

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., depusă de ...S.R.L., cu sediul social în Mun. ..., Str. .. nr..., Birou nr. ..., sc. ..., et. ..., ..., înregistrată la ORC ... sub nr. ... și având CUI RO ..., reprezentată legal prin Administrator - ..., formulată împotriva rezultatului procedurii emis în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „...”, cod CPV ..., de către ... prin ..., cu sediul în ..., Str. ..., nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- 1) Admiterea contestației;
- 2) Anulării adresei nr. ...de excludere (în continuare, "Adresa de Excludere"), ca netemeinică și nelegală".

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 ...S.R.L. atacă adresa nr. ..., de excludere din procedură, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul arată că a participat la procedura de licitație publică având ca obiect "...", dintre loturile licitate, oferta sa fiind declarată câștigătoare pentru: "...", cu o valoare de ... lei fără TVA. Comunicarea rezultatului formează obiect al Adresei nr.... emisă de către autoritatea contractantă.

...SRL a fost invitată a se prezenta, după împlinirea termenului procedural (de așteptare) de 10 zile, în vederea semnării contractului.

Odată expirat respectivul termen, autoritatea contractantă a transmis, prin mesajul electronic datat ..., invitația de semnare a contractului de furnizare în perioada a.c., la sediul său. Contestatorul a răspuns acestei invitații prin mesajul electronic datat ...

Față de răspunsul contestatorului, autoritatea contractantă a solicitat societății de asigurare .. S.A. (Mun. ..., Str. ... nr. ..., ...; ..., CUI ...), prin Adresa ..., reținerea (și, astfel, pretinderea) sumei de ... lei, cu titlu de despăgubire - garanția de participare a contestatorului la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

Aceasta invocă, în respectiva cerere, incidența prevederilor art. 37 din HG nr. 395/2016 de aprobare a Normelor metodologice de aplicare a Legii

nr.98/2016, și care dispun, la alin.1, că "Autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații: c) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei".

Or, în cazul de față, contestatorul NU a exprimat un refuz de semnare a contractului de achiziție, urmare a desemnării ofertei pentru « Lotul 1» drept câștigătoare, ci a învederat autorității contractante faptul că s-au aflat, din nefericire, în imposibilitate fortuită de a executa contractul (fapt ce, evident, face inutilă semnarea sa), pentru motivul deja arătat, situație ce este reglementată în mod expres de legiuitor și care NU antrenează răspunderea legală a ...S.R.L. (aspecte comunicate de acesta scriptic și societății de asigurare, față de intenția autorității contractante de a activa clauza de dezdăunare, prin reținerea și plata garanției de participare la licitație).

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul "[...] Contestatie CNSC.pdf" postat de autoritate în SEAP la ..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. ... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere la contestația depusă de ...S.R.L., arătând că este neîntemeiată, motivat de următoarele considerente:

- Nicăieri, în cuprinsul legislației achizițiilor publice, nu este stipulat un termen imperativ/de decădere pentru încheierea unui contract de achiziții publice, contrar celor susținute de către contestatoare.

Cu toate acestea, în raport de dispozițiile art. 55-58 din Legea 101/2016, coroborat cu art.215 din Legea 98/2016 a avut în vedere perioada de așteptare ("standstill") - 10 zile lucrătoare dacă comunicarea rezultatului s-a realizat prin SEAP/electronic, sau 15 zile lucrătoare dacă comunicarea rezultatului s-a realizat prin alt mijloc.

De asemenea, din practica CNSC și/sau a Curților de apel a reținut faptul că - autoritatea contractantă are obligația de a semna contractul în 20 zile de la data la care încetează interdicția de semnare (respectiv după "standstill", sau după caz, după soluționarea contestațiilor).

În concret, situația de este următoarea:

1.1. La data de ..., prin intermediul platformei SEAP, a realizat Comunicarea rezultatului (Adresa nr...) către contestatoarea ... SRL, aducându-i la cunoștință că a fost declarată câștigătoare - pentru Lotul ... Grup pompare 100mc/h.

- în aceeași comunicare, a menționat: „în vederea semnării contractului, pentru Lot ... - Grup pompare 100mc/h”, vă așteptăm după împlinirea termenului de așteptare de 10 zile, începând cu ziua următoare trimiterii

deciziei de atribuire a contractului, la sediul nostru din str. ..., nr..., mun. ..., jud. ..., DS ...". Cele 10 zile lucrătoare s-ar fi împlinit pe data de ...

1.2. În data de ..., autoritatea contractantă prin responsabilul achiziției a contactat telefonic operatorul economic, care a solicitat transmiterea în scris a invitației pentru semnarea contractului de furnizare Lot ..., în vederea delegării unui împuternicit/reprezentant.

Astfel, prin intermediul poștei electronice (...) – a relansat invitația pentru semnarea contractului de achiziție publică, în data de ..., ...

1.3. În data de ..., contestatoarea ... SRL, tot prin intermediul poștei electronice (...) a comunicat că, din păcate, în urma notificării din partea producătorului, au fost informați că "acesta se confruntă cu dificultăți de ordin logistic/operațional/de aprovizionare, generate de factori externi neprevăzuți, care afectează capacitatea de livrare în termenul de maxim 60 zile pe care l-au asumat în cadrul propunerii tehnice.

Acest eveniment constituie, din punctul nostru de vedere al autorității, o imposibilitate fortuită de executare a contractului, care este obiectivă, externă și neimputabilă. În aceste condiții, vede imposibilitatea de a semna contractul în termenii actuali, întrucât nu ar putea asigura livrarea în timpul asumat." Astfel cum se poate observa, din conținutul printat/listat al e-mailului sus citat, nu s-a atașat nicio dovadă în sensul celor doar susținute.

De menționat este și faptul că, doar cu ocazia formulării contestației ce formează obiectul Dosarului ... - contestatoarea ... SRL a atașat Adresa nr. ...?!?, a distribuitorului SC ... S.R.L. și nu a producătorului, cum eronat susține.

Cu toate acestea, este de observat reaua credință a contestatoarei-operator economic ... SRL, care - raportat la Adresa nr. ...?!? a distribuitorului SC ... S.R.L. a cunoscut încă din data de ... dificultățile distribuitorului SC ... S.R.L., tergiversând voit, semnarea/încheierea contractului de achiziție publică.

1.4. Nu în ultimul rând - are în vedere și faptul că nici distribuitorului SC ... S.R.L. și nici producătorul - nu sunt singulari pe piață, astfel că, era de datoria operatorului economic care, trebuia să fie diligent, și, odată ce a depus ofertă și a menționat o perioadă de valabilitate a acesteia, să aibă alternative, în ceea ce privește un alt distribuitor și/sau producător, în atare situație - chestiunea de fapt invocată, coroborată cu date sus menționate (1.1.- 1.3.) nu constituie imposibilitate fortuită de executare a contractului, cum nejustificat și cu rea credință invocă operatorul economic contestator, cu atât mai mult cu cât acesta - a tergiversat încheierea efectivă a contractului de achiziție publică.

Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs. Astfel, nu sunt îndeplinite aspectele menționate operatorul economic impunându-se a fi diligent, cu atât mai mult cu cât - nici criza din Orientul Mijlociu și nici conflictele armate - nu erau necunoscute la data depunerii ofertei, iar termenul de livrare de maxim 60 zile a fost expres stipulat în DA și asumat prin propunerea tehnică.

1.5. Fără relevanță în opinia acesteia, cu soluționarea prezentei contestații, desigur că autoritatea, contrar susținerilor contestatoarei - a procedat în sensul celor reglementate atât de prevederile art.207 alin.2 din Legea nr.98/2016, cât și în final a prevederilor art.212 alin.1 litera e din Legea nr.98/2016.

În dovedire, atașează acte/înscrișuri.

Totuși, aceste chestiuni (menționate la pct.1.5.) nu au nicio legătură cu comportamentul neadecvat al operatorului economic contestator, care, în mod voit - a tergiversat și zădărnicit semnarea/încheierea contractului de achiziție publică, pentru ca mai apoi doar să invoce un pretins caz de imposibilitate fortuită de executare a contractului.

Pe de altă parte, pentru a fi în prezența unui caz fortuit, trebuie a fi dovedit atât caracterul neprevăzut al evenimentului, cât și imposibilitatea în care ... SRL s-ar fi aflat, însă nu doar în raport - de un singur distribuitor și/sau producător.

Astfel, pentru a fi acceptat, cazul fortuit trebuie dovedit de către parte, demonstrând atât neprevăzutul evenimentului, cât și imposibilitatea de a-l preveni sau de a se conforma obligațiilor - nefiind suficient simplul e-mail transmis către autoritate, după perioada de așteptare ("standstill") - 10 zile lucrătoare de la comunicarea rezultatului.

1.6. Desigur că, autoritatea contractantă a procedat și la întocmirea Documentului contestator final, nr..., transmis cu poșta către ... SRL, conform dovezilor atașate.

În concluzie, solicită Consiliului să respingă motivele invocate de contestator, având în vedere argumentele prezentate în punctul de vedere.

Față de solicitările formulate de către contestator precizează faptul că toate ofertele depuse în cadrul procedurii în cauză au fost atent și responsabil evaluate de către comisia de evaluare, numită pentru această procedură, prin prisma tuturor condițiilor impuse atât prin caietul de sarcini, cât și prin fișa de date a achiziției.

În baza argumentelor și temeiurilor juridice pe care le-am invocat în prezentul punct de vedere, solicită respingerea contestației formulată pentru procedura „...” ale ... SRL ca neîntemeiată.

Contestatorul a constituit cauțiunea în sumă de ... lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., la data de ...

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., prin ..., autoritate contractantă în procedura de atribuire a contractului "...", inițiată prin Anunțul de participare nr. ..., a emis adresa nr. ..., după întocmirea raportului procedurii de atribuire nr. ...

Conform celor două documente, autoritatea contractantă a respins oferta ...SRL, în temeiul dispozițiilor art. 144 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, pentru "refuzul nemotivat al ofertantului desemnat câștigător de a semna contractul de achiziție publică".

Consiliul constată că, în fapt, este pusă în discuție, ca motiv de anulare a rezultatului, vătămarea contestatorului cauzată de emiterea documentului care ar atesta refuzul nemotivat de încheiere a contractului și nu dreptul autorității contractante de a respinge oferta contestatorului pentru o pretinsă imposibilitate fortuită de a executa viitorul contract.

Consiliul are în vedere că, anterior emiterii documentului contestat, între părți a existat corespondență explicită, prin care se arăta, pe de o parte, disponibilitatea autorității contractante de semnare a contractului, iar pe de altă parte, refuzul contestatorului, bazat pe lipsa certitudinii că furnizorul poate asigura livrarea produsului în termenul asumat prin ofertă – 60 zile de la comanda autorității contractante.

Cazul fortuit invocat de contestator (depășirea termenului de livrare), bazat pe corespondența sa cu furnizorul declarat în ofertă, nu este un eveniment de tipul celor indicate la alin. (3) al art. 1351 din Codul civil: *"Cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs"*.

Întârzierea în livrare, care ar fi cauzată de conflicte armate din Orientul Mijlociu, nu poate fi considerată un eveniment ce nu poate fi prevăzut, întrucât oferta contestatorului a fost întocmită în perioada în care aceste conflicte, de notorietate publică, erau în curs. Or, un operator economic care se bazează pe relații de comerț cu furnizori aflați în zonă cu risc de nelivrare/întârziere își asumă condițiile de furnizare astfel cum ar putea fi afectate.

Mai mult, în condițiile prevăzute de documentația pusă la dispoziție de autoritatea contractantă, derularea contractului care ar fi afectat de un caz fortuit este un risc comun al părților semnatare.

Astfel, în modelul de contract atașat caietului de sarcini, la clauza specifică ("10. ÎNCEPERE. ÎNTÂRZIERE. SISTARE") este prevăzut: 10.1. *"Contractantul are obligația de a începe furnizarea Produselor în conformitate cu prevederile art. 5.3 din prezentul contract. 10.2. În cazul incidenței unei situații de caz fortuit sau forță majoră, obligațiile se suspendă pe parcursul existenței acestor evenimente, urmând ca termenul de predare a bunurilor să fie prelungit cu un termen care nu poate depăși durata de existență a evenimentului considerat caz, încheindu-se în acest sens un act adițional. Contractantul nu datorează în acest caz penalități de întârziere"*.

Prin urmare, chiar în situația în care ar fi probat existența cazului fortuit privitor la întârzierea în livrare a produselor aferente lotului 1, contestatorul nu putea refuza încheierea contractului, ci avea dreptul de a suspenda îndeplinirea obligațiilor sale rezultând din acesta.

Or, aceste clauze contractuale, asumate prin ofertare, au caracter definitiv, în raporturile dintre părțile litigante. Astfel, nu sunt probate de contestator ca fiind incidente în cauza de față prevederile art. 207 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *"În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa*

contractul/acordul-cadru, autoritatea contractantă are obligația să declare câștigătoare oferta clasată pe locul următor, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă”.

Autoritatea contractantă a decis corect respingerea ofertei în cauză, autorul ei refuzând fără temei semnarea viitorului contract, iar motivarea în drept, invocată prin adresa nr. ..., este corectă, alineatul (1) al articolului 144 din Normele metodologice având următorul conținut: ”Fără a aduce atingere prevederilor art. 207 alin. (2) din Lege, refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”.

Văzând criticile, sus analizate, împotriva respingerii ofertei contestatorului ...SRL, Consiliul urmează a respinge solicitarea acestuia de anulare a deciziei entității contractante, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația ...SRL formulată în contradictoriu cu ..., autoritate contractantă în procedura de atribuire inițiată prin Anunțul de participare nr.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.