

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de corespondență în, împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la notificarea de remediere nr. 2164/....., elaborate de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru de servicii, cu 3 agenți economici, pe o perioadă de 24 luni, având ca obiect : „.....”, cod CPV 60420000-8, 60440000-4, s-a solicitat :

- remedierea documentației de atribuire, în sensul înlocuirii caietului de sarcini, întrucât cuprinde prevederi nelegale, în neconcordanță cu cele ale Ordinului ANAP nr. 129/2013;
- înlocuirea acordului cadru, care conține clauzele contractuale obligatorii, întrucât cuprinde prevederi nelegale, în neconcordanță cu cele ale Ordinului;
- modificarea prevederilor nelegale din caietul de sarcini / acordul cadru menționat anterior;
- anularea răspunsului la Notificarea de remediere nr. 2164/.....

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC SRL a formulat contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la notificarea de remediere

nr. 2164/....., elaborate de către, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru de servicii, cu 3 agenți economici, pe o perioadă de 24 luni, având ca obiect : „.....”, cod CPV 60420000-8, 60440000-4, solicitând Consiliului:

- remedierea documentației de atribuire, în sensul înlocuirii caietului de sarcini, întrucât cuprinde prevederi nelegale, în neconcordanță cu cele ale Ordinului ANAP nr. 129/2013;
- înlocuirea acordului cadru, care conține clauzele contractuale obligatorii, întrucât cuprinde prevederi nelegale, în neconcordanță cu cele ale Ordinului;
- modificarea prevederilor nelegale din caietul de sarcini / acordul cadru menționat anterior;
- anularea răspunsului la Notificarea de remediere nr. 2164/.....

Contestatorul precizează că, din analiza documentației de atribuire, a constatat că documentația de atribuire publicată în SEAP nu respectă Ordinul ANAP nr. 129 din 25 iunie 2013 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport aerian, publicat în Monitorul Oficial 31/16.07.2013.

Potrivit contestatorului, având în vedere neconcordanțele semnalate, a înaintat autorității contractante notificarea de remediere în data de, prin care a solicitat remedierea anumitor nereguli, care constau în nerespectarea Ordinului nr. 129/2013. În acest sens, autoritatea contractantă a transmis adresa de răspuns având nr. 2164/....., publicată și în SEAP, prin care comunică faptul că datorită abrogării OUG nr. 34/2006, implicit s-a abrogat și Ordinul ANAP nr. 129/2013. Având în vedere aceste considerente precum și conduita autorității contractate, care a înțeles să mențină prevederi aflate în nelegalitate, contestatorul formulează prezenta contestație împotriva documentației de atribuire și răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 2164/.....

În ceea ce privește afirmația autorității contractante conform căreia „(...) a intervenit aprobarea implicită a Ordinului nr. 129/2013 ca urmare a abrogării exprese a OUG nr. 34/2006”, contestatorul consideră că aceasta este falsă, în speță fiind aplicabile dispozițiile Legii nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative. În acest sens, potrivit art. 3 din Legea nr. 24/2000: „(1) Normele de tehnică legislativă sunt obligatorii la elaborarea proiectelor de lege de către Guvern și a propunerilor legislative aparținând deputaților, senatorilor sau cetățenilor, în cadrul exercitării dreptului la inițiativă legislativă, la elaborarea și adoptarea ordonanțelor și hotărârilor Guvernului, precum și la elaborarea și adoptarea actelor normative ale celorlalte autorități cu asemenea atribuții. (2) Normele de tehnică legislativă se aplică, în mod corespunzător, și la elaborarea și adoptarea proiectelor de ordine, instrucțiuni și de alte acte normative

emise de conducătorii organelor administrației publice centrale de specialitate, precum și la elaborarea și adoptarea actelor cu caracter normativ emise de autoritățile administrației publice locale”.

În opinia contestatorului, ieșirea din vigoare a normei juridice presupune încetarea efectelor actelor normative, activitatea juridică fiind sub semnul perisabilității; încetarea activității normelor juridice se produce prin trei modalități principale: ajungerea la termen, desuetudinea și abrogarea (ieșirea din vigoare). În acest sens, contestatorul subliniază că nu există un act de abrogare a organului emitent – ANAP.

Totodată, contestatorul menționează că:

- abrogarea implicită invocată de autoritatea contractantă nu se mai regăsește printre evenimentele legislative reglementate de Legea nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative;
- prin art. 64 și art. 65 din Legea nr. 24/2000, s-a impus cu caracter imperativ, abrogarea expresă directă, iar dispozițiile normative vizate trebuie determinate expres, începând cu legile și apoi cu celelalte acte normative, prin menționarea tuturor datelor de identificare a acestora;
- în cazul abrogării exprese directe, legiuitorul declară că se abrogă anumite categorii de acte normative identificate prin titlu, număr și an al adoptării, data publicării și numărul Monitorului Oficial în care au fost publicate;
- în cadrul enumerării actelor normative abrogate sau a unor părți constitutive ale acestora, se trec în ordine legile organice, legile ordinare, ordonanțele de urgență, ordonanțele emise în temeiul unei legi de abilitare și hotărârile Guvernului, iar în cazul abrogărilor care se fac prin lege, enumerarea sau abrogarea expresă directă se oprește la nivelul hotărârilor emise de Guvern, urmând ca actele normative subordonate acestora să fie abrogate prin acte ale organelor emitente, având în vedere încetarea efectelor actului ierarhic superior în baza căruia au fost emise;
- potrivit art. 64 alin. (4) din Legea nr. 24/2000 *„dacă o normă de nivel inferior, cu același obiect, nu a fost abrogată expres de actul normativ de nivel superior, această obligație îi revine autorității care a emis prima actul”;*
- astfel, abrogarea Ordinului nr. 129/2013 se putea realiza printr-un nou ordin al președintelui ANAP; în lipsa unei asemenea ordin, nu se poate considera că au încetat efectele Ordinului nr. 129/2013.

Totodată, contestatorul susține că actul normativ special nu poate fi abrogat prin norma generală, iar cu privire la evenimentele legislative implicite, arată că art. 67 alin. (3) prevede: *„evenimentele legislative implicite nu sunt recunoscute în cazul actelor normative speciale ale căror dispoziții nu pot fi socotite modificate, completate sau abrogate nici prin reglementarea generală a materiei, decât dacă acest lucru este*

exprimat expres". Astfel, norma specială anterioară, cum este cazul Ordinului nr. 129/2013, nu poate fi modificată sau abrogată decât în mod expres de o normă generală ulterioară. Întrucât în Legea nr. 98/..... (norma generală) nu se prevede în mod expres că abrogă Ordinul nr. 129/2013 (norma specială) acesta este în continuare în vigoare și produce efecte.

Mai mult, Ordinul nr. 129/2013, nu cuprinde norme contrare Legii nr. 98/....., pentru a se putea discuta de o abrogare implicită. Abrogarea tacită sau implicită intervine atunci când, deși noul act normativ nu prevede nimic în legătură cu acțiunea vechilor norme juridice, noua reglementare este diferită de vechea reglementare, organul de aplicare înțelegând implicit că, în mod tacit, legiuitorul a dorit să scoată din vigoare vechea reglementare. În susținere, contestatorul face trimitere la cele reținute de către Curtea Constituțională, respectiv că abrogarea implicită - parțială sau totală - a unei dispoziții legale se produce atunci când printr-un act normativ ulterior se instituie reguli care contrazic, parțial sau total, conținutul normativ al acesteia. Or, din examinarea comparativă a cuprinsului Ordinului nr. 129/2013 și al textelor introduse în Legea nr. 98/..... sau Legea nr. 101/....., nu rezultă nici o contradicție între acestea, dispozițiile introduse în legea achizițiilor publice reafirmând valabilitatea celor cuprinse în Ordinul nr. 129/2013.

Contestatorul susține că temeiul legal al emiterii Ordinului nr. 129/2013 a fost preluat și în Legea nr. 98/..... În acest sens, arată că temeiul legal primar, în sensul emiterii unei legi care să stabilească modul de realizare a achizițiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziție publică, a fost preluat de reglementările ulterioare, respectiv Legea nr. 98/..... Astfel, documentația de atribuire aferentă procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică a fost preluată și în Legea nr. 98/.....

În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 3 din Legea nr. 98/....., potrivit căreia, este definită: „z) documentația de atribuire ca fiind documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”, iar în Normele Metodologice se menționează, la art. 20: „(1) Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele: a) fișa de date a achiziției; b) caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare; c) proiectul de contract

conținând clauzele contractuale obligatorii; d) formulare și modele de documente. (2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului / candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”

Pe de altă parte, contestatorul arată că, potrivit art. 3 din Ordinul nr. 129/2013: „(1) Documentația de atribuire este structurată în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, astfel: a) secțiunea I - Fișa de date a achiziției, prevăzută în anexa nr. 1; b) secțiunea II - Caiet de sarcini, prevăzută în anexa nr. 2; c) secțiunea III - Clauze contractuale obligatorii (model de acord-cadru), prevăzută în anexa nr. 3. (2) Documentația de atribuire conține și secțiunea IV, care cuprinde un set de formulare destinate facilitării modului de prezentare a ofertelor și a procesului de evaluare a acestora, cu caracter de modele, prevăzută în anexa”. Potrivit prevederilor art. 33 alin. (2) din OUG nr. 34/2006: „ (2) Documentația de atribuire cuprinde: a) fișa de date; b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere; c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”

Raportat la cele mai sus menționate, contestatorul arată că, din lecturarea comparativă a vechii reglementări cu privire la conținutul documentației de atribuire și a noii reglementări, reiese că prevederile sunt identice în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire. În consecință, dacă reglementarea temeiului primar a fost preluată, în aceeași formă, în noul act normativ, contestatorul consideră că efectele actelor de reglementare secundară continuă să producă efecte până la emiterea unui nou act de reglementare secundară.

În ceea ce privește nelegalitatea documentației de atribuire, contestatorul formulează următoarele critici:

- Ordinul ANRMAP nr. 129 din 25 iunie 2013, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport aerian, a fost publicat în Monitorul Oficial 31 din data de 16.07.2013, dată anterioară publicării în SEAP a documentației de atribuire ce face obiectul contestației și pe cale de consecință, aplicabil prezentei proceduri de atribuire;
- potrivit Ordinului, documentația de atribuire se utilizează în situația în care, la momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă/entitatea achizitoare nu are posibilitatea de a identifica cu certitudine destinațiile zborurilor, aceasta fiind și situația în speță;

- faptul că nu se pot identifica cu certitudine destinațiile zborurilor reiese fără putință de tăgadă din caietul de sarcini unde se menționează *„având în vedere că aceste deplasări nu pot fi determinate cu exactitate în ceea ce privește destinația, frecvența etc.”*. Documentația de atribuire privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport aerian cuprinde fișa de date a achiziției, caietul de sarcini și clauzele contractuale obligatorii;
- caietul de sarcini și clauzele contractuale obligatorii, nu sunt în conformitate (formal, de fond sau procedural) cu prevederile legale în materie, respectiv acestea nu sunt în concordanță cu prevederile ordinului ANRMAP nr. 129/2013, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport aerian.

În situația în care se constată că Ordinul nr. 129/2013 nu este aplicabil, contestatorul consideră că se impune remedierea neregulilor semnalate în temeiul art. 49, 50 și a art. 115 din Legea nr. 98/..... precum și a prevederilor din Normele metodologice adoptate prin HG nr. 395/.....

Cu privire la neregulile semnalate, contestatorul enumeră exemplificativ următoarele:

- posibilitatea de a anula sau modifica biletele de avion deja emise fără penalizări pentru autoritatea contractantă. În Capitolul II.1 și V din caietul de sarcini corespunzător anunțului de participare nr./..... se prevăd următoarele: *„în cazul în care deplasarea este anulată, prestatorul va fi înștiințat în cel mai scurt timp pentru anularea rezervării, iar în cazul în care biletul a fost emis, va fi înștiințat pentru anularea biletului și a facturilor. Autoritatea contractantă poate restitui biletele de transport neutilizate, fără a suporta penalități”*; de asemenea, în modelul de contract Acord cadru, la pct. 7.1.2 se prevede: *„la solicitarea beneficiarului, prestatorul de servicii va anula biletele de avion emise fără a percepe penalități”*.

În opinia contestatorului, nu este echitabil ca operatorul economic să suporte taxele cu modificarea sau anularea biletelor de avion, fiind o decizie a autorității contractante care, trebuie să-și suporte costurile propriei decizii. Mai mult, operatorii economici nu au cum să prevadă la momentul formulării unei oferte, situațiile în care autoritatea contractantă va dori să-și anuleze sau modifice un bilet de avion precum și ocaziile cu care se va întâmpla acest fapt, fiind o decizie unilaterală a autorității contractante a cărei consecințe nu trebuie suportate de către ofertant.

- conform documentației de atribuire, prețul serviciilor de transport aerian va cuprinde: prețul efectiv de achiziție a biletului plătit către compania aeriană; Taxele de zbor aferente; Tariful de serviciu. Criteriul de atribuire la reluarea competiției pentru încheierea contractelor subsecvente acordului - cadru: *„prețul cel mai scăzut*

al serviciilor de transport aerian (biletelor de avion) ofertate”, iar dacă se solicită mai multe bilete de avion prin aceeași invitație de participare la reofertare, criteriul va fi „cel mai mic preț total aferent tuturor biletelor de avion solicitate”. Acest preț va include toate costurile pe care autoritatea contractantă urmează să le plătească, respectiv prețul efectiv de achiziție a biletului plătit către compania aeriană, taxele de zbor aferente și tariful de serviciu (TS) perceput de către operatorul economic.

Față de acest aspect, contestatorul arată că, potrivit documentației de atribuire taxele cu modificare și anularea biletelor de avion nici măcar nu sunt o parte a prețului ofertat, care să poate fi inclus de către operatorul economic la momentul întocmirii ofertei. De asemenea, nu este clar care este modalitatea în care aceste taxe vor fi suportate de către operatorul economic și modul în care acesta le va include în ofertă, întrucât suportarea acestor costuri de către operatorii economici reprezintă o cheltuială, care trebuie cuprinsă în oferta financiară.

În susținere, contestatorul subliniază că acesta a fost și rațiunea pentru care s-a prevăzut expres în Ordinul nr. 129/2013 că: *„Autoritatea contractantă va suporta costurile privind anularea sau modificarea biletelor deja emise. În cazul anulării călătoriei, prestatorul de servicii va lua toate măsurile posibile în vederea minimizării costurilor, pentru a servi în cel mai bun mod interesele autorității contractante. În cazul în care deplasarea este anulată, autoritatea contractantă va înștiința prestatorul în legătură cu anularea biletului, de regulă, cu cel puțin 48 de ore înainte de plecare. Înștiințările de anulare a biletelor se vor comunica prin fax/e-mail, în termen de 24 de ore de la data anulării”.*

De asemenea, potrivit art. 20 din Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 98/....., documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului / candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. Serviciul care se asigura prin prezenta procedură este cel de a pune la dispoziția autorității contractante bilete de avion pentru o anumită destinație. Potrivit pct. IV.4.2 din Fișa de date: Tariful de serviciu (TS) reprezintă valoarea maximă a comisionului pentru prestațiile de servicii (rezervare și emitere de bilete de avion), pe care operatorul economic îl va putea percepe pe întreaga durată a acordului-cadru.

Astfel, contestatorul consideră că, într-o asemenea procedură, câștigul operatorului economic îl reprezintă acest quantum al tarifului de serviciu. În scopul respectării principiului transparenței și tratamentului egal al tuturor ofertanților, quantumul tarifului de serviciu (TS) este menit să acopere cheltuielile pe care operatorii economici le efectuează cu prilejul prestării serviciilor în cauză. Astfel, tariful de serviciu trebuie să fie apt a susține prin sine însuși, din punct de vedere economic, activitatea operatorilor economici legată de executarea acordului-cadru și a contractelor subsecvente. Suportarea din acest quantum a taxelor de

anulare sau modificare a biletelor de avion ca urmare a unei decizii unilaterale a autorității, care poate fi și abuzivă, și a căror quantum nu poate fi prevăzut la momentul întocmirii ofertei ar însemna ca operatorii economici să nu-și poată susține activitatea și să înregistreze pierderi în desfășurarea prezentei proceduri.

Cu privire serviciile conexe asigurate în mod gratuit, contestatorul indică prevederile nelegale din caietul de sarcini:

- *„Servicii conexe cuprind: cazare hotel, servicii masă, închiriere auto, transferuri de la aeroport la hotel și hotel - aeroport în străinătate, asigurări medicale”;*
- *„la solicitarea autorității contractante, prestatorul va pune la dispoziția acestuia informații privind călătoriile feroviare internaționale și, în urma comenzii părții contractante, va efectua servicii de rezervare și emitere de bilete de tren pe curse internaționale”;*
- *„la solicitarea autorității contractante, prestatorul va pune la dispoziția acestuia informațiile cerute privind serviciile hoteliere aferente destinației pentru care se fac rezervările de transport și, în urma comenzii părții contractante, va efectua serviciile de rezervare”;*
- *„prestatorul va asigura transferul de la/la aeroport în străinătate”;*
- *„prestatorul de servicii trebuie să demonstreze, prin orice mijloace, capacitatea de a asigura polițe de asigurare de sănătate pentru persoanele care efectuează deplasarea, iar contractarea acestor servicii se face la cerere, contra cost, de către autoritatea contractantă; achiziționarea acestor servicii fiind inclusă în pachetul ofertat”;*
- *„serviciile complementare asigurate în mod gratuit, în afara celor de transport, cum ar fi: punerea la dispoziția autorității contractante a hărților și ghidurilor localităților în care se face deplasarea, felul și orarul principalelor mijloace de transport, rețeaua principalelor instituții publice, rețeaua hotelieră etc., se pot contracta la cerere”;*
- *În modelul de contract acord cadru se prevede că: „la solicitarea expresă a beneficiarului prestatorul, se obligă să asigure și servicii conexe, respectiv (cod CPV 60440000-4 servicii aeriene și servicii conexe,): asigurarea cazării, asigurarea transferului de la/spre aeroport în străinătate”.*
- *„prestatorul va asigura beneficiarului la cererea acestuia și serviciile conexe transportului aerian”*

Similar, contestatorul precizează că nu se indică în documentația de atribuire modul în care aceste servicii vor fi cuprinse în oferta financiară a operatorului economic; singura precizare cu privire la modul de întocmire a propunerii financiare definind serviciul de transport aerian și taxa de serviciu pentru acest serviciu. Astfel, se solicită ofertanților efectuarea de numeroase servicii: cazare hotel, servicii masă, închiriere

auto, transferuri de la aeroport la hotel si hotel - aeroport în străinătate, asigurări medicale fără să se menționeze care este câștigul operatorului economic la realizarea acestor servicii, implicit înțelegând că ele se vor realiza în mod gratuit, respectiv nu se menționează unde în propunerea financiară ofertantul va cuprinde cheltuielile pe care le efectuează cu prilejul prestării serviciilor în cauză, cum este menționat la serviciul de transport aerian. Contestatorul arată că din formularea cerinței reiese că autoritatea contractantă va suporta doar contravaloarea cazării, transportului fără a exista și un tarif al operatorului economic care să cuprindă cheltuielile realizate în efectuarea acestor servicii. Or, în Ordinul nr. 129/2013 s-a prevăzut expres că autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili în cuprinsul caietului de sarcini cerințe care exced obiectului concret al acordului-cadru, acestea fiind considerate o încălcare a principiului proporționalității.

Cu privire la răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul consideră că, prin răspunsul la Notificarea de remediere nr. 2164/....., autoritatea contractantă nu a răspuns clar și complet la solicitare. Astfel, autoritatea contractantă s-a limitat la a comunica că Ordinul nr. 129/2013 nu mai este în vigoare, fără a analiza în ce măsură neregulile semnalate respectă prevederile legale din Legea nr. 98/.....

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 27186/.....-...../....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției publice, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 18, art. 20 din Legea nr. 101/....., coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/..... și art. 213 din OUG nr. 34/2006, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/....., în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei, sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat. De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/.....

Prin adresa 15151/14.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 28100/....., autoritatea contractantă transmite documentele solicitate precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea contestației ca nefondată, din motivele ce vor fi expuse mai jos.

În ceea ce privește Ordinul ANAP (ANRMAP) nr. 129/2013, invocat de contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- documentația de atribuire a fost elaborată în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/..... privind achizițiile publice și HG nr. 395/..... pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru; de asemenea, documentația de atribuire nr. 2430023 a fost verificată de către ANAP sub aspectul respectării prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, acceptată la

publicare în data de și nu a existat o respingere sau recomandare din partea ANAP cu privire la întocmirea acesteia conform prevederilor Ordinului nr. 129/2013 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport;

- în conformitate cu prevederile art. și art. 78 din Legea nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, autoritatea contractantă consideră că Ordinul nr. 129/2013 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport este un act normativ cu o forță juridică inferioară, fiind emis în executarea strictă a OUG nr. 34/2006 și nu poate depăși cadrul fixat de OUG nr. 34/2006 iar OUG nr. 34/2006 a fost abrogată de Legea nr. 98/..... privind achizițiile publice;
- în cazul în care Ordinul nr. 129/2013 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport ar fi fost aplicabil procedurii de atribuire inițiate de autoritatea contractantă, ANAP ar fi recomandat autorității contractante modificarea prevederilor documentației de atribuire, cât și includerea la capitolul III.1.5 „*Legislația aplicabilă*” din fișa de date a Ordinului anterior menționat.

În ceea ce privește afirmația contestatorului referitoare la „nelegalitatea documentației de atribuire, corespunzătoare Anunțului de atribuire nr.”, autoritatea contractantă subliniază că la data promovării contestației, cadrul legal general OUG nr. 34/2006, nu se mai află în vigoare, fiind abrogat prin art. 238 din Legea nr. 98/..... Raportat la acest aspect juridic, potrivit căruia toate actele subsecvente celui ieșit din vigoare devin, de drept, caduce/ineficace (sau chiar considerate ca fiind abrogate implicit), apreciind că argumentele contestatorului nu prezintă relevanță. Ordinul nr. 129/2013 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport nu este aplicabil procedurii organizate de autoritatea contractantă, întrucât plecând chiar de la titlul documentației privind achiziția de servicii de transport aerian ocazional de pasageri pe curse externe (internaționale), autoritatea contractantă achiziționează, la cerere, pe lângă acestea și servicii conexe a căror descriere este prevăzută în caietul de sarcini, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante; în această situație, obligația respectării prevederilor Ordinului ANRMAP nr. 129/25.06.2013, nu există.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că solicitările contestatorului nu pot fi reținute în condițiile în care aspectele prezentate de către aceasta nu sunt argumentate și nici fundamentate din punct de vedere legal, nefiind dovedită nici o încălcare a legislației în vigoare (Legea nr. 98/.....) privind achizițiile publice documentația de atribuire fiind întocmită în concordanță cu prevederile legale și depunând toate

diligențele necesare pentru respectarea prevederilor art. 54 din Legea nr. 98/....., precum și pentru promovarea tratamentului egal la procedura de atribuire, motiv pentru care solicită Consiliului să dispună respingerea acestui capăt de cerere ca fiind nefondat.

În ceea ce privește „nelegalitatea documentației de atribuire, corespunzătoare Anunțului de atribuire nr./..... Neregulile semnalate referitoare la: posibilitatea de a anula sau modifica biletele de avion deja emise fără penalizări pentru autoritatea contractantă; serviciile conexe asigurate în mod gratuit”, autoritatea contractantă precizează că în concordanță cu necesitățile obiective ale instituției, se vor respecta:

- prevederile Secțiunii II – Caiet de sarcini, Cap. II - Cerințe privind caracteristicile serviciilor - cerințe tehnice, Punctul 1 alin. 10 *„în cazul în care deplasarea este anulată, prestatorul va fi înștiințat în cel mai scurt timp pentru anularea rezervării, iar în cazul în care biletul a fost emis, va fi înștiințat pentru anularea biletului sau a facturii, prin e-mail/fax. Prestatorul de servicii va anula biletul/biletele de avion emise fără a percepe penalități. Anularea se face, de regulă, înainte de decolarea avionului”;*
- prevederile Cap. V - Alte mențiuni alin. 1 din Secțiunea II - Caiet de sarcini: *„în cazul în care deplasarea este anulată, prestatorul va fi înștiințat în cel mai scurt timp pentru anularea rezervării, iar în cazul în care biletul a fost emis, va fi înștiințat pentru anularea biletului și a facturilor. Autoritatea contractantă poate restitui biletele de transport neutilizate, fără a suporta penalități”*

Cu privire la „serviciile conexe asigurate în mod gratuit”, autoritatea contractantă precizează că obiectul procedurii este încheierea acordului-cadru privind achiziționarea de servicii de transport aerian ocazional pe curse externe (internaționale) și servicii conexe (servicii de rezervare și emitere bilete de tren pe curse internaționale, servicii de rezervări hoteliere, servicii de la/la aeroport, și polițe de asigurare de sănătate). Serviciile conexe vor fi asigurate de către operatorul economic, contra cost, la cererea expresă a autorității contractante, prin invitația de participare la reofertare. În acest sens autoritatea contractantă consideră că nu a restrâns participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, aceste servicii complementare (punerea la dispoziția autorității contractante a hărților, pliantelor etc) venind în ajutorul și spre informarea autorității contractante.

Referitor la criteriul de atribuire la reluarea competiției pentru încheierea contractelor subsecvente acordului-cadru: prețul cel mai scăzut al serviciilor de transport aerian (biletelor de avion) oferite, care include toate costurile ce urmează a fi plătite, respectiv prețul efectiv de achiziție a biletului plătit către compania aeriană, taxele de zbor aferente și tariful de serviciu (TS) perceput de către operatorul economic, autoritatea contractantă consideră că acesta este corect constituit. Nu

cuprinde taxele cu modificarea biletului, pentru o altă dată de călătorie sau rută se face o nouă reofertare la care sunt invitați să participe toți operatorii semnatori ai acordului-cadru.

În susținerea afirmațiilor sale, ... subliniază că prevederile caietului de sarcini și prevederile modelului acord-cadru/contract subsecvent au fost elaborate în conformitate cu necesitățile autorității contractante. În acest sens, consideră că solicitările SC SRL nu pot fi reținute în condițiile în care, aspectele prezentate de către acesta nu sunt argumentate și nici fundamentate din punct de vedere legal, nefiind dovedită nici o încălcare a legislației în vigoare (Legea nr. 98/.....) privind achizițiile publice documentația de atribuire fiind întocmită în concordanță cu prevederile legale, totodată fiind depuse toate diligențele necesare pentru respectarea prevederilor art. 54 din Legea nr. 98/....., precum și pentru promovarea tratamentului egal la procedura de atribuire motiv pentru care solicită Consiliului respingerea acestui capăt de cerere ca fiind nefondat.

În ceea ce privește răspunsul nr. 16D/2164/..... privind notificarea de remediere a SC SRL nr. 2164/....., autoritatea contractantă consideră că răspunsul emis a fost clar și complet. De asemenea, consideră că prevederile Ordinului nr. 129/2013 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind încheierea acordului-cadru pentru servicii de transport nu sunt aplicabile prezentei proceduri privind achiziția de servicii de transport aerian ocazional de pasageri, pe curse externe (internaționale) și servicii conexe (servicii și rezervare și emitere bilete de tren pe curse internaționale, servicii de rezervări hoteliere, servicii de transport de la/la aeroport și polițe de asigurare de sănătate) pe o perioadă de 24 luni întrucât acesta a fost emis în aplicarea strictă a OUG nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii care a fost abrogată de Legea nr. 98/....., privind achizițiile publice. Prin urmare, actul juridic subsecvent celui ieșit din vigoare (OUG nr. 34/2006) devine de drept caduc/abrogat implicit. Totodată, autoritatea contractantă subliniază că obiectul prezentei proceduri de achiziție publică excede prevederilor din Ordinul anterior menționat, autoritatea contractantă achiziționând suplimentar și servicii conexe, servicii ce nu sunt cuprinse în Ordin.

Autoritatea contractantă consideră că solicitările SC SRL nu pot fi reținute în condițiile în care aspectele prezentate de către acesta nu sunt argumentate și nici fundamentate din punct de vedere legal, nefiind dovedită nici o încălcare a legislației în vigoare (Legea nr. 98/.....) privind achizițiile publice, acesta întocmind documentația de atribuire în concordanță cu prevederile legale și depunând toate diligențele necesare pentru respectarea prevederilor art. 54 din Legea nr. 98/....., precum și pentru promovarea tratamentului egal la procedura de atribuire, motiv pentru care solicită Consiliului să dispună respingerea acestui capăt de cerere ca fiind nefondat.

În legătură cu modul de desfășurare a procedurii de achiziție și având în vedere motivele arătate pe parcursul prezentei autoritatea contractantă apreciază că sunt nefondate criticile contestatorului iar aspectele prezentate de către acesta nu sunt argumentate și nici fundamentate din punct de vedere legal, nefiind dovedită nici o încălcare a legislației privind achizițiile publice. În concordanță cu prevederile legale, autoritatea contractantă subliniază că a depus toate diligențele necesare pentru respectarea principiului proporționalității, conform prevederilor art. 54 alin. (3) din Legea nr. 98/....., precum și pentru promovarea tratamentului egal la procedura de atribuire.

Prin adresa nr. 15722/....., înregistrată la CNSC sub nr. 28495/....., autoritatea contractantă transmite, în completare, documente aferente dosarului achiziției publice.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, în vederea încheierii acordului cadru de servicii, cu 3 agenți economici, pe o perioadă de 24 luni, având ca obiect : „.....”, cod CPV 60420000-8, 60440000-4, în acest sens, elaborând documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr./....., potrivit căruia valoarea estimată fără TVA, este cuprinsă între: 1.440.000 și 1.728.000 lei, criteriul de atribuire ales fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de contestator cu privire la prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că acestea vizează în principal două aspecte, respectiv:

- prevederile cap. II pct. 1 „*Servicii obligatorii*” și cap. V „*Alte mențiuni*” din caietul de sarcini care stabilesc că „*în cazul în care deplasarea este anulată, prestatorul va fi înștiințat în cel mai scurt timp pentru anularea rezervării, iar în cazul în care biletul a fost emis, va fi înștiințat anularea biletului sau a facturii, prin e-mail/fax. Prestatorul de servicii va anula biletul/biletele de avion emise fără a percepe penalități. Anularea se face, de regulă, înainte de decolarea avionului. În cazul în care deplasarea este anulată, prestatorul va fi înștiințat în cel mai scurt timp pentru anularea rezervării, iar în cazul în care biletul a fost emis, va fi înștiințat pentru anularea biletului și a facturilor. Autoritatea contractantă poate restitui biletele de transport neutilizate, fără a suporta penalități*”.
- prevederile din caietul de sarcini referitoare la serviciile conexe (vezi prima pagină la „*Definiții*” și pct. 7.1.2 din modelul de contract de Acord-cadru, referitoare la obligațiile prestatorului, conform cărora „*prestatorul va asigura beneficiarului la cererea acestuia și serviciile conexe transportului aerian; serviciile conexe cuprind: cazare hotel, servicii masa, închirieri auto, transferuri de*

la aeroport la hotel și hotel-aeroport în străinătate, asigurări medicale”.

Având a cerceta legalitatea acestor prevederi din caietul de sarcini și modelul de contract propus, Consiliul determină că sunt relevante următoarele prescripții legale:

- art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/.....: „Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea”. Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 154 din Legea nr.98/.....: „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”;

-art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/.....: „Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedură de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”;

-art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/.....: „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”.

Așa cum rezultă din prevederile legale reiterate, cerințele din documentația de atribuire trebuie să fie clare și precise astfel încât operatorii economici să poată previziona modul de desfășurare a procedurii de atribuire și să nu aibă ca efect introducerea unor obstacole care să obstrucționeze concurența între operatorii economici.

Propunerea tehnică este parte integrantă a contractului de achiziție publică, astfel că odată elaborată oferta tehnică ea nu mai poate fi modificată, astfel că la momentul elaborării și depunerii ofertei, în mod evident că ofertantul trebuie să cunoască serviciile oferite, servicii care până la îndeplinirea/executarea contractului nu mai pot fi modificate. Riscul, ca în cadrul procedurii, să participe și chiar să câștige un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire a achiziției nu au fost stabilite, clar, complet și precis anumite cerințe și specificații tehnice care să corespundă necesității și scopului pentru care s-a organizat procedura în cauză aparține autorității contractante.

Raportat la dispozițiile legale enumerate, precum și la argumentele aduse de contestator, Consiliul stabilește că prevederile evocate îngrădesc accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare. În atari circumstanțe, cerințele nelegale din cuprinsul documentației de

atribuire trebuie să fie reformulate, sau după caz eliminate, scopul noii legislații privind achizițiile publice fiind de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Desigur, Consiliul nu poate a nu se raporta și la prevederile cap.II, pct. 10 din Ordinul nr.129/2013 al ANRMAP, care deși a fost emis în temeiul OUG nr.34/2006, act normativ abrogat, situația avută în considerare la adoptarea lui persistă, respectiv *„necesitatea standardizării documentației aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, angajament asumat în cadrul discuțiilor cu Comisia Europeană”* și care stabilesc că *„Autoritatea contractantă va suporta costurile privind anularea sau modificarea biletelor deja emise. În cazul anulării călătoriei, prestatorul de servicii va lua toate măsurile posibile în vederea minimizării costurilor, pentru a servi în cel mai bun mod interesele autorității contractante”*.

Astfel, prin introducerea clauzei în caietul de sarcini conform căreia autoritatea contractantă poate restitui biletele de transport neutilizate, fără a suporta penalități, practic operatorii economici sunt obligați ca penalitățile aferente anulării biletelor chiar și din motive neimputabile acestora să fie suportate de aceștia din urmă, fără însă ca aceste costuri să fie incluse în oferta financiară, relevant în acest sens sunt dispozițiile cap.III din caietul de sarcini care stipulează că *„Nu intră în calculul prețului biletului taxele de modificare/anulare a biletului”*.

Ori, suportarea penalităților de către ofertanți în condițiile în care acestea reprezintă evenimente viitoare și incerte, în sensul că nu se poate anticipa numărul biletelor și implicit a cuantumului penalităților aferente, apare ca fiind nu doar abuzivă dar și discriminatorie și restrictivă, impunându-se eliminarea lor cu atât mai mult cu cât această clauză modifică însuși caracterul oneros al contractului de achiziție publică într-unul aleatoriu care reprezintă contractul la încheierea căruia părțile nu cunosc existența și întinderea exactă a avantajelor patrimoniale ce vor rezulta pentru ele din contract fiindcă au înțeles să se oblige în funcție de un eveniment viitor și incert (în ceea ce privește realizarea sa ori în ceea ce privește momentul realizării sale) denumit aleatoriu care comportă pentru fiecare dintre părți o șansă de câștig sau un risc de pierdere.

Situația fiind similară și în ceea ce privește plata contravalorii serviciilor conexe (cazare hotel, servicii masă, închirieri auto, transferuri de la hotel și hotel aeroport, asigurări medicale), care deși însușită de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere la contestație în sensul că aceste servicii conexe se vor asigura de prestator contra cost, ea nu rezultă în mod clar și concret în cadrul documentației de atribuire, astfel cum de altfel s-a precizat în cazul serviciilor de asigurare medicală care sunt enumerate în categoria serviciilor conexe.

De asemenea, Consiliul nu poate reține alegațiile autorității contractante referitoare la verificarea documentației de atribuire de către ANAP, în condițiile în care potrivit prevederilor art. 23 alin. (1) din HG nr. 395/....., „ANAP evaluează, înainte de transmiterea spre publicare a anunțului de participare/simplificat/de concurs, conformitatea cu legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice a documentațiilor de atribuire ... , cu excepția caietului de sarcini sau a documentației descriptive (...)” .

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr.101/....., Consiliul va admite contestația formulată de către SC SRL, în contradictoriu cu și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză prin modificarea documentației de atribuire și a modelului de contract aferent conform celor menționate în prezenta, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Consiliul admite contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire conform celor precizate în prezenta decizie, în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactată în 4 (șase) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.