



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 2081/C5/2348

Data: 20.11.2019

Prin contestația nr. 16711/04.11.2019, depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 44463/04.11.2019, ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 9960/30.10.2019 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Sistem Radiații X”, cod CPV 38582000-8 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în orașul ... și a solicitat anularea actului atacat și reluarea procedurii de atribuire cu termenul limită prelungit acceptat de societatea sa, respectiv 16.12.2019, în următoarele condiții:

- reformularea clauzei 11.8 în forma solicitată de societatea sa, respectiv „în situația în care Achizitorul probează un prejudiciu, Furnizorul este dator a-l despăgubi în limita valorii Contractului” sau eliminarea acesteia, precum și eliminarea clauzelor 25.3 - litera c), 25.5;

- echilibrarea contractului referitor la clauzele 11.4-11.8, astfel: fie modificarea lor, în sensul eliminării daunelor-interese solicitate de către autoritatea contractantă, fie introducerea în contract a posibilității Furnizorului ca, în cazul neachitării la termen a facturii de către autoritatea contractantă, să poată pretinde daune-interese în cuantum egal din valoarea facturilor neachitate, pe lângă procentul de 0,1% pe zi de întârziere aplicat la valoarea neachitată.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținere, contestatoarea aduce la cunoștință că oferta sa a fost declarată neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, considerând că societatea sa a fost prejudiciată, întrucât oferta sa îndeplinește în mod obiectiv și punctual toate criteriile tehnice și comerciale/financiare specificate în documentația de atribuire și caietul de sarcini, cu excepția clauzei abuzive pe care o contestă prin prezenta contestație, respectiv clauza 11.8 din proiectul de contract, potrivit căreia *„În situația în care Achizitorul probează un prejudiciu mai mare decât cuantumul prevăzute la Art. 11.4 și 11.5 din contract, Furnizorul este dator a-l despăgubi integral și întocmai”*. Contestatoarea solicită reformularea acesteia, în sensul *„În situația în care Achizitorul probează un prejudiciu, Furnizorului este dator a-l despăgubi în limita valorii Contractului”*.

Sub acest aspect, contestatoarea învederează că, prin prevederile Contractului, la Art. 11 „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, paragrafele 11.1, 11.3, 11.4, 11.5, 11.6 și 11.7, ofertanții sunt deja obligați (în caz de neîndeplinire a obligațiilor contractuale) la plata de penalități/daune interese într-un quantum egal cu valoarea contractului, în mod neechilibrat, fără reciprocitate, în avantajul autorității contractante, iar motivele pentru limitarea prejudiciului la valoarea contractului au fost transmise autorității contractante, prin răspunsurile nr. 16693/16.09.2019 și nr. 16697/20.09.2019 la solicitările de clarificări nr. 1545/13.09.2019, respectiv nr. 1571/18.09.2019.

Astfel, contestatoarea consideră că răspunsurile sale la solicitările de clarificări sunt conforme cu excepția specificată în cadrul documentului „Instrucțiuni pentru operatorii economici”, Cap. 3 lit. A - Modul de prezentare al propunerii tehnice - Anexe, lit. c) și în cadrul secțiunii IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date, respectiv „/.../ cu excepția eventualelor constrângeri obiective de natură tehnică și/sau legală /.../”, precum și cu prevederile art. 12, art. 13 și art. 15 din Legea 72/2013, art. 1533 din Codul Civil, Legii nr. 193/2000, precum și cele ale Directivei 93/13/CEE.

...SRL subliniază că propunerea de contract conține clauze care provoacă un vădit dezechilibru contractual, făcând trimitere la clauzele 11.4 -11.8 și completând prin aceea că a acceptat aceste clauze la solicitarea autorității contractante în cadrul răspunsului său nr. 16693/16.09.2019 la solicitarea de clarificare nr. 1545 din 13.09.2019.

În continuare, contestatoarea aduce critici clauzei 25.3, litera c) din contract, considerând-o abuzivă și nelegală, deoarece nu este conformă cu art. 223 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatoarea apreciază că această clauză care, coroborat cu dreptul unilateral de renunțare la contract, specificat în clauza 25.3 lit. c), o poate aduce pe societatea sa, în calitate de Furnizor, în situația de a comanda și a livra echipamentul și de a emite o factură cu scadența la 30 zile fără niciun fel de avans, exemplificând faptul că, în cazul în care în 1-9 zile de la livrare au apărut circumstanțe neprevăzute, autoritatea contractantă poate rezilia contractul fără ca societatea sa să

poată beneficia de despăgubiri, adică, existând posibilitatea ca echipamentul să fie furnizat gratuit, sau să rămână în stocul său fără niciun drept de recuperare a prejudiciului.

...SRL este nemulțumit și de faptul că autoritatea contractantă este cea care propune modelul contractului, contract ce poate fi calificat ca fiind de adeziune, pentru că ofertanții nu au posibilitatea reală de a negocia termenii lui.

În concluzie, contestatoarea arată că proiectul de contract prevede multiple sancțiuni pentru aceeași faptă, în sensul în care, pe de o parte, se aplică penalități Furnizorului, de 0,1% pe zi de întârziere, totodată putându-se pretinde daune-interese în quantum nelimitat, dar și denunțarea unilaterală a contractului, fiind neclar ce sancțiune se aplică în cazul neonorării unei comenzi, întrucât autoritatea contractantă aplică metoda triplei măsurii, rezervându-și dreptul de a aplica penalități Furnizorului, de a pretinde daune-interese, dar și dreptul de a rezilia contractul.

Contestatoarea consideră că societatea sa, în calitate de Furnizor, se află într-o situație de inferioritate față de autoritatea contractantă în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către autoritate, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora în absența inițierii unui demers litigios.

În consecință, faptul că autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a beneficia de daune-interese în quantum nelimitat de la furnizorul care nu reușește să livreze la timp echipamentul, în vreme ce furnizorului nu îi este recunoscut dreptul de a beneficia de daune-interese similare/reciproce atunci când însăși autoritatea nu efectuează plățile la termen, generează un dezechilibru al sarcinilor contractuale, aceste despăgubiri fiind nedefinite concret și nelimitate, în vreme ce autoritatea contractantă este exonerată de la orice dezdăunare cu titlu similar/ reciproc prin modelul de contract.

În dovedire, ...SRL a depus la dosarul cauzei un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 16713/05.11.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 44763/05.11.2019, ...SRL a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 205852894/1 din 05.11.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 7.827,19 lei.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 45151/07.11.2019, contestatoarea a făcut dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă.

Consiliul, prin adresa nr. 45568/2348 C5/08.11.2019, a solicitat autorității contractante înaintarea dosarului achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, oferta depusă de contestatoare, precum și dovezi privind publicarea în SEAP a contestației și transmiterea punctului de vedere către contestatoare.

... a transmis prin mijloace electronice (e-mail) și în original, punctul de vedere nr. 10368/ 08.11.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 45581/08.11.2019, respectiv, sub nr. 45560/08.11.2019, însoțit de dosarul achiziției publice și de oferta contestatoarei.

Cu privire la critica referitoare la imposibilitatea de negociere a Contractului, autoritatea contractantă o consideră neîntemeiată, precizând că autoarea contestației avea posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la documentația de atribuire, inclusiv cu privire la clauzele din cuprinsul formularului de contract, în conformitate cu prevederile art. 160 din Legea nr. 98/2016, aceasta având, totodată, dreptul de a contesta documentația de atribuire în termenul legal.

Autoritatea contractantă arată că, potrivit raportului procedurii nr. 1951/30.10.2019, în ceea ce privește critica referitoare la clauza 11.8 din formularul de contract, rezultă, în mod clar, că aceasta nu poate fi acceptată întrucât reglementează situația în care achizitorul suferă un prejudiciu, pe parcursul derulării contractului, produs din culpa furnizorului, pe care îl probează, acesta din urmă fiind obligat să-l despăgubească, iar eliminarea unei astfel de clauze contractuale ar diminua răspunderea contractuală a furnizorului și poate conduce la îngrădirea dreptului achizitorului de recuperare integrală a pagubei produsă de către furnizor.

În ceea ce privește critica formulată de către contestatoare cu privire la clauzele 11.4 - 11.8 din formularul de Contract, autoritatea contractantă susține, de asemenea, că aceasta nu poate fi acceptată, deoarece, prin semnarea contractului, furnizorul își asumă îndeplinirea tuturor obligațiilor în conformitate cu întreaga documentație contractuală, obligații ce rezultă implicit sau explicit din aceasta.

Contractul de furnizare ce a făcut obiectul procedurii de achiziție publică este un contract cu o importanță deosebită pentru achizitor, furnizorul având obligația de a livra produsele conform termenului stipulat în contract, datorită faptului că aceste produse sunt esențiale în vederea realizării scopului achiziției. Autoritatea contractantă subliniază că executarea parțială, de către furnizor, a obligațiilor contractuale ce îi revin în cadrul contractului, are consecința nerealizării scopului pentru care acesta a fost încheiat, respectiv imposibilitatea utilizării sistemului de Radiații X.

Răspunderea furnizorului poate fi atrasă nu doar atunci când acesta nu își execută întreaga obligație asumată, mai arată autoritatea contractantă, ci și atunci când obligația contractuală este realizată doar parțial, faptul că această obligație este îndeplinită corespunzător neputând să absolve furnizorul de răspunderea cu privire la afectarea atingerii scopului contractului, întrucât achizitorul suferă un prejudiciu evident prin faptul că produsele care vor fi achiziționate nu sunt livrate la timp sau nu sunt corespunzătoare, fie din punct de vedere cantitativ, fie calitativ.

... evidențiază că prejudiciul este cuantificat ca fiind la o valoare corespunzând unui procent de 50% din valoarea contractului, în considerarea cel puțin a următoarelor motive:

- achizitorul are nevoie de produsul final, folosirea uneia sau unor componente individuale ale sistemului neputându-se poate realiza în absența celorlalte și a completitudinii sistemului, astfel încât, în situația în care acestea sunt necorespunzătoare, achizitorul va trebui să ia toate

măsurile pentru achiziția produselor nelivrate, toate acestea având consecințe serioase în implementarea la timp a proiectului, respectiv: întârzieri în asigurarea echipamentelor necesare funcționării sistemului, costurile și efortul ținând de derularea unei/unor noi proceduri de achiziții, riscul aferent integrării/compatibilității tehnice a produselor livrate cu noile produse ce ar trebui achiziționate;

- achizitorul nu este obligat să mai probeze acest fapt, care rezultă în mod direct din neîndeplinirea obligației de a livra în totalitate produsele de către furnizor, iar daunele-compensatorii sunt datorate de drept și fără punere în întârziere, de la momentul constatării, de către achizitor, a acestei situații.

În ceea ce privește critica referitoare la clauzele 25.3 lit. c) și 25.5 din formularul de contract, autoritatea contractantă susține că denunțarea unilaterală a contractului nu produce efecte în privința prestațiilor executate sau care se află în curs de executare, astfel cum este stipulat la art. 25.4 alin. (2) din formularul de contract. Totodată, în ceea ce privește legitimitatea, astfel cum a fost formulat art. 25.3 lit. c) din formularul de contract, aceasta constituie condiție de referință pentru nașterea și, respectiv, continuarea raporturilor juridice în cadrul contractului în cauză, executarea contractului urmând, deci, a se raporta, în permanență, la sfera reglementărilor legale incidente, iar abaterea, prin executarea contractului de la aceste reglementări făcând imposibilă continuarea acestuia în condiții de legalitate, fapt ce atrage încetarea sa.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază că, prin limitarea prejudiciului la valoarea contractului, contestatoarea ia în calcul circumstanța în care ar exista posibilitatea neîndeplinirii obligațiilor contractuale, astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Deși comisia de evaluare a formulat în repetate rânduri solicitări de clarificări cu privire la renunțarea de către ...SRL la propunerile de modificare a clauzelor contractuale, prin adresele nr. 1545/13.09.2019 și nr. 1571/18.09.2019, contestatoarea nu a renunțat la acestea, fapt pentru care oferta depusă intră sub incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, fiind declarată neconformă.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, cu menținerea Raportului procedurii nr. 1951/30.10.2019 și a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 9960/ 30.10.2019.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Sistem Radiații X”, cod CPV 38582000-8 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 08.07.2019, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 391.369,50 RON.

În cadrul procedurii de atribuire a depus ofertă un singur operator economic, respectiv ...SRL, așa cum s-a reținut în cadrul procesului verbal nr. 1, înregistrat sub nr. 1056/08.07.2019, iar după evaluarea ofertelor autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 1951/30.10.2019, potrivit căruia singura ofertă depusă a fost respinsă, fiind declarată neconformă, iar procedura de atribuire a fost anulată.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. 9960/30.10.2019, ofertantul ...SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare nr. 205852894/1 din 05.11.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 7.827,19 lei.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii convenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”]*, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”]*.

Din conținutul contestației rezultă nemulțumirea autoarei acestei de decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, ca neconformă, contestatoarea susținând următoarele:

- oferta sa „îndeplinește în mod obiectiv și punctual toate criteriile tehnice și comerciale/financiare specificate în documentația de atribuire și caietul de sarcini, cu excepția clauzei abuzive și contestate (11.8) la care ne este imposibil să accedem și care reprezintă un motiv nelegal și abuziv pentru descalificarea noastră”;

- clauza 11.8 are caracter abuziv;

- propunerea de contract conține clauze care provoacă un vădit dezechilibru contractual, în acest sens contestatoarea invocând clauzele contractuale 1.4-11.8, 25.3 lit. c), 25.5;

- imposibilitatea de a negocia, contestatoarea susținând că autoritatea contractantă este cea care propune modelul contractului, contract ce poate fi calificat ca fiind de adeziune pentru că ofertanții nu au posibilitatea reală de a negocia termenii lui, invocând în acest sens clauzele 11.4-11.8, 25.3 lit. c) și 25.5.

În analizarea prezentei contestații, Consiliu apreciază relevantă prevederea fișei de date a achiziției, pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, potrivit căreia:

*„1) Anexe – Propunerea tehnică va conține în mod OBLIGATORIU și următoarele documente: (...) c) - Ofertantul va atașa și formularul de contract și orice clarificări publicate de către autoritatea contractantă cu privire la formularul de contract, însușite de către ofertant, semnate cu semnătură electronică calificată extinsă de reprezentantul legal/împuternicit al operatorului economic/instituției emitente, până la data și ora limită de depunere a ofertelor. **În cazul în care oferta conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective, oferta este considerată neconformă.***

Cu excepția eventualelor constrângeri obiective de natură tehnică și/sau legală, , în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă. Specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini reprezintă cerințe minimale referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, scop în care soluțiile oferite în cadrul propunerii tehnice pot face referire la atingerea unor niveluri superioare.”.

Această cerință a fișei de date a achiziției se regăsește redată în mod identic în cadrul „Instrucțiunilor pentru ofertanți”, publicate în SEAP, aferente prezentei proceduri de atribuire.

Analizând conținutul formularului de contract, Consiliul constată că acesta conține următoarele prevederi contractuale relevante speței:

*-„**11.4** Pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, Furnizorul are obligația de a plăti Achizitorului, cu titlu de daune-interese compensatorii, o sumă în quantum egal cu valoarea Contractului. Se consideră neexecutare totală a obligațiilor și situația în care executarea obligațiilor asumate și/sau care revin Furnizorului este parțială și, totodată, necorespunzătoare.*

***11.5** În cazul în care executarea obligațiilor asumate și/sau care revin Furnizorului este numai parțială, dar este corespunzătoare, suma datorată de acesta Achizitorului, cu titlu de daune-interese compensatorii va fi în quantum de 50% din valoarea Contractului.*

11.6 În situațiile prevăzute la art. 11.4 și 11.5 Achizitorul nu este dator să probeze existența și/sau întinderea prejudiciului suportat, iar daunele-compensatorii sunt datorate de drept și fără punere în întârziere, de la momentul constatării, de către Achizitor, a situațiilor menționate.

11.7 Daunele-interese compensatorii datorate potrivit prezentului Contract nu înlătură obligația de plată a penalităților de întârziere datorate, fiind adiționale la cuantumul acestor penalități.

11.8 În situația în care Achizitorul probează un prejudiciu mai mare decât cuantumurile prevăzute la art. 11.4 și 11.5 din Contract Furnizorul este dator a-l despăgubi integral și întocmai”;

-„**25.3** Prin denunțarea unilaterală, de către Achizitor, în următoarele situații: /.../

c) În cel mult 20 (douăzeci) de zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii Contractului sau în caz de imposibilitate fortuită a Achizitorului de realizare a obligațiilor și care conduc la modificarea clauzelor Contractuale în așa măsură încât îndeplinirea Contractului ar fi contrară interesului legitim al Achizitorului și/sau interesului public”;

-„**25.5** Furnizorul nu va putea pretinde penalități sau orice alte tipuri de despăgubire în cazul denunțării unilaterale de către Achizitor”.

Documentația de atribuire nu a fost contestată în termen legal de niciun potențial ofertant, astfel că aceasta și-a dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a elabora/prezenta propunerea tehnică în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor prin raportare la cerințele stabilite în aceasta.

Din conținutul ofertei depusă de către contestatoare rezultă faptul că aceasta a depus formularul de contract semnat cu o serie de obiecțiuni, prezentate în anexa la contract, obiecțiuni care vizau clauzele 7.2, 9.3, 9.5, 10.2, 10.3, 11.3-11.8, 12.2, 12.5, 15.3, 18.4, 19, 19.2, 19.4, 19.5, 19.6, 20.1, 20.2 b), 23, 24, 25.3 c), 25.5, 25.6, 25.9, 25.10, 25.11.

Având în vedere faptul că ofertantul a semnat cu obiecțiuni formularul de contract, membrii comisiei de evaluare au stabilit, așa cum s-a consemnat în cadrul procesului verbal nr. 3.3, înregistrat sub nr. 1522/13.09.2019, să solicite ofertantului să renunțe la observațiile cu privire la modificările clauzelor contractuale.

În acest sens, prin adresa nr. 1545/13.09.2019, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei următoarea solicitare:

„În urma analizării propunerii tehnice încărcată de Dvs. vă solicităm să renunțați la observațiile cu privire la modificările clauzelor contractuale întrucât reprezintă clauze dezavantajoase pentru autoritatea contractantă conform prevederilor art. 137 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, astfel: «(3) În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: b) conține

propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective».

Menționăm faptul că în cadrul documentului Instrucțiuni pentru operatorii economici Cap. 3 lit. A - Modul de prezentare al propunerii tehnice - Anexe, lit. c) și totodată a secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date, Autoritatea contractantă a menționat următoarele:

«c) - Ofertantul va atașa și formularul de contract și orice clarificări publicate de către autoritatea contractantă cu privire la formularul de contract, însoțite de către ofertant, semnate cu semnătură electronică calificată extinsă de reprezentantul legal/împuternicit al operatorului economic/instituției emitente, până la data și ora limită de depunere a ofertelor. În cazul în care oferta conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective, oferta este considerată neconformă. Cu excepția eventualelor constrângeri obiective de natură tehnică și/sau legală, în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă. Specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini reprezintă cerințe minimale referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, scop în care soluțiile oferite în cadrul propunerii tehnice pot face referire la atingerea unor niveluri superioare. (...)»

Prin adresa nr. 1663/16.09.2019, ofertantul a răspuns solicitării autorității contractante, precizând că acceptă, în parte, modul de rezolvare propus de autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări, cu excepția clauzelor contractuale de la art. 11.8 și art. 25.3 lit. c), în legătură cu care a propus reformularea art. 11.8 și renunțarea la art. 25.3 lit. c).

Potrivit mențiunilor din cadrul procesului verbal nr. 3.4, înregistrat sub nr. 5901/18.09.2019, membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns și au hotărât să transmită contestatoarei solicitarea de a renunța la reformularea art. 11.8 și eliminarea art. 25.3 lit. c), sens în care au transmis ofertantului ...solicitarea înregistrată sub nr. 171/18.09.2019, cu următorul conținut: „(...) vă solicităm să renunțați la reformularea art. 11.8, precum și la eliminarea lit. c) din art. 25.3 din formularul de contract întrucât acestea ar conduce la **clauze dezavantajoase pentru autoritatea contractantă conform prevederilor art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016**”.

Prin adresa nr. 16697/20.09.2019, ...SRL a răspuns solicitării autorității contractante precizând că acceptă, în parte, modul de rezolvare propus în solicitarea nr. 1571/18.09.2019, renunțând „la toate obiecțiunile aduse contractului, cu excepția celei de la art. 11.8”.

Membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns și, în cadrul procesului verbal nr. 3.5, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 180/25.10.2019 și, ulterior, în cadrul raportului procedurii nr. 1951/30.10.2019, au reținut următoarele: *„Prevederile art. 11.8 din contract reglementează situația în care achizitorul suferă un prejudiciu, pe parcursul derulării acestuia, produs din culpa furnizorului, pe care îl probează acesta fiind obligat să-l despăgubească. Eliminarea unei astfel de clauze ar diminua răspunderea contractuală a furnizorului și poate să conducă la lipsa achizitorului de posibilitatea recuperării integrale a pagubei produsă de acesta. În consecință comisia de evaluare decide că oferta tehnică prezentată de ...SRL intră sub incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016 (...) și este declarată neconformă”.*

Consiliul apreciază ca fiind corectă această decizie a autorității contractante, în condițiile în care, ofertantul ...SRL, fără a contesta în termen legal clauzele contractuale prevăzute în formularul de contract, a înțeles să nu renunțe, pe parcursul evaluării ofertelor, la solicitarea autorității contractante, la obiecțiunea care viza una dintre aceste clauze contractuale.

Altfel, Consiliul constată că, în speță, deși autoritatea contractantă, dând dovadă de diligență și disponibilitate, a solicitat contestatoarei prin intermediul a două adrese, renunțarea la obiecțiunile care vizau clauzele contractuale, ofertantul ...SRL a refuzat să renunțe în integralitate la acestea.

Consiliul apreciază că prin necontestarea, în termen legal, a uneia/ mai multor clauze contractuale și însușirea de către contestatoare a mențiunii din fișa de date a achiziției și din instrucțiunea către ofertanți, potrivit căreia *„În cazul în care oferta conține **propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă**, iar ofertantul deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective, oferta este considerată neconformă”*, ...SRL a acceptat că autoritatea contractantă va fi cea care va stabili măsura în care eventualele propuneri de modificare a clauzelor contractuale sunt dezavantajoase pentru aceasta, deci, implicit și-a asumat riscul respingerii ofertei sale, ca neconformă, în situația în care vreuna dintre propunerile sale de modificare a clauzelor contractuale, la care contestatoarea nu va fi dispusă să renunțe, va fi considerată în mod evident dezavantajoasă.

În aceste condiții, în mod corect, autoritatea contractantă a stabilit incidența, în cazul ofertei contestatoarei, a dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„ (3) În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...) b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație,*

nu acceptă renunțarea la clauzele respective”, critica privind acest aspect fiind nefondată.

Susținerea contestatoarei referitoare la faptul că acesteia i-ar fi incidentă excepția prevăzută de autoritatea contractantă în cuprinsul „Instrucțiunii către ofertanți”, potrivit căreia „(...) *cu excepția eventualelor constrângeri obiective de natură tehnică și/sau legală (...)*”, nu poate fi reținută de Consiliul, întrucât această mențiune, scoasă din context de către contestatoare, vizează, în fapt, în mod evident, cerințele caietului de sarcini, dovadă în acest sens fiind mențiunile din fișa de date a achiziției, pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, redată la pag. 7 din considerentele prezentei decizii.

În ceea ce privește criticile potrivit cărora clauza 11.8 are caracter abuziv, propunerea de contract conține clauze care provoacă un vădit dezechilibru contractual, în acest sens contestatoarea [clauzele contractuale 11.4-11.8, 25.3 lit. c), 25.5], imposibilitatea de a negocia, contestatoarea susținând că autoritatea contractantă este cea care propune modelul contractului, contract ce poate fi calificat ca fiind de adeziune pentru că ofertanții nu au posibilitatea reală de a negocia termenii lui [clauzele 11.4-11.8, 25.3 lit. c) și 25.5], Consiliul constată că acestea reprezintă critici care vizează, în fapt, documentația de atribuire. Ori, în condițiile în care, prezenta procedură de atribuire a avut ca scop atribuirea unui contract de furnizare cu o valoare estimată (391.369,5 lei fără TVA) situată sub pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în speță sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 „*(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 5 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/sectorial sau de concesiune este mai mică 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*”], astfel că termenul legal de contestare a prevederilor documentației de atribuire, din care fac parte din formularul de contract, publicată odată cu anunțul de participare simplificat, respectiv la data de 24.06.2019, s-a împlinit la data de **01.07.2019** (în condițiile în care 30.06.2019 a fost zi nelucrătoare, duminică). Rezultă, astfel, că formularea acestor critici la data de 04.11.2019 s-a făcut în afara termenului legal anterior calculat, acestea fiind tardiv formulate.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 12 pagini.