ignore propunerile de modificare a clauzelor contractuale venite din partea potențialilor ofertanți în contextul în care acestea nu-i pot produce o pagubă iminentă sau vreun dezavantaj injust.

Având în vedere cele prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, respectiv obligarea autorității contractante la modificarea art. 7.1 din acordul-cadru, în sensul ajustării prețului contractului raportat la indexarea salariului minim pe economie, precum și accesul la documentele dosarului achiziției publice, depus de autoritatea contractantă la Consiliu, în vederea depunerii de concluzii scrise.

În drept, au fost invocate prevederile art. 6-20 din Legea nr. 101/2016, art. 2, art. 164, art. 172-186 din Legea nr. 98/2016 și art. 15, art. 1171, art. 1271 din Codul civil.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Prin adresa nr. 35402/2518/C6/ și, respectiv, adresa nr. 35403/2518/C6 din 18.11.2016, Consiliul a pus în discuția părților excepția inadmisibilității contestației prin raportare la prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la termenul de notificare a autorității contractante cu privire la solicitarea de remediere a prevederii documentației de atribuire contestată.

Cu adresa nr. 25002/2162 din 23.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 35808 din 23.11.2016, ... a transmis Consiliului punctul de vedere privind contestația formulată de SC SRL, solicitând respingerea acesteia, pe cale de excepție, ca inadmisibilă și lipsită de interes, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 26 alin. (6) din același act normativ, precum și

menținerea deciziilor autorității contractante, ca fiind temeinice și legale, prin dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă menționează că, prin Notificarea prealabilă nr. 1181/„17”.11.2016, ... a solicitat modificarea clauzei contractuale referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului, astfel încât *„să asigure corelarea unei valori economice cu o altă valoare economică care să asigure menținerea, în timp, a valorii reale a obligațiilor contractuale”*, iar prin adresa nr. 25002/10.11.2016, ... a comunicat faptul că nu poate da curs modificării acestei clauze contractuale în sensul celor propuse, având în vedere faptul că, în documentația de atribuire a precizat, în mod clar, că nu va proceda la ajustarea prețului contractului.

1. În susținerea excepției inadmisibilității contestației, autoritatea contractantă precizează că Notificarea prealabilă prin care contestatoarea a solicitat modificarea unei clauze contractuale din cadrul modelului de acord-cadru, parte a documentației de atribuire, publicată în SEAP în data de 06.10.2016, a fost formulată în data de 17.11.2016, dată ce excede termenului legal de notificare, respectiv 10 zile de la data publicării documentației în SEAP.

2. Referitor la excepția lipsei de interes în formularea contestației, organizatoarea procedurii susține că măsurile pe care le-a adoptat nu sunt de natură să prejudicieze contestatoarea, cu atât mai mult cu cât, aceasta a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, astfel achiesând la toate prevederile documentației de atribuire, context în care orice contestație împotriva prevederilor documentației de atribuire nu îi aduce niciun folos practic.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că nu poate fi reținută a fi îndeplinită nici condiția cumulativă a prejudiciului pe care l-ar fi suferit sau riscă să-l sufere societatea contestatoare în contextul în care aceasta a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire și, prin urmare, și-a manifestat voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică în scopul de a fi desemnat câștigător al procedurii și de a încheia contractul cu autoritatea contractantă, însușindu-și astfel execuția contractului în limita valorii estimate stabilite de aceasta.

Având în vedere cele expuse, ... solicită Consiliului *„să procedeze la respingerea contestației, ca fiind lipsită de interes, contestatoarea neprocedând la justificarea și probarea prejudiciului creat de clauza contractuală în discuție”*.

3. Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă apreciază criticile contestatoarei, ca fiind neîntemeiate, sens în care arată următoarele: - valoarea estimată a acordului-cadru a fost calculată conform regulilor prevăzute în Cap. I, Secțiunea a 4-a, Paragraful 3 din Legea nr. 98/2016, respectiv, prin însumarea tuturor contractelor subsecvente care se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru pe întreaga sa durată și care se ridică la suma de 15.617.952 lei, fără TVA.

În conformitate cu H.G. nr. 1017/2015 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară, garantat în plată, în prezent, salariul minim pe economie este de 1.250 lei, iar valoarea estimată a fost determinată prin luarea în considerare a unui tarif de 13 lei/oră pentru un post de pază și a unui tarif de 38 lei/oră pentru un post de patrulare, având ca referințe, în acest sens, următoarele: tariful practicat, în prezent, de prestatorii care asigură servicii similare pentru imobilele din administrația primăriei; estimările de preț efectuate după cum urmează: valoarea estimată precizată în cadrul documentației de atribuire și la nivelul anunțului de participare reprezintă suma maximă, pe care autoritatea contractantă o poate disponibiliza pentru executarea contractului, acesta fiind și motivul pentru care aceasta a stabilit că prețul contractului nu se ajustează pe parcursul derulării acestuia.

Redând prevederile art. 20 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, ... precizează că, în cadrul documentației de atribuire, a pus la dispoziția tuturor operatorilor economici proiectul de contract conținând clauzele contractuale statuate ca fiind obligatorii.

Precizând că a stabilit conținutul clauzelor obligatorii „*cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscute autorității administrative*”, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general, ... opinează că interpretarea de către ofertant a caracterului abuziv/inadecvat al clauzelor obligatorii este de natură subiectivă, autoritatea contractantă neputând să-și elaboreze clauzele contractuale în funcție de interesele mai mult sau mai puțin subiective ale operatorilor economici interesați de participare la procedura de atribuire, afirmație în sprijinul căreia autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 și art. 15 din Codul civil.

În opinia autorității contractante, intenția de a nu proceda la ajustarea prețului pe parcursul derulării contractului nu poate fi asimilată ca fiind excesivă sau nerezonabilă în contextul în care la stabilirea valorii estimate a acordului-cadru s-a luat în considerare, pentru remunerația personalului, un salariu mai mare decât salariul minim pe economie, invocat de către contestatoare.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 1192/21.11.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 1192/21.11.2016, SC SRL, răspunzând adresei Consiliului nr. 35402/C6/18.11.2016, precizează că, urmare a datei de postare în SEAP a adresei de răspuns, consideră că „*termenul legal de 10 zile pentru depunerea contestației, a fost respectat*”.

În probațiune, contestatoarea a depus următoarele documente: Notificarea prealabilă înregistrată în registrul de intrări/ieșiri al societății cu nr. 1167/21.10.2016; adresa de răspuns a autorității contractante la solicitările de clarificări cu nr. 25002/2075/10.11.2016, postată în SEAP în data de 11.11.2016, ora 12:09 și print-screen-ul respectivei adrese.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, a acordului-cadru având ca obiect **„Servicii de pază și protecție, monitorizare, intervenție și patrulare în vedere asigurării securității obiectivelor**”, coduri CPV 79713000-5 servicii de pază (Rev.2), 85143000-3 servicii de ambulanță (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. 170324/**06.10.2016**.

Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 580.842 și 15.617.952 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate preț”* în ceea ce privește prețul ofertei, numărul agenților de pază implicați în îndeplinirea contractului subsecvent cu studii liceale absolvite cu diplomă de bacalaureat și numărul agenților de pază implicați în îndeplinirea contractului care sunt unici întreținători de familie.

În data de **07.11.2016**, cu adresa nr. 1181, SC SRL a înaintat autorității contractante **Notificarea prealabilă** prin care a solicitat acesteia să ia măsuri de remediere în sensul de a modifica clauza 7.1. din proiectul de acord-cadru astfel: din forma existentă – *„Tarifele nu se ajustează”*, în forma: *„Tarifele nu se ajustează. Ajustarea tarifului are loc doar în cazul în care au loc modificări legislative ce privesc salariul minim brut pe țară și doar atât cât să acopere respectiva modificare”*, notificare la care autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 25002/2075/10.11.2016, precizând, printre altele, că: *„(...) autoritatea contractantă nu poate da curs solicitării de a modifica această clauză contractuală în sensul celor propuse de dvs.”*.

Împotriva răspunsului astfel formulat și a clauzei documentației de atribuire referitoare la interdicția de ajustare/actualizare a prețului prestațiilor, SC SRL a depus contestația nr. 1188/16.11.2016, ce constituie obiect al prezentei analize.

În considerarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră **„Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretenției încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a**

anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; (3) **În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire**", constatând că notificarea prealabilă a autorității contractante a fost efectuată în data de 07.11.2016, iar documentația de atribuire contestată a fost publicată în SEAP la data de 06.10.2016, termenul de decădere pentru promovarea Notificării prealabile fiind astfel substanțial depășit, cu adresele nr. 35402/2518/C6/ și, respectiv, adresa nr. 35403/2518/C6 din 18.11.2016, Consiliul a pus în discuția părților excepția inadmisibilității contestației pe motiv de neparcurgere, de către petentă, a procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal de decădere instituit prin dispozițiile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează a se pronunța, mai întâi, asupra excepției inadmisibilității contestației depusă de către SC SRL, invocată din oficiu.

Cercetând cu înțâietate dacă SC SRL a respectat dispozițiile cap.II – „Notificarea prealabilă” din Legea nr. 101/20016, respectiv dacă, înainte de a se adresa Consiliului cu contestație, a notificat, în termenul de decădere, autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice, Consiliul constată că societatea contestatoare a promovat notificarea prealabilă a autorității contractante la peste 30 de zile de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, dată la care petenta era decăzută din dreptul de notificare prealabilă, situație în care contestația promovată se afla sub incidența sancțiunii de inadmisibilitate reglementată de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Astfel fiind, susținerea contestatoarei din adresa nr. 1192/21.11.2016, prin care aceasta afirmă că, în raport de data de postare în SEAP a adresei de răspuns la notificarea prealabilă, „termenul legal de 10 zile pentru depunerea contestației, a fost respectat” nu poate fi de natură a o repune în termenul în care aceasta avea dreptul de a iniția/promova notificarea prealabilă, termenul de inițiere a procedurii prealabile fiind unul distinct și diferit de termenul de formulare a contestației, fapt pentru care, în temeiul art. 26 alin. (1) coroborat cu art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, contestația depusă de către SC SRL.

Fără pronunțare asupra celorlalte excepții și a fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației, invocată *ex officio*, și respinge contestația formulată de către SC SRL, cu sediul în, ca inadmisibilă.

Obligatorie.

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

.....